

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

45.859
1936-1937

249



REPETITIONS ECRITES
DE
DROIT ROMAIN

rédigées d'après le Cours et avec l'autorisation

de

M. COLLINET

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Deuxième Année

" LES COURS DE DROIT "

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

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

BIBLIOTHEQUE CUJAS



D

060 320124 4

Répétitions Écrites et Orales
Reproduction interdite

D R O I T R O M A I N

2ème Année.

-:-:-:-:-

PRELIMINAIRES.

Intérêt de
l'étude des
obligations
en D.R.

1°- Au point
de vue histo-
rique.

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

1°- 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^e 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 on décrira les étapes par lesquelles le Droit romain s'achemine vers les sommets éclatants du Droit classique pour se simplifier dans les sources byzantines.

2°- Au point
de vue dogma-
tique.

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.

3°- Au point de vue moderne.

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.

a) Rapport étroit entre la théorie romaine des obligations et le 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, car cette matière n'était pas traitée par les Coutumes. Bon nombre d'articles (art. 1101 et suivants) ont été empruntés presque mot pour mot à un jurisconsulte connu, Pothier, qui vivait au XVIIIème siècle. Il faut regretter que les rédacteurs du C. Civ. n'aient pas puisé davantage à la science de 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, et se soient trop souvent contentés de la clarté de Pothier.

b) Ressemblance entre les différentes législations.

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 existe 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 desquels les considérations nationales ont moins d'importance que dans le Droit des personnes ou de famille ou des successions et même de la propriété; 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, les répétitions sont donc 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.

4°- Au point de vue moral.

4°- Au point de vue moral.

a) lien étroit)

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 qu'il est des cas où il est difficile de trouver la limite entre l'obligation juridique et le devoir moral (voir les obligations naturelles) (I). 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 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, les rapports sont étroits ou plus exactement il n'est 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.

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.

Traités : P.F. Girard : Manuel élémentaire de D.R. 8ème éd. (F. Senn), 1929 - Ed. Cuq : Manuel des Institutions juridiques des Romains, 2ème éd, 1928 R. Monier, Manuel élémentaire de Droit Romain, t.II Paris, 1936 (seul au courant de la Bibliographie récente). Savigny: Traité des obligations trad. Gérardin

(I) Cf. G. Ripert : La règle morale dans les obligations civiles, 3° éd. Paris 1935.

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

Rappels: R. von Jhering : L'Esprit du Droit romain (trad. O. de Meulenaere), 4 vol. 3ème éd. Paris, 1886 -1888 et les Etudes complémentaires ou autres, énumérées dans la Bibliographie de M. P. Collinet, n° 752-758 - Fritz Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, Munich, 1934 - P.F. Girard, Textes de Droit Romain, 6ème éd.(F. Senn), Paris 1937.

INTRODUCTION.

§ 1 - Notion de l'obligation.

finition de
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".

s éléments
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 :

créancier.

débiteur.

I° - 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, reus credendi, reus stipulandi).

b) le sujet passif, celui qui est grevé de la dette; il s'appelle le débiteur (debitor, reus debendi, reus promittendi, 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.

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

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

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) plus "dare" donner. 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.

2°- L'objet.

2°- Le 2ème élément, c'est l'objet. Justinien dit "necessitate adstringimur alicujus solvendae rei". Il 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.

Triple objet possible :

a) 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, et la donation pas uniquement dans une datio) 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.

b- Facere
(et 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 de ne pas commettre de dol dans le contrat (cautio de dolo).

c) Praestare.

c) 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

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

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 la disposition du créancier sans lui transférer la propriété, c'est une *praestatio*. L'exemple type 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.

3- Le *vinculum juris*.

Caractère personnel du lien d'obligation; différence avec le droit réel.

3°-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 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⁽¹⁾

Les actions *in rem* s'intentant d'abord par le *sacramentum in rem*, 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.

Les actions *in personam*, s'intentant d'abord par le *sacramentum in personam*, sont les sanctions des droits de créance ou obligations (les termes *a. personalis* sont byzantins). 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 donc un lien personnel, d'où plusieurs conséquences restées vraies en partie de nos jours. Nous allons les voir en y insérant l'opposition des droits réels et des obligations.

(1) Sur la distinction des *a. in rem* (ou réelles) et des *a. in personam* (ou personnelles) revoir le Cours de 1ère Année).

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.

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 car la magie a pu jouer son rôle dans les origines du droit; le pouvoir de la formule juridique est fondé sur la puissance des mots, comme le pouvoir magique sur les formules des sorciers (1).

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, figuraient 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, le *codex accepti et expensi*, servait même à faire naître un contrat spécial, le *contrat litteris*. "*Nomen*" créance viendrait de là, puisque sur ce registre spécial en inscrivait le nom de quelqu'un on faisait naître contre lui une créance (Cf. Gaius, Inst. 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 hérédité. 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) (I). 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.

4°- 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 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. C'est là le cas normal des créanciers, dits aujourd'hui chirographaires.

Toutefois, certains créanciers passent avant les autres, aussi bien en droit romain qu'en droit moderne. 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

(I) V. Cours de 1ère Année.

le 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...(I)

Les droits de créance ou d'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 certains droits modernes, le nôtre par exemple.

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

§ 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°- On peut classer les obligations en D.R. 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. D'autres sont les obligations prétoriennes, sanctionnées par les préteurs (Institutes III, I3,1); les honoraires par les préteurs et les édiles.

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

(I) V. Cours de 1ère Année .

4°- D'après leur objet:

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.

Trois divisions se rapportent à l'objet:

- Obligations certaines et obligations incertaines.

A- Obligations certaines et obligations incertaines, division déjà vue 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.

- O. divisibles et indivisibles.

B- Obligations divisibles et 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).

- O. simples et O. complexes.

C- Obligations simples et complexes; le plus souvent simples, si un objet unique est dû; 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. Obligations unilatérales.

5°-D'après La nature du lien. Deux divisions s'y réfèrent:

A- Les obligations sont tantôt unilatérales, tantôt synallagmatiques.

a) Unilatérales, quand il n'existe 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.

. Obligations synallagmatiques parfaites et imparfaites.

b) Synallagmatiques, quand 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.

Ces obligations se subdivisent en deux classes :

aa) si le lien est double dès l'origine, les obligations sont synallagmatiques parfaites, dont les

exemples sont très pratiques: vente-achat, louage-prise à bail (locatio-conductio), société.

bb) Les obligations synallagmatiques imparfaites sont celles où 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 précisons ces notions délicates plus tard.

§ 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.

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

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

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 (3). Le lien qui unissait

(1) Ni en sociologie (notions du potlatch, de la foie jurée, du commerce Koula). v. Moret et Davy, Des cleaux Empires, Paris 1923, Warnotte, les Origines Sociologiques de l'Obligation contractuelle, Bruxelles 19

le sujet passif au 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 III, 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, et les judicati (avec les confessi (I)

lui-ci pou-
it inter-
nir soit :
- sans pro-
dure préala-
e à la suite
un délit
peut-être
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 per 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 les prêteurs. Ce sont des nexi, (necto, enchaîner).

- soit à la
ite d'une
 procédu-
manus inje-
o fondée
r une con-
nation.

2°- Il peut y avoir assujettissement à la suite d'une procédure, la manus injectio. 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 sen 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.

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

Suite de la note....(2) Ernout et Meillet, v° Ligo, restent dans le vague.

(3) Contre la théorie de M. Hagerström, qui pousse trop loin l'idée en assimilant l'obligation à la possession ou assujettissement mystique d'une personne à une autre, lire le C.R. de M.F. de Wisscher R.H.D. 1929 p. 603 et s. Cf. G.L. Luzzatto, Per un' ipotesi sulle origini della natura delle obbligazioni romane Milan, 1934.

(I) On ajoute couramment les damnati; mais à tort (V. cours de Ière Année).page 461

devoir juridique de faire quelque chose pour quelqu'un d'acquitter une dette.

La difficulté est de savoir comment on est pas 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.

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 assumé 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 (fragment nouveaux de Gaius (I); PSI. II 82, I. 187; 11, 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 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 même, 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.

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.

quoique le droit ne puisse se réaliser dans la pratique que sous la forme d'action.

Comment donc à Rome après l'exécution, après l'action, l'obligation a-t-elle pu naître? Comment les Romains ont-ils pu dégager de 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 devenues transmissibles héréditairement.

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'obligation, le lien 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 Poetelia Papiria du début du 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, su 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 précuniaire(2) 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)". Le rapport de la promesse qui enchaîne la volonté du sponsor avec l'obligation, vinculum juris, est manifeste.

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

Une fois éclos, la notion d'obligation devoir juridique s'étendit, se développa à mesure que la civilisation progressait. Après la création de la procédure formulaire (VII^e s. de Rome, 154 av. J.C.) elle s'étendit aux délits (3).

Ainsi on était arrivé à l'unification de tous les rapports, qu'ils aient permis ou non primitivement des sanctions immédiates contre la personne physique. Le lien corporel, l'obligatio avait disparu; il était remplacé par le devoir juridique d'exécution, par l'obligation sanctionnée à l'aide d'une action in personam, et cela quelle que soit la source d'où dérive le droit du créancier.

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

(2) V. Infra, Stipulation.

(3) 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).

§ IV - Les sources des obligations.

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

Tous les rapports de droit qui fondent des obligations 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 naissant 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 inventée. Il est possible que ce soit le jurisconsulte Sabinus, le second chef de l'Ecole des Sabinien, jurisconsulte du début de l'Empire, car Sabinus a été un grand constructeur de notions juridiques et l'inventeur d'un système qui a longtemps dominé le droit (1). Gaius qui a écrit ses Institutes entre 138 et 154 (Appleton, R.H.D., 1929, p. 230) est un héritier intellectuel de Sabinus. Si la division n'a pas été inventée par celui-ci, elle a pu l'être par les Jurisconsultes antérieurs, hommes de grande valeur, qu'on appelle les Veteres, qui vivaient à la fin de la République et à qui Sabinus se réfère.

Les contrats sont des conventions, des accords de volonté reconnus par le droit civil et qui constituent des actes volontaires licites (vente, louage, prêt, stipulation, contrat litteris, etc,...) sanctionnés par des actions dites reipersécutoires, des actions 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 (vol, injure, dol, fraude, etc,...) sanctionnés par 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; de l'autre, c'est la volonté illicite contraire aux lois, aux bonnes mœurs, à la morale. Autre opposition: le contrat exige deux volontés, le délit est le fait d'une seule.

Longtemps il n'a pu exister qu'une seule source ancienne, mais selon H. Spencer le progrès étant la complication, rien d'étonnant à ce qu'il y eût plusieurs sources.

(1) 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).

Obligations
nées des va-
riae causa-
rum figurarum.
O. nées quasi
ex contractu
ou quasi ex
delicto.

postérieurement d'autres obligations qui ne rentreraient ni dans les contrats, ni dans les délits.

L'existence de ce groupe est révélée par un texte fameux de Gaius (D. 44.7.1.pr.) dans ses *Res cottidianae* (cas pratiques qui se voient tous les jours) ou *Aurei* (choses dorées qu'il faut connaître parce que ce sont les plus précieuses).

Gaius 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 (§ 1). 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 n'est pas patente comme 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, ses successeurs, et l'on trouve aux *Institutes* de Justinien III, 13, 2 la division quadripartite définitive, 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/obligations ex lege. 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 (1).

(1) 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.

§ 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.

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. Le plan sera donc le suivant :

Plan du
cours.

Au Titre Ier seront vues les obligations nées de causes licites.

Ces obligations naissent ou bien d'actes (contrats) ou bien de faits (quasi contrats) ou de la loi. Dans ce Titre un chapitre sera consacré aux Obligations naturelles.

Au Titre II seront envisagées les obligations nées de faits illicites (délits et quasi-délits).

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 III : L'exécution et l'inexécution des obligations.

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

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

L'obligation grève habituellement une seule personne et d'ordinaire il n'y a qu'un créancier et un débiteur. Ce sont les obligations simples. Mais il y a des cas où existent 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 VI : 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 VII : Les sûretés personnelles et les sûretés réelles qui garantissent les obligations.

TITRE Ier

OBLIGATIONS NÉES DE

CAUSES LICITES.

Chapitre I

CARACTÈRES, SOURCES, DIVISIONS DES

OBLIGATIONS LICITES.

Le domaine de ce qui est permis, du licite, est extrêmement touffu, car il comprend les obligations ex contractu, quasi ex contractu, ex lege. Il se caractérise par le fait que ces obligations sont sanctionnées par des actions reipersécutoires (non pénales) et par le fait que parfois certains rapports licites ne sont pas sanctionnés par des actions (o. naturelles).

Ces actions reipersécutoires, nous en connaissons déjà la définition (1) : ce sont des actions qui permettent de rem persequi, de poursuivre une valeur (res), qui est due pour trois raisons : 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 licites qu'il a faits (quasi-contrat), ou bien une valeur due à raison de certaines situations de droit ou de fait qui existent entre lui et son créancier (obligations ex lege).

(1) V. Cours de 1ère année.

Les actions qui sanctionnent ce domaine sont donc de même nature que celles qui sanctionnent les droits réels, (les a. in rem), mais elles sont in personam, comme les actions pénales, sanctionnant les délits. Toutefois, entre elles, une différence considérable: dans l'action délictuelle ou pénale, la persona qui est en jeu, c'est la personne physique, parce que l'action pénale dérive de la vengeance privée; ici, c'est la personne juridique, autrement dit le patrimoine. On l'a vu à propos de la capitis deminutio. 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.

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, diffèrent des obligations sanctionnées par des actions délictuelles.

le lien est
plus considéré
que la sanc-
tion.

1^{re} - 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.

l'objet de-
vient illi-
mité.

2^{re} - C'est dans le domaine des obligations licites, et surtout des contrats, qui en sont de beaucoup la source la plus importante, 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. L'objet de l'action pénale est une somme d'argent.

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

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

les obliga-
tions de dare.
l'obligation

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

de dare s'exécute par un mode juridique de transfert de la propriété.

mancipi : in jure cessio ou traditio pour les res 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. II38, 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 la tradition, la possession, l'usucapion. 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. Il faut un acte réel, une mancipatio, une in jure cessio, une traditio.

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

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.

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

S'il s'agit d'une obligation de facere, l'accomplissement du fait produit l'enrichissement désigné 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.

Transmissibilité active et passive des obligations licites.

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. Les obligations illicites sont intransmissibles passivement.

Leur destruction par la capitis deminutio.

4°- Les obligations licites 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 et les obligations nées de causes illicites.

Les obligations licites se forment par des modes créateurs. Elles s'éteignent par des modes inverses.

5°- Enfin, les contrats doivent être créés. Ils n'existent pas par eux-mêmes. Pour se créer, ils exigent 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'extinction) des actes, soit formels, soit non formels, et

vertu de la loi de correspondance des formes, tandis 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.

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.

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

3°- Il existe enfin d'autres obligations appelées ex lege et 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 (contrats), de faits, (quasi-contrats) ou de situations (obligations légales). Les o. illicites (délits et quasi-délits) naissent toujours d'un fait de l'auteur du délit ou du quasi-délict.

Section III

Divisions des Obligations licites.

Les obligations licites, on l'a dit sont extrêmement nombreuses. Pour s'y reconnaître, il faut donc y établir des classifications.

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 les théoriciens que nous sommes devenus. Ils s'in-

" Les Cours de Droit "

Répétitions Écrites et Orales

Reproduction interdite

Les obliga-
tions con-
tractuelles.

Les obliga-
tions quasi-
contractuel-
les.

Les obliga-
tions légales.

Importance
des divisions
des obliga-
tions licites.

Caractère
pratique des

divisions
des obligations
en droit ro-
main.

téressent 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. Les Romains n'ont pas davantage cherché l'origine historique de ces distinctions, car ils n'étaient pas plus historiens que théoriciens.

Les rapports
unilatéraux.

1ère Division - Rapports unilatéraux et rapports synallagmatiques.

Il faut insister ici sur cette division, déjà indiquée à propos de la division des obligations, parce qu'elle ne convient qu'aux obligations licites. Toutes les obligations nées ex delicto sont unilatérales, il y existe un coupable et une victime, celle-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 les contrats de stipulation, de prêt dans le quasi-contrat d'enrichissement sans cause.

Ce sont les
plus anciens.
Ils sont tou-
jours de
droit strict.

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

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

Les rapports
de droit sy-
nallagmati-
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 intéressante est le tuteur. Il peut éventuellement obtenir

Les rapports synallagmatiques ne sont sanctionnés que sous la procédure formulaire.

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 plano 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. On n'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.

a) 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*) est l'a. *empti*, l'a. accordée au vendeur (*venditor*), 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 preneur (*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 des actions directes et contraires.

b) Dans les obligations synallagmatiques imparfaites, dont nous avons cité deux exemples, le contrat de dépôt et la quasi-contrat de tutelle, on constate au Digeste une sanction par deux actions indépendantes; des actions directes *judicia directa*, *actiones directae*, données à la partie la plus intéressante, contre l'autre, au dépositaire contre le déposant (*actio depositi directa*), du pupille contre le tuteur (*actio tutelae directa*); puis des actions contraires *contrariae*, *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 au Digeste existait-elle

D'après M. Colinet, 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.

Les actions contraires indépendantes sont nées sous la procédure extraordinaire.

Rapports du *jus civile* et du *jus gentium*.

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.

Cette opinion courante a été contestée par certains auteurs, tels que M. Biondo Biondi (*Judicia bonae fidei*, T. Ier 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 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 l'action de gestion d'affaires en matière de tutelle.

2°- Les *contraria judicicia* du droit classique ne sont pas les *actiones contrariae* de Justinien. Ed. Cujas 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 du demandeur. Par exemple, le déposant réclame la chose au dépositaire par l'*actio depositi* (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*. Ce procédé existait déjà à l'époque de Quintus Mucius Scaevola consul en 659-95 au témoignage de Cicéron (*De Officiis* III, 17, 70).

Pourquoi ces *judicia 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 et à ceux à qui ils l'ont concédé. Le *jus gentium* droit des gens, 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 sponsione 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 pé-
régrins (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 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 que 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. A l'inverse l'expression actiones bonae fidei est byzantine. La véritable expression romaine est judicia bonae fidei: formules de bonne foi (I). Nous montrerons l'interpolation.

Qu 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.

I°.- Intérêts de la distinction.

Dans les actions de bonne foi, le juge statue ex fide bona, ces mots étaient contenus dans l'intention de la formule. Il recherche si cette fides bona,

(I) Sur la construction de ces formules, v. Ière Année.

Rapports de droit strict et rapports de bonne foi.

Les rapports de droit strict.

Ce sont les plus anciens.

Les judicia bonae fidei.

Large pouvoir d'appréciation du juge.

I°.- Il statue ex fide bona.

Intérêts au
point de vue:

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; il considère l'intention des parties, les usages du commerce, les habitudes locales. 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. (Ins. 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, ou 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 Scaevola, Consul en 659/95 (Cic. de off. 3, 17, 70): Contrats de société, fiducie, mandat, vente, louage

(1) F. Pringsheim; dans Conferenze (de Milan) 1931

et quasi-contrat : la tutelle.

2°- 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 ; fiduciae, 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. 3°- La Liste des Inst. 4,6,28 est la plus complète. Elle parle d'actiones 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 pignoratitia pour le gage, l'actio familia erciscundae pour le partage de l'hérédité, l'a. communi dividundo pour mettre fin à l'indivision : l'a. praescriptis verbis, sanction des contrats innommés 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 ; M. W.W. Buckland vient d'expliquer pourquoi (R.H.D., 1936, n° 4).

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.

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 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).

Quelle est l'origine des bonae fidei judicia ?
C'est une question difficile (négligée en Ière

Liste de
Justinien.

Sens différent
de JAB ;
F. au temps
de Gaius et
de Justinien.

3°- Origine des
JABaeFi.

Année). Pour essayer de découvrir cette origine, il faut se référer à la première liste. Quelle est l'origine des 5 actions de Q.M. Scaevola ? La plupart des manuels ne répondent pas à la question. M. Biondo Biondi, dans le T. I 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 synallagmatiques parfaits : vente, louage, société.

Ici les *J^a B^{ae} Fⁱ* ont leur origine sur le terrain du droit commercial, dans les rapports entre Romains et étrangers. Ils ont été créés par les Prudents et aussi par le préteur pérégrin pour protéger les Romains victimes des manoeuvres de marchands étrangers.

Pour Ed. Cuq (p. 850 et n. 5), elles viendraient des *arbitraria honoraria* dont parle Cicéron, arbitrages et non pas procès organisés par le magistrat. 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 rapports 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, contrat 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 sanctionnent 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 gentius, rapports commerciaux entre Romains et pérégrins, donc dans le champ d'activité du préteur pérégrin, auquel les parties auraient présenté des formules civiles rédigées par les Prudents avec la clause ex fide bona.

La *fides* existait déjà entre Romains; un temple lui était dédié. Cicéron (de Off. I,7) la définit : dictorum conventorumque constantia et veritas (le respect et la sincérité des choses dites et convenues). Mais la *fides bona* est spéciale : l'épithète *bona* "honorable" marque la volonté du préteur pérégrin de proté-

ger ses concitoyens contre la malhonnêteté des marchands pérégrins, quand ceux-ci les ont trompés et que le procès vient devant un juge pérégrin. Nous retrouvons ces idées à propos des origines de la vente, du louage et de la société (I).

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, de même le mandat (V. plus loin). Nous sommes donc sur le terrain national et les idées indiquées tout à l'heure ne sont plus valables. 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), avant qu'Aquilius Gallus eût créé les formules de dol (v. Infra). Puis les Prudents auraient inventé les formules in ius 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 du 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

(I) Les Allemands qui ont étudié la notion de fides n'expliquent pas l'adjectif bona.

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 sur le délit. 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 avant les Byzantins (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 inter cives Romanos actio non nascitur" "du pacte nu aucune action ne naît" (Paul S. 2, 14, 1) "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. Faut de paroles sacramentelles, 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 vient un contrat re (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.

(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.

Dans ces actes, les Romains n'ont pas reconnu, pendant longtemps, des contrats, ils ne leur 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 d'obligation que dans les opérations qui se forment par le consentement, consensus, et nommément 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.

Classification
quadrupartite
des
contrats.

Le nom de *contractus* (étymologiquement "contraction, réunion de deux choses") n'apparaît, au sens juridique de contrat qu'après Labéon, au Ier 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 naîtront, 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')

Addition d'une
5ème classe.

Cette classification célèbre est antérieure à Gaius, puisque Papius sous Hadrien (II 7-138) 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

(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" dira Stéphane (Basil. éd. Heimbach, 11, 71).

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.

Classifica-
tion des pactes.

Quant aux pactes, les uns ont été sanctionnés par le préteur : pactes créant des o. synallagmatiques imparfaites (V. plus haut et aussi Titre II); 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. Le moyen âge a appelé les pactes sanctionnés "pacta vestita" par opposition aux "pacta nuda" (sans sanctions).

Section II.

Conditions générales de validité du contrat.

Consentement,
capacité, ob-
jet, cause.

Les Institutes de Justinien en parlent à propos de la stipulation (III, 19 de inutilibus stipulationibus : des stipulations nulles) parce que la stipulation est restée le contrat général ou mieux la forme générale de contracter (V. Stipulation). 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.

§ 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.

§ I - 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 messenger (per muntium), soit par lettre (per epistolam). Le messenger 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.

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

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'autres 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.

L'erreur peut porter sur différents points.

a) Erreur sur l'acte juridique lui-même, error

Le consentement doit être :
1°- sérieux.

2°- véritable.

3°- Exempt de vices.

Les vices du consentement :
a) l'erreur.

Les différents cas d'erreur

toujours sanctionnés par la nullité absolue.

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, I, II, I).

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 dol. On verra plus tard comment les sanctions du dol amènent à la nullité du contrat, (v. Délits) mais le dol ne vicie le contrat que s'il émane du co-contractant (a. III 6 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 v. Délits); la violence vicie le contrat même si elle émane d'un tiers. (a. III 1 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 Ière 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 deve-
nir créanciers.

On sait qu'en droit romain peuvent devenir créanciers *jure civili* (avec des actions pour sanctions) 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 droit des gens). Cependant l'infans et le *furiosus* ne peuvent pas devenir créanciers, faute de volonté.

Esclaves cré-
anciers *jure*
naturali.

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 (V. *Infrà* chap. VI).

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, II4).

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, .I).

c) Les pérégrins qui n'ont pas le *jus commercii* sauf dans les contrats de droit des gens.

Les esclaves peuvent devenir débiteurs *jure naturali*, la dette n'est pas sanctionnée par une action civile, bien qu'elle ait une certaine existence et produise des conséquences juridiques (V. *Infrà* chapitre VI).

Capacité du
fils de fa-
mille.

e) Le fils de famille n'a pas pu s'obliger dans le très ancien droit romain (Girard, p. 495, n. I). 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, mais 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 d'intercéder pour autrui (S.C. Velléien).

Nullité abso-
lue sanction-
nant l'incapa-
cité dans les
contrats de
droit strict.

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 re-
latif de la
nullité pour
incapacité
dans les con-
trats synal-
lagmatiques

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.

pour les pu-
pilles par
application
du principe
de la simul-
tanéité.

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 ont corrigé 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 devenu pubère. 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 nullité relative du droit français.



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

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).

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,

(1) R. Popesco-Ramniceano, 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).

romain admettant celui de la non représentation.

qui donne à quelqu'un mandat ou procuration (pouvoir 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 (cf. représentation en justice; 1^o Année).

Aujourd'hui, nous suivons le principe de la représentation parfaite produisant deux effets:

1^o) 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.

2^o) 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, l'intéressé.

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 inconvénients du principe de non représentation.

1^o) Les actes passés par un tiers produisent leurs conséquences actives ou passives chez ce tiers, tuteur, mandataire.

2^o) A l'inverse les conséquences des actes ne se produisent pas chez l'intéressé.

Pour que les conséquences parviennent jusqu'à celui-ci, il faudra donc que les droits réels ou les obligations acquis par le tiers soient transférés sur sa tête. 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 *tutela directae*; au mandant contre le mandataire, action *mandati directae*.

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'admettent 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, sur le tuteur, 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'intermédiaire 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 *jure praetorio*.

Les Romains, ici comme ailleurs, ont obéi inconsciemment à trois lois d'évolution frappantes que M. 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 (*mandataires*) 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*.

Les esclaves et les enfants de famille servaient au chef, au père, d'intermédiaires avec les tiers. Ils travaillaient au profit du pater, passaient des actes juridiques dans son intérêt. Mais les actes accomplis par les *alieni juris* ne produisaient leur résultat à l'égard du chef que s'ils étaient des actes d'acquisition rendant la condition du chef meilleure. L'*alieni juris* fera donc acquérir à 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.

En revanche, on sait que les *alieni juris* ne

Les *alieni juris* peuvent rendre le maître créancier, mais ne peuvent le rendre débiteur par leurs contrats.

Impossibilité de maintenir cette règle par suite de l'introduction des contrats synallagmatiques.

Les actions *adjecticiae qualitatatis*.

Les deux groupes d'actions *adjecticiae qualitatatis*.

Caractère imparfait de la représentation qui en résulte.

B- Contrats passés par

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 la 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.

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 *adjecticiae qualitatatis*. Le tiers devenu créancier par contrat 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 l'*alieni juris* a agi. Les formules appropriées composées par le préteur, comportent une qualité adjointe au nom de l'*alieni juris*, *adjecta qualitas*, d'où le nom actions *adjecticiae qualitatatis* 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, s'il avait passé l'acte, lui-même: *A. quod Jussu* (ordre, invitation du pater au subordonné); *actio exercitoria* pour le commerce maritime; *actio institoria*, 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 l'*alieni juris* 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 subor-

une extranea
persona.

donné 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°) Dans le mutuum représentation parfaite par application de la théorie de l'acquisition de la possession.

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 re. Ce caractère de contrat réel explique que la représentation a pu y être parfaite (1)

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 acquérir 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 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 je 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

(1) C. Gérardin, *Nouv. Rev. Hist. de Droit*, 1900, p. 26 et s.

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, 13, 25), rédigé en termes généraux est interpolé (Cirard, p. 717 n. 2).

Les deux cas où le mandant acquiert la créance à titre utile contre le débiteur, sont: a) bien qu'il n'y ait pas de texte, mais en vertu d'une idée logique, 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.

b) 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 penche vers la ruine), 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 complète 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'Édit du prêteur lui-même, à la fin de la République, a admis que le mandataire commercial représentait le mandant. 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° - Mandataires civils.- Le prêteur avait lais-

se 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, probablement lui-même influencé par la pratique hellénistique (1), a permis au mandant une action utile calquée sur celle de l'Edit, *actio quasi institutoria*, à l'exemple de l'*actio institutoria*, ad exemplum *institutoriae* (D, 14.3.19.Pr.; Ulp. D, 19.1.13.25).

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 prétoriennes 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.

(1) Il était en effet originaire de Syrie, peut-être de Hémèse (Homs), c'est-à-dire d'une région encore imbue de pratiques grecques; certaines idées de réformes de Papinien ne peuvent s'expliquer que par l'influence grecque (Cf. Collinet Etudes I).

§ 4 - L'objet.

Conditions
auxquelles
doit répondre
l'objet.

L'objet de l'obligation, c'est le debitem, 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 doit 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, par 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 l'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 directi* 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 stipula-
tion 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 Inut. 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*" ?) Ré-

(1) Aussi parle-t-on ici de contrats en faveur des tiers (V. le cours de Pandectes de M. Collinet, 1932-33)

ciproquement, la promesse pour autrui s'exprime ainsi : "Promets-tu que Titius me donnera 100 : Spondesne Titium 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 stipula-
tion 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 a-

git (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, me promets-tu 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 (Instit. 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.

(1) Voir A. Lecomte, thèse Paris 1927.

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 un 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 acta aliis neque prodesse neque nocere potest.

Atteintes à ce principe pour faire acquérir 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°- Atténuation 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 meam (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 bas 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.II7). Les adstipulato-

(1) Sur Ulp. D. 45,1,45,2 (interpolé) V. Infra, Terme incertain).

res étaient des professionnels, des agents d'affaires. Cicéron dit même qu'ils avaient mauvaise réputation. L'adstipulatio a disparu du Droit de Justinien (V. loi Aquilie);

2°- Fideicom-
mis de dona-
tion.

2° - Fideicommiss de donation. Primus fait une donation à Secundus à charge par celui-ci de transmettre la chose à Tertius. D'habitude le fideicommiss se fait dans un codicille: c'est un acte à cause de mort. Mais ici c'est un acte entre vifs. Les Romains ont admis à la fin de l'époque classique que Tertius, le fideicommissaire, aurait contre Secundus, le fiduciaire, une action utile en exécution du fideicommiss (Const. de Dioclétien et Maximien Fg^a. Vat. 236: C.8.54.3).

3°- promesse
de restitu-
tion de la
dot à un tiers.

3° - 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. O.5.14.7).

4°- Le sous-
dépôt.

4° - 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. 42,8), qu'on a soupçonné, à tort, selon M. Collinet, d'être interpolé, car 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:

Spondezne 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 - 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 indirectes:

A - Nullité
au regard du
promettant.
Tempéraments:
1°- promesse
de porte-fort,

1° - Pour rendre la promesse valable et engager Secundus, il suffira de modifier la formule: Primus demande: "Spondezote 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

(1) Cependant cf. Apulée, Apologie, ch. 91-92-102 et Albertario Studi di d.r., t. I, 1933, p. 349 et s.

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 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, cela 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 ma mort, pour mon héritier. Ces promesses étaient nulles en droit classique.

§ 5 - La cause.

Trois sens du mot cause.

Le mot cause est un mot amphibologique. Il a de nombreux sens (1) 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 principaux:

1°- Motif d'un acte juridique.

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 (V. 1ère année). 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.

Source en matière d'obligation.

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.

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 romains.

Les anciens auteurs admettaient que tout contrat romain avait une cause en ce sens que l'obligation

(1) Valentin - Al. Georgesco, Essai sur le mot "Causa" dans le latin juridique: étude de philologie juridique (extr. de la "Revista Clasica", Tom. VI-VII, 1934-1935), Bucarest, 1936.

tion 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 contrats consensuels. Cette notion superflue a disparu de l'enseignement moderne;

3° - Cause finale - but objectif

toujours le même dans un même contrat.

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 Paul Fournier, R.H.D. 1923, p. 66I 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.

2ème 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 au lieu de vous verser la somme due je puis vous faire 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 fausse, ni illicite. Ainsi s'expriment deux articles fondamentaux du C.C. (a. 113I et 1133).

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 (1).

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, c'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.

La cause dans le prêt.

Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties est la cause de l'obligation de l'autre.

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 à la donation.

En Droit romain, certains auteurs, encore aujourd'hui, enseignent que la notion est la même : dans les contrats synallagmatiques l'obligation de l'un serait la cause de l'obligation de l'autre.

Pas de théorie de la cause finale en droit romain dans les contrats synallagmatiques.

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 dégagé l'idée de cause finale en matière de contrat synallagmatique.

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 naîtra dès que Primus aura exécuté la sienne. Exemple : l'échange, l'opération "do ut des". Je te livre mon cheval à condition que tu

(1) 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 (Capitant etc...), la négative par les anti-causalistes (Planiol-Ripert)

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 consensu, 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 innomés -

causa res et non pas but final.

Ce texte célèbre est d'Ulpien au Digeste 2,14, de pactis, 7,2, qui dit: Il y aura obligation "sinalagma", si l'opération n'a pas de nom, mais "si subsit tamen 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 cause 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 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, donc causa signifie aussi valeur, chose.

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 litteris.

Leur validité

est indépendante de l'existence

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.

Voici comment: supposons une stipulation faite credendi causa, à titre de prêt; Ius avait fait promettre à 2^{us} de lui rendre telle somme d'argent parce

tence d'une cause, le débiteur est tenu par la seule prononciation des paroles ou la formalité de 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.

qu'il allait la remettre à 2^{us} à titre de prêt. Mais en fait le stipulant ne lui a pas remis cette somme (1). 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 ce qu'ils n'ont pas reçu, parce que la stipulation est un contrat formaliste, abstrait, 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, 116a: "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* (2).

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 dit-on aujourd'hui "des actes abstraits", c'est-à-dire 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.

(1) Cas pratique: l'usurier fait promettre une somme plus forte que celle qu'il a versée.

(2) V. R. Monier, t. II. p. 110 et s.

Réaction contre cette solution contraire à l'équité.

Le prêteur donne au débiteur actionné en restitution d'une somme qu'il n'a pas reçue, l'exception de dol.

Pénétration de l'idée de cause dans la stipulatio sous l'influence de la doctrine: la *condictio liberationis*.

Condictio ob turpem vel injustam causam en cas de stipulatio ayant une cause illicite

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 venu au secours du débiteur en lui permettant d'opposer l'exception de dol à la réclamation du stipulant. Gaius 4, 116a 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.

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 tenu 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.

De même la stipulation pouvait avoir été contractée pour cause illicite ou immorale. Ici cause 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

ou immorale.

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 résulte du fait d'une cause honteuse ou illicite (Cf. Macqueron, thèse, Paris, 1924).

Conditions de recevabilité de cette *condictio*.

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 progrès de la théorie de la cause dans la stipulation: la querela non numeratae pecuniae aboutissant à un renversement de la preuve en faveur du débiteur à qui le créancier réclame en vertu d'un billet une somme que le débiteur prétend n'avoir pas reçue.

La théorie de la cause dans la stipulation 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 pécune non nombré*". 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 ressortir de la jurisprudence des gouverneurs de province (1). 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.

(1) M. Collinet croit en apercevoir l'origine dans l'Edit du Préfet d'Egypte Valerius Endaemon (P.Oxy. II, 237, col. VIII, LL.7-18) (138 ap. J.C.) (communication au Congrès de Papyrologie de Florence, Avril-Mai 1935) (à paraître dans *Aegyptus*).

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° - *reus 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, plainte sous forme de contestatio (extra ordinem), (Collinet), - somme des deux moyens classiques (opinion commune) - 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 cautae 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.

Nécessité d'une cause à l'époque de Justinien.

De cette théorie ainsi élaborée du III° au VI° 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. Co. 110) et le billet à ordre (C. Co. 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.

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'écrit.

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. 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 *tabellio* (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, Etudes 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, $\alpha\rho\rho\alpha\beta\omega\nu$) qui, eux-mêmes l'avaient emprunté aux sémites par l'intermédiaire des Egéens. (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 Jus-

(1) Les législations sémitiques et en particulier, la législation assyro-babylonienne qui remonte plus haut

tinien Instit. 3.23 pr. à propos de la vente sine scriptura.

2°) Les arrhes acompta 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, en 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'acte 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 subsecuto, 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 113; Cuq. p. 457; Elie Popesco, thèse Paris 1925), mais il vaut

(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.

mieux lever la difficulté en 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 adjuncta*. 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.

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.

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 incontinent, 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°) Le pacte
minutoire
s'incorpore
au contrat
auquel il
est adjoint
même s'il
est de droit
strict.

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 disent un texte d'Ulpien (D.2.14. de pactis 7,5) et aussi une des lois les plus difficiles du Digeste (une des septem leges damnatae ou septem cruce) (Paul, D. 12.1.40: loi Lecta) (échelonnement des paiements).

2°) Pactes
ad augendam
obligationem.

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) le pacte
adjoint in
continenti à
un contrat de
droit strict
ou de bonne
foi s'incor-
pore à celui-
ci.

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 (leges) 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). Les Romains considèrent alors le simple pacte comme

(1) P.-E. Viard, Les pactes adjoints aux contrats en droit classique, Paris 1928.

Exception en ce qui concerne le pacte d'intérêts adjoint au mutuum.

très dangereux pour l'emprunteur. Le remède consiste à faire une stipulation dans laquelle les parties fixeront le taux des intérêts.

b) Le pacte adjoint ex intervallo n'est pas sanctionné.

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 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 subordonnées, 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 dépendent, 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.

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.

Apparition relativement tardive de ces modalités.

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). 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 legiti-
mi ne compor-
tant 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 requises dans la stipulation. 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 Ed. 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.

Ce terme peut être certain ou incertain.

Terme certain.

Le terme certain, dies certus, est celui qui arrivera 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 incer-
tain.

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 le-
quel le débi-
teur doit
s'exécuter.

A - En ce qui concerne la nature du terme suspensif. Ch. 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.

Deux faits prouvent cette conception: d'abord la formule: "ante Kalendas dare spondes" avant les

(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.

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 l'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'extinguibilité 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:
1°) avant l'arrivée du terme l'obligation existe mais ne peut être exigée.

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, on l'a vu.

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: déconfiture).

2°) Après l'arrivée du terme, l'obligation devient exigible mais

2°) Après l'arrivée du terme, la dette devient exigible: le créancier peut agir en justice. L'obligation à terme devient pure et simple, *pura*, à partir du jour du terme, mais sans effet rétroactif au jour du contrat. Le créancier ne peut donc obtenir les

sans appel
rétroactif.
Cas où le ter-
me retarde
la naissance
même du droit.

De la règle
dies incertus
conditionem
facit.

La stipulation
cum moriar
et l'assurance
sur la vie.

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. Appleton démontre que la règle est générale, aussi bien en matière de contrat que de testament. Voyons ce qui concerne le contrat.

1°) 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 ?"

C'était 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 bénéfice 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; ce 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.45,1,45,2 (1), 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 question de mots. Peu importe aussi que le texte soit interpolé; il n'en est pas moins probant pour le droit de Justinien.

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 ses.

(1) Cf. Supra, Stipulation pour autrui.

La stipulation
cum morieris
et la donation

mortis causa.

terces 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 (V. Suprà).

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^e et XVIII^e 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.

Divisions des conditions:

1°) Condition casuelle.

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°) Condition potestative.

2°) La condition peut être potestative quand elle dépend du pouvoir du créancier ou du débiteur.

Il faut à cet égard distinguer la condition purement potestative et la condition simplement 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 de monter au Capitole ou non, donc de 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'obligerait que s'il le veut.

b) Simplement potestative de la part du débiteur.

c) Potestative de la part du créancier.

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) 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 ne fournir des fonds à ma volonté. Je puise ou ne puise 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 classés le contrat conditionnel existe déjà en puissance.

Conséquences de l'idée que le contrat existe déjà.

B - Effets de la condition suspensive.

La condition, à la différence du terme retarde 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, ceux 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 compte dans le patrimoine au point de vue actif ou passif et on en fait état 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'enfant a été donné en adoption, l'esclave a été vendu, le bénéfice de la stipulation ira non pas au maître du jour

de l'arrivée de la condition, mais à celui 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
virtuelle.

Mais l'existence de l'obligation conditionnelle 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, définitivement. L'arrivée de la condition est problématique par nature.

b) le débiteur qui par erreur paie avant l'arrivée de la condition peut répéter, car il a payé l'indu.

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 promettre 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 condition, par exemple si je l'ai vendu alors. C'est toujours la même idée: il faut se placer au moment de l'arrivée de la condition et non pas au jour du contrat pour savoir le sort de celui-ci. Marcellus (D. 18.1.61) emploie encore ici le terme "sperare" - quia forte speratur meum esse desinere: parce qu'il se peut que cet esclave cesse de m'appartenir".

C - Quand la condition est-elle réputée accomplie ?

Difficultés
que peut sou-
lever le point
de savoir si
la condition
est réalisée
ou défaillie.

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 débiteur l'a empêchée de se produire.

De même, la condition est indivisible. Supposons 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. Des difficultés se rencontrent 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 (de necto "je lie") 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 (mancupatio) différentes de celles de la mancipatio puisque le but du nexum différait 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 d'un texte connu des XII Tables T. VI.1. "Cum nexum faciet mancipiumque, uti 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. 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 compté.

(1) M. Popesco, Etude sur le nexum, nie même son existence (en Roumain)- 1925.

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 injectio 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 poena (amende composition pécuniaire). Cet individu qui n'a pas d'argent pour payer la composition légale ou volontaire et pour échapper à la sanction, emprunte 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 classes ou de la question sociale (relire l'histoire romaine).

Adoucissement de cette sanction par la loi Poetelia Papiria 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 428-326 l'a-t-elle adouci (Cuj). Tite Live dit qu'après elle le prêteur ne pourra plus tenir enchaîné l'emprunteur, 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 (1).

(1) Bien entendu à l'examen, il faudra dire que le

§ 2 - La stipulation.

Simplicité
de la stipu-
lation.

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 "Sponde me 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.

Étymologie

des mots sponsio et stipulatio.

Spondere, répondre ou promettre, ce verbe n'a pas voulu toujours dire cela et étymologiquement il aurait la même racine que le grec "spendô", "spendê", libération ou traité (1) . 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, ou exactement à "stipo" (j'affermis) (2); 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. Collinet, doit avoir été introduit plus récemment pour les pérégrins c'est la forme plus moderne et internationale.

Très haute
antiquité de
la sponsio.
Est-ce un
serment ?

A-t-elle une
origine reli-
gieuse?

Quelle est l'origine de la sponsio ? Ce contrat n'est pas seulement romain ou latin, mais italote. 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.

(suite) nexum est un contrat et après avoir exposé la doctrine courante on dira : Mais une autre doctrine a été imaginée par M. Collinet.

(1) Sic: Ernout et Meillet.

(2) Sic: Ernout et Meillet.

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, c'est elle sans doute qui est visée par Cicéron dans le texte où il dit que les "majores" 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 le P.S.I. 1182, qu'elle remontait à la Loi des XII Tables (Gaius IV, 17a) (1)

A quoi pouvait 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 Gérardin 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 (2). 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 parce 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

(1) P. Collinet, R.H.D. 1934, p. 99.

(2) V. aussi P. Collinet, Memorie della R. Accademia di Bologna, 1931.

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 obligatoires 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: donc, inaccessible aux sourds et aux muets, impliquant la présence des parties. La forme "spondesne ? spondeo" est réservée aux citoyens romains, sauf que les pérégrins peuvent l'employer dans les traités de paix (Gaius 3.94). 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.

L'évolution se fit dans le sens d'une atténuation du formalisme et du développement de l'écriture en matière de stipulation (1).

La stipulation devait être d'abord en latin, puis on permit l'emploi d'une langue étrangère et en 472 Léon valida toutes les formules possibles.

Evolution de la 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 stipulation écrite du fait qu'une partie a été absente. (Sent. Pauli, 5,7,2). Cela se rencontre pour la stipulation de cautionnement (interpolations) 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

(1) Cf. R. Monier, op. cit., II, p. 109-114.

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. (Inst. III.19,8). 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.

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°- Stipulation
conclue
volontairement.

Les fonctions de la stipulation sont très importantes (Just. 3,18):

a) pour créer
une obligation?

1°- La stipulation peut intervenir librement entre deux particuliers pour sanctionner une convention quelconque dans un quadruple but :

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).

b) pour faire
une novation.

b) Pour transformer une obligation préexistante en une nouvelle obligation : novation.

c) faire naître
une obligation
corréale.

c) Pour faire naître un lien de solidarité ou corréalité entre plusieurs créanciers ou entre plusieurs débiteurs.

d) faire une
adpromissio
ou une adstipulatio?

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°- Stipulations
imposées
par le magistrat
ou le juge.

2°- Les stipulations peuvent être forcées 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).

Objet de la
stipulation.

L'objet de la stipulation pouvait être une somme certaine d'argent, certa pecunia (10.000 sesterces)

ou une chose certaine, certa res (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 (avec cause) (Gaius IV,17, a révélé par le P.S.I. II82) 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.

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 triticaria (condictio du blé). Ce nom a été expliqué autrefois par le fait que le jurisconsulte 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 conditiones, indique sa cause (formule dans Gaius 4.130). Ex. en matière de fiançailles (droit latin (Aulu-Gelle, 4,4,2); 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.

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. Les Papyrus montrent qu'on faisait un pacte écrit comme aujourd'hui et on mettait au bas de l'acte simplement deux mots qui transforment la convention en contrat : *eperôtetheis hōmogēsa -interrogatus spopondi-* ayant été interrogé j'ai répondu". Les Byzantins étaient tellement habitués à cette formule qu'ils la mettaient même dans les testaments ! En Occident la formule était "stipulatione subnixa".

§ 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) (V. Infra).

§ 4 - Jusjurandum liberti.

Double serment faisant maître 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 (I) 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 prêterait 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 souleve 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".

(I) J. Lambert, Les operae liberti, thèse de Paris 1934.

§ 5 - Le contrat litteris.

C'est le dernier contrat formel, qui reste encore très obscur à cause de la rareté des textes (1).

Le Codex
accepti et
expensi.

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 volumem ou rouleau) sur quoi l'on porte ce qui a été reçu en déboursé ou tabulae (tablette 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).

Les différen-
tes mentions
portées sur
le registre
à la page des
accepta ou
des expensa.

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 IOO: 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 versée, reçu de Titius IOO: 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.

1° - Mentions probatoires : nomina arcaria.

"report" d'écriture d'une recette (I).

Ces mentions portées aux expensa ou aux accepta, ces mentions du crédit et du débit, de l'avoir et du doit, constituent 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 transscriptio a persona in personam (Gaius 3,129).

a) transscriptio 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 transscriptio 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; d'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 a 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 transscriptio, 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

(I) 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 indiquée 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 loin 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; § Ier).

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 transcripticia, qui créent le contrat litteris, le Proculien Nerva n'admettait pas que les pérégrins pussent être obligés par aucune transcriptio, 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 transcriptio a re in personam (non par la transcriptio 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 intenter 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 Gneist, refusent de croire Justinien. Il n'existe 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 Ed. Cuj (p. 246) (I).

Section II.

Les contrats *re* ou réels.

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*.

De la *res*
dans les différents
contrats se for-
mant *re*.

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 sûratés réelles.

Renvoi pour
la *fiducie* et
le *gage*.

§ 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

(I) 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 du pur droit civil ou national, 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^e 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 re 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'animum sur le corpus, et de ce mou-

Evolution
de cette tradi-
tio dans un
sens de moins
en moins maté-
riel.

A- Réalisa-
tion d'un M.
par traditio
brevi manu.

vement on trouve une application dans le mutuum. L'évolution a été rapide dans le mutuum et très prononcée (I). 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 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. I7, I, 34 Pr. Le texte porte "respondit" sans sujet ce qui vise le maître d'Africain Julien : Ulp. D. I2, I, 9, 9).

2°- Un individu à qui un 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. Ius 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. I2, I, I5 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. I2, I, I5 Ulpien). Julien avait résisté (chez Africain déjà cité) et par conséquent le mouvement ne s'est fait qu'au III° 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- Réalisation
d'un M. sans
qu'il y ait de
traditio même
brevi manu.

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

(I) Une application a été trouvée déjà dans la représentation ; sur D. I2, I, 9, 8. V. Girard p. 544, n.5.

les deniers n'existant pas. Les Romains anciens n'admettaient 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. 12,1,11,pr.). 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- 3ème 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. 12,1,32). 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 réipésecutoires 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.

Conditions de validité du mutuum.

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.

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 l'*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 hériter 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, il 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 perount : 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. Aurait-il donc existé 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 IO, mentionnés sur son chirographe ou billet, ne peut être tenu à restituer que IO, si ayant reçu IO, il promet de rembourser I5 (somme qui comprendrait les intérêts en plus du capital), sa promesse est nulle pour le surplus (Proculus d'après Ulpien I2, I, II, I). La difficulté est de prouver qu'il n'a reçu que IO (I).

Le mutuum, de plus, ne produit d'intérêts que

(I) V. La théorie de la querela n.n.p. (Supra).

si les parties en ont convenu par stipulation: c'est une autre face de son caractère gratuit.

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 était de 5% (matière civile) de 6 % (matière commerciale auj. de 4% et de 5%. 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. Ch. Appleton (N.R.H. 1919 p. 467 -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 eût 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 407-347 réduisit le taux de l'intérêt de moitié. C'est le semunciarium fenus, 1,175 % (par mois, d'après Ch. Appleton, par an, selon l'opinion commune).

La loi Genu-tia interdit l'intérêt.

La loi Genu-tia, de 412/342 interdit complètement les intérêts, mesure qu'on trouve chez d'autres peuples et en droit canonique.

Abaissement progressif du taux de l'intérêt.

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, *centesima 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 iniectionis pura. Sous Justinien, l'action en répétition est au simple.

Interdiction de l'anatocisme.

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 commodatari-
re n'est que
détenteur.

Le commodat (commodatum) est un contrat re, 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.

Le commodat
porte sur des
choses in
specie.

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 monnaie, 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.

Obligations
du commodatari-
re; la custo-
dia.

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

La restitu-
tion.

L'action com-
modati direc-
ta.

Le commodat est sanctionné par deux actions :
a) l'actio commodati directa (d'abord in factum, puis in ius) donnée au commodant contre le commodataire, Le commodant a aussi la revendication, puisqu'il est resté propriétaire, et les interdits possessoires. Mais l'action commodati, de bonne foi, peut lui être avantageuse pour obtenir une condamnation plus forte; la preuve y est aussi plus facile.

L'action
commodati
contraria.

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 re, de bonne foi, par lequel le déposant remet au depositaire 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 interdits 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 or-
dinaire.

Le dépôt, en droit romain comme aujourd'hui présente plusieurs variétés :

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 né-
cessaire.

2°- Le dépôt nécessaire est fait en cas de force majeure. (On étudiera 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 prêteur.

Responsabili-
té du dépositaire.

3°- Le dépôt séquestre, dépôt d'une chose litigieuse aux mains d'un tiers, le dépositaire séquestre.

Le séquestre
à la posses-
sion.

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 interdits 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 (tantu dem) à l'expiration du contrat. Mais alors, di-

ra-t-on, c'est un mutuum? Il existe, en effet, des ressemblances entre le mutuum et le dépôt irrégulier, mais 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.

En dehors de cette première différence, d'ordre pratique, voici des différences juridiques.

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, en cas de retard, 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).

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.

Aussi comprend-on que certains grands juriconsultes, 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 assessseurs 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 § I.

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 perfection-

C'est un contrat de bonne foi synallagmatique imparfait.

Les intérêts sont dus de plein droit. Il est permis au fils de famille.

Le déposant a un privilège.

Papinien admet sa validité.

Influence du droit grec sur ce point.

nement 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 hellénistique (Collinet, Etudes, I, p. 114 à 123). Cette thèse a été acceptée par Ed. Guq. p. 449.

Section III.

Les contrats consensu ou consensuels.

Les quatre contrats consensuels du droit romain.

Rôle exclusif du consentement.

Leur date d'apparition.

L'emptio venditio.

Importance de l'idée d'achat.

Définition de la vente romaine.

Aujourd'hui tous les contrats sont consensuels. A Rome, les contrats consensuels étaient seulement au nombre de quatre (I). 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, faits 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, ce sont 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 (vacua possessio). (1) On y ajoute parfois l'emphytéose, depuis Zénon (Inst. 3, 24, 3).

de la chose (marx, marchandise) moyennant quoi, par réciprocité, l'acheteur s'engage à transférer au vendeur la propriété d'un prix *pretium*).

Les actions
qui la sanc-
tionnent.

La vente est sanctionnée par deux actions de bonne foi. Celle qui appartient à l'acheteur, l'action *empti*, ou *ex empto*, est de beaucoup la plus importante; au vendeur appartient l'action *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 pro-
priété à l'o-
rigine.

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 tout de suite.

Comment faire
une vente à
crédit avant
l'appartition
de la vente
consensuelle.

Cependant sous le régime exclusif de la vente-transfert, qui a duré très longtemps, pendant les six 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. La vente à terme pouvait être utile déjà alors en particulier si l'acheteur n'avait pas encore la somme pour payer; l'aliénateur lui fera 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 tradi-
tion et du
contrat lit-
teris.

Ed. 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*, comment ils ont pu se servir des écritures, existant à titre de preuve (*nomina arcaria*) pour en faire un moyen obligatoire (*nomina transcriptitia*).

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 déjà des ventes consensuelles dans les Comédies de

sensuelle.

Flaute.

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. Les risques sont pour l'acheteur.

1° - Le vendeur, en droit romain, n'est pas obligé à transférer la propriété, à dare, mais seulement à *vacuum possessionem tradere*.

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*.

3° - Le prix doit être versé en argent et non en nature, malgré des controverses entre les jurisconsultes romains.

Le prix doit être en argent.

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.

Examinons ces théories au nombre de quatre.

1ère théorie la vente se serait formée re.

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.I): 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.I9,I,50) (v. infra).

Cette doctrine ne peut expliquer :

- a) la nature de l'obligation du vendeur qui consiste seulement à *vacuum 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 soudées 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.I9,I,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.I). 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 (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 d'Ed. 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 : (V. *Infra*) simple "contamination" de théorie 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 (M. Collinet)
la vente consensuelle aurait une origine internationale.
Existence de deux sortes de vente.

1° - La vente entre Romains par double stipulation.

4ème théorie, propre à M. Collinet, élaborée aux cours des *Pandectes* 1924 - 1925, 1928-1929.

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 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 la 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 en effet les singularités de la vente:

1° - Le 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 toiles 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 moratoire (que l'inexécution de la vente produit de plein droit), les frais de garde etc....

I. Caractères du prix :

- a) verum,
- b) justum.

I°- Le prix doit être dit-on verum et justum; d'abord, mais ces exigences ne sont pas romaines. A de Senarclens l'a démontré (Mél. Paul Fournier, 1929, p. 685 et s.).

Considérations économiques et sociales, expliquant 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 humiliiores, 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 Sabinieniens 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 ? 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. Ulpian D.19,1,13.8 qui prévoit le cas inverse) 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, au cas de controverse sur la propriété, *quaestio dominii 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 *fg. Vatic. § 12.*)

Obligations
du vendeur
sanctionnées
par l'A. emp-
ti.

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 (suivant 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 sure, d'en céder la propriété, mais il est seulement tenu de *possessionem tradere*, plus exactement de *vacuum possessionem tradere*.

Le vendeur
n'est tenu
en principe
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,I3)(I).

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. I599). 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 receleur, 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.I9,I,30,I).

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,I3, A,4). Le texte prétendu interpolé d'Ulpien (D.I9,I,II,2) Girard p. 587 n.3) nous semble pur aussi (2). 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 (3). 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) V. Monier, t.II, p. 176, n.I.

(3) L'histoire de la garantie contre l'éviction a été éclaircie dans ses moindres détails par les Etudes de P.F. 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 (I), 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.

1° - La garantie dans le cas d'aliénation par *mancipatio*.

Actio auctoritatis au double du prix.

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.

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 oriental (Collinet Etudes I). Mais cependant Lenel et Girard ont retrouvé sous les textes interpolés l'*actio auctoritatis* appelée *ac. 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)

2° - Aliénation sans mancipatio; absence de garantie légale.

Nécessité d'y suppléer par une garantie conventionnelle.

a) *Stipulatio duplae* sanctionnée par une *actio ex stipulatu* certaine.

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.

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) 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 *actio 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 obligatoi-

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 originaire, parce que (suivant

re de la
vente elle-
même.

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
égard par
l'Edit des Edi-
les Curules
sur les ven-
tes d'escla-
ves.

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 réglementent le fonctionnement par leur Edit (D.2I, 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 (s. ent. pretii 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. 2I, 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.2I, 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.

3ème étape.
Généralisa-
tion du sys-
tème.
Tout vendeur
est tenu de

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 sui-

faire la promesse de garantie.

4ème Etape
la stipulation est sous-entendue de la vente.

Comparaison
de l'A. empti
et de l'A. ex
stipulatu
duplae.

te par l'actio empti comme s'il y avait eu éviction.

4ème étape: Cette stipulation qu'on avait l'habitude de faire, de façon volontaire ou forcée, fut sous-entendue, comme il arrive fréquemment : 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 :

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 dépossesion 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 dessaisissement 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 accessoire (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 obligation
garantie des vices.

5ème obligation 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, 17, 4).

(I) R. Monier, La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine, Paris 1930; A. Giffard R.H.D. 1931.

2° - Dans les ventes sans mancipatio stipulatio incerta visant l'absence de vice dans les choses.

2° - En dehors de ce cas unique l'acheteur n'avait aucun 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 montrant 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 noxaeque 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.

3° - Dans la vente consensuelle l'A. empti servira à obliger le vendeur à faire la promesse de garantie.

3° - Le progrès consista, comme pour 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.

4° - Intervention des Ediles Curules Obligation pour le vendeur d'animaux de déclarer les vices cachés et de s'engager à indemniser l'acheteur.

4° - La responsabilité pour non déclaration des vices s'est organisée sous l'influence 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 (IV, 2, 1) et l'autre dans Ulpien D. 21, 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 édiliciennes, les mêmes que pour l'éviction, mais avec des délais différents:

a) L'action dite *quanti minoris*, en diminution du prix qui dure un an, tandis que plus haut, elle durerait seulement six mois (Ulpien 21, 1, 19, 6).

b) L'actio *redhibitoria* en rescision de la vente qui dure six mois, tandis qu'en cas d'éviction, elle ne durerait que deux mois.

(Suite) P. 682 et s. A de Senarclens. 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 I I Pr.). Cicéron (de Off. III, 17, 71) sous l'influence stoïcienne de son maître Panætius, 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 vicieuse. En réalité, la généralisation est due à des interpolations byzantines (1).

§ 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.

On dit en effet qu'en droit romain comme aujourd'hui encore existent trois espèces de louage.

1°) Locatio rei.

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°) Locatio operarum.

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

(1) 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°) L'operis faciendi.

3° - La locatio operis faciendi (louage d'ouvrage, de travail ou d'industrie), promesse d'exécution d'un travail sans engager ses services à autrui et dans un but unique bien déterminé avec existence d'une res (différence 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 la vente pour le tout et non louage; Justinien est du même avis (Inst. 3, 24, 4). - Ces divisions du louage ne sont pas romaines, comme le démontre M. Félix Olivier-Martin, R.H.D. 1936, p. 419-475. On les gardera pour la commodité de l'exposé.

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 (1). 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 aussi 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, 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.

(1) Sur les noms d'inquilinus et de colonus dans le colonat romain, v. P. Collinet, Session de la "Société Jean Bodin" (Bruxelles, Oct. 1936) (à paraître).

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 entre le louage privé et le louage public ne ruinent-elles pas la théorie de M. Collinet en cette matière ?

Nouvelle théorie (M. Collinet) sur l'origine du contrat de locatio conductio - les baux ruraux imités des baux passés par l'Etat, les baux urbains dérivant de la coutume internationale (contrat communal synallagmatique de bonne foi.

En aucune façon. M. Collinet 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 obéit à des règles propres, par suite de différences de principe, de nature, entre le bail urbain et le bail rural (V. 1ère année, usufruit). 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 con-
ducti

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 profit du locator, quelle que soit l'espèce de louage.

Obligations
du locator.

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. Collinet 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) (1)).

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" (V. 1ère année).

Les bailleurs ruraux ont pour garantie de leur créance, 1°) une actio servienne, 2°) un interdit sabinien que l'on étudiera à propos des sûretés réelle

Extinction du
louage;
1°) par l'ex-
piration du
bail

C. Extinction du louage.

L'extinction du louage se produit:

1°) par l'ex-
piration du
bail

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 diffé-
(1) V. P. Collinet, Le Colonat, Aperçu synthétique
(dans Travaux de la Société Jean Bodin, Bruxelles, 1936)

férences entre les baux ruraux et les baux urbains (v. les Manuels).

2°) Résiliation par volonté unilatérale.

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:

a) du preneur.

a) Le preneur peut demander en justice par l'a. conduiti la résiliation, si le bailleur n'accomplit pas ses obligations, s'il ne fait pas les grosses réparations.

b) du bailleur.

b) 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; Meynial, Mélanges Gérardin, p. 413 et ss.) (1). Il n'en est plus de même aujourd'hui, le bail est opposable à l'acheteur, art. 1743 C.C.

3°) 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 "Ekaterô" (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(2) (d'origine grecque). A retenir cette maxime de l'Empereur Antonin-le-Pieux: "Je suis le maître du monde, mais la loi (grecque) est maîtresse de la mer" (D.14,2,9). 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).

(1) A rapprocher de D.19,2,25,1. Les deux textes ont été examinés par M. Collinet aux Journées de Lausanne (Juin 1936).

(2) P. Huvelin, Et. d'Hist. du droit commercial romain, Paris 1929 (publiées par H. Lévy-Bruhl).

§ 3 - La Société (1).

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.

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. alienius negotiationis, ayant pour objet une opération déterminée. Cette sorte de société se subdivise en :

aa) société de marchands d'esclaves (venaliciarii).

bb) société formée entre un propriétaire et un ouvrier pour la culture ou pour l'élevage du bétail (politio : métayage).

cc) société formée entre ouvriers libres pour faire la récolte en dehors du territoire romain, soit en Italie, soit en Afrique (2).

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 :

aa) 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

(1) E. del Chiaro, thèse, Nancy, 1928.

(2) 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.

(cf. fermiers généraux de l'ancien régime). Aussi les oppose-t-on aux autres sociétés (Pomponius, Dig. 17, 2, 59 et Ulpien fig. 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, répond Ed. Cuc p. 500 n. 6.

bb) 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 (Poissinot 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 Société 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 Cuc 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 inter-

nationale 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 P.S.I. 1182 complétant Gaius III, 154 (1). Le Papyrus nous apprend: 1° - que le consortium était une legitima simul et naturalis societas (société légale et non de fait), propre aux citoyens romains et s'appelant ercto 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 prêteur; 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'anticum 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, Mél. Cornil, t. II, 1926). S'il n'y avait pas de contrat social, mais qu'on fût en co-propriété, le rapport juridique 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 mal 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.

c) la société se dissout par la mort d'un associé.

2°) La société
implique le
jus fraterni-
tatis.

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, à première vue, celle de M. Collinet. Mais

(1) P. Collinet, R.H.D. 1934, p. 96 et s.

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'effectuer son apport et d'apporter ses soins aux affaires sociales.

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 léonine) (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 asso-

(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. Levet, thèse Grenoble, 1927.

cié 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. 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).

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: dissociatur 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.

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: 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: 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 (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 (correspondant aux termes ex rebus d'Ulpien): lorsque l'actif social a péri.

Extinction
de la société.

Dissolution
de la société
renuntiatione.

a) ex voluntate.

b) ex actione.

2°) Morte capitis minutione.

3°) Egestate.

§ 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, *procuratio*.

La 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.

A. 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 av. J.C. la clientèle est en décadence - que le mandat a commencé simplement entre amis.

B - Caractères du mandat.

B- Caractères
du mandat.

1°- Gratuité.

1°- 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 juristes romains (D. I7, I, I, 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 déjà chez Cicéron (de Invent. II, 53, 161) lequel range parmi les vertus 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. II, p. II9.)

Quid des mandats salariés?

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, (*honoris, 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, agri-mensores. Les services des avocats et des nourrices sont des mandats. (1)

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 III, § 156). Cependant le droit romain reconnaît, bien qu'ils soient dans l'intérêt du mandataire, la *procuratio in rem*

(1) Ant. Bernard, La Rémunération des professions libérales en D.R. classique, Paris 1935.

suam (V. Cession de créance et le *mandatum pecuniae credendae*, mandat tendant à un prêt d'argent (v. cautionnement).

C- Obligations du mandataire.

C- Obligations du mandataire.

1°- Remplir fidèlement le mandat.

Les obligations du mandataire sanctionnées par l'*actio mandati directa infamante* sont :

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 concluaient à la négative (Gaius 3,161). Les Proculien 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.

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°- L'indemniser de ses dépenses.

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 intrui-

tu personae comme la société.

Il s'éteint donc :

1°- Par la volonté des 2 parties.

1°- Par la volonté des deux parties, soit par l'arrivée du terme fixé, soit avant terme d'un commun accord.

2°- Par celle du mandant.

2°- Par la volonté du mandant. Le mandat en effet est toujours révocable ad nutum, par la seule volonté unilatérale du mandant.

3°- Par celle du mandataire.

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.

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 innommés.

L'étude des contrats innommés 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 (I).

§ I - Les différents contrats innommés.

Définition
sens de l'expression.

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 "innommés", 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 consensu, tous nommés" (dépôt, vente, etc...)

L'expression "contrats innommés" 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 "anōnumon sunallagma", contrat anonyme (début du VI° siècle ou fin du V° siècle) (2).

(I) 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.

Les principaux
C.I.
1°- L'aestima-
tum.

Les plus importants des contrats "innommés" ont cependant des noms, comme on va le voir. Ce sont :
1°- 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 fabricants et colporteurs ou entre éditeurs et libraires ou marchands de journaux.

Quelle est la nature de cette convention se demandaient les jurisconsultes romains, vente, louage de services, mandat ? L'accipiens est-il un acheteur, un locator operarum, un mandataire ? Les jurisconsultes 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 innommé). 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. I9, 3, 1; Pr.) M. Meylan suivi aujourd'hui par M. Lenel (E.P. 3° éd.) prétend que cette action de aestimato était une actio in factum prétorienne. Il est réfuté par M.W.W. Buckland (Mél. Cornil, t.I et The Law Quart Review, 1932, p. 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. I9, 4, 1, où Paul raconte l'histoire de ces deux opérations (I).

Suite de la note page I27- (2) Cf. Collinet, Beyrouth, p. 284-290.

(I) Cependant chez certaines tribus d'Indiens le commerce apparut d'abord sous la forme de dons et de contre-dons (Mauss, le commerce Koula, dans l'Année Sociologique, 1925).

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, la 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 innommée.

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 une contrat innommé.

4°- La donation avec charge.

4°- La donatio sub modo ou donation avec charge (v. les Donations).

5°- La transaction.

5°- La transaction (I). 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 "dialusis", comme elle l'est encore aujourd'hui. "Une mauvaise transaction vaut mieux qu'un bon procès" dit-on.

6°- Le partage.

6°- Le partage (divisio rerum).

7°- La constitution de dot.

7°- La constitution de dot, par voie de datio avec pacte de restitution.

Les 4 classes de contrats innommés.

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 innommés se rangent en quatre catégories d'après la nature des opérations à effectuer par chaque partie.

1° De ut des : je te transfère ma propriété pour que me transfères la tienne; Ex. L'échange.

2° De 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 innommés, des quatre espèces étudiées soi-disant par Paul (D.I9,5,5) 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 :

(i) Maria-Pallia Peterlonga, La Transazione nel D.R. 1936.

"Les Cours de Droit"

3, PLACE DE LA SORBONNE. 3

W

Répétitions Écrites et Orales

Reproduction interdite

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 *condictio ob rem dati*. L'autre est byzantine, la *condictio 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- *Condictio ob rem dati*. On dit souvent que ce fut la plus ancienne sanction des contrats innommés; 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 *condictio* 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 *condictio 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 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 (1).

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'ex-

(1) 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 (Etudes non citées par P. de Francisci I p. 125-129 P. Collinet, dans *Mnemosyna Pappoulia*, 1934.

pliquent par l'évolution de la théorie des contrats innommés jusqu'à Justinien.

Extension
du domaine de
la *condictio*,
transforma-
tion de son
objet.

Originellement, en effet, la "*condictio ob rem dati*" ne pouvait s'appliquer qu'aux combinaisons de *ut des* ou *do ut facias* qui supposent 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 peut réclamer sa chose, ni obtenir l'esclave : *Res perit creditor*, comme dans la vente.

Rapprochement
entre le C.I.
et les C. nom-
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 innommés s'est rapproché du contrat nommé qui était le plus voisin 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 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 rempt 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
action.

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 M. 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.

Point de départ
de la sanc-
tion des C.I.
l'actio de
aestimato
(a.P.V.).

Seul le précaire était sanctionné (sur le terrain possessoire) par l'interdit de *precario* et par la *condictio* (I).

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. 19,3,1,1 interpolé, mais le fond du texte est classique). La loi 1,1 présente cette action comme une

(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).

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 innommés.

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 innommés.

Les textes
fondamentaux.

Les textes du Digeste (I 9, 5) 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. 11 de Pomponius qui répète à peu près la L. I.

Expressions
diverses dési-
gnant dans
les textes la
sanction des
C.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) qui parlent de *nomina* et de contrats que les Byzantins et les romanistes du moyen âge ont forgé le nom de contrat innommé. Les quatre premières lois du titre visent en effet les actions qui sanctionnent les contrats innommés et ces actions sont indiquées au Digeste et au Code sous des noms très variés. *actio in factum*, *actio civilis in factum*, *a. civilis incerti*, *a. praescriptis verbis*, *agere praescriptis verbis*, *a. in factum praescriptis verbis* etc.....

Formation de
la théorie des
C.I. leur
sanction.

Quelle est la nature de ces sanctions si variées et comment s'est construite historiquement la théorie des C.I.?

Les différents
systèmes.

Voici le tableau des différents systèmes proposés (ils sont bien résumés par M. Meylan, thèse Lausanne 1919).

I°- Système
classique
(Accarias)
Une seule ac-
tion.

I°- Le système classique (Accarias). - Sous le Haut Empire, comme sous Justinien, les contrats innommés 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.

L'A.P.V. pro-
gressivement
étendue aux
différents sy-

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 combinai-

pes de C.I.

son do ut des et c'est Labéon qui est l'inventeur des contrats innommés. On a continué par la combinaison do ut facias, sanctionnée par Aristo 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.

2° système de Pernice.

Les C.I. auraient été

sanctionnés

tantôt par

des a. pré-

toriennes

in factum

tantôt par

une action ci-

vile avec

des p^{av}.

Mais le terme

A.P.V. est

interpolé.

2ème système. Le système le plus suivi est celui de Gradenwitz et Pernice, perfectionné par Audibert et adopté par Girard (pp. 626-630), Cuj et Bonfante etc...

D'après ce système, il a existé pour les C. innommés deux sortes de sanctions.

1° - Les actions in factum prétoriennes (que certains croyaient avoir été inventées par les Sabinien).

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 innommés. 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, il 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 se demande (sans répondre) s'il y a locatio conductio operi faciendi; Justinien répond "actio praescriptis verbis datur: l'actio P.V. sera donnée", il y aura un contrat innommé.

Le plus grand service rendu par Gradenwitz a été de détruire la trop belle harmonie du développement historique en 4 étapes: do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des; il a 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'auraient 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, ceux-ci 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. Prétorienne *in factum* décrétale fondée 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 prétorienne *in factum* décrétale. 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 Sabinien que par des Proculien. 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 suffecte en 715-39, qui semble avoir été l'initiateur du mouvement.

2°) Actions civiles in jus avec *praescripta verba* du type de *aestimato*.

Construction de la formule de cette action.

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 "*Quidquid paret*"....et une *condemnatio* incertaine aussi 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. 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 (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. 856, n. 3).

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(I). Le même texte rapporte en outre une controverse entre Julien et Mauricien jurisconsulte plus obscur sous Antonin le Pieux (I38-I61). Dans la datio ob rem, Julien se contente de proposer l'action in factum, c'est-à-dire l'action prétorienne, Mauricien le "réprimande" 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 "sunallagma" 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 innommées 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 innommées : les formules in factum prétoriennes et les formules civiles in jus avec *pa va*. 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.

(I) V. L'article de M. Collinet dans la *Mnemosyna* Pap-poulia Athènes, 1934 et dans "*Capitolium*", 1936.

Droit post-classique.

§ 4 - Le contrat innommé 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. (I) 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 (Th. 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, Conférences 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 innommés. 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 en dépit de M. Riccobono le nom n'apparaît pas en Occident.

(I) M. Riccobono (Mél. Cornil) a effleuré le sujet. M. Collinet le reprend dans sa *Nature des Actions*.

En tout cas, les commissaires de Justinien, chargés de la rédaction du Digeste et du Code ont après leurs prédécesseurs du Vème siècle, étendu 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 innommés - on le constate par le titre du Digeste qui leur est consacré et par d'autres passages - ont une ampleur considérable. L'amplification de ces contrats a constitué certainement un mouvement très important de progrès qui, en dépit de M. Riaccobono, 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 Byzantine, 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 *plus 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 il disait *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.

Traits caractéristiques de la théorie des C.I. chez Justinien.

Or, c'est sous Justinien ou peu avant lui, que la construction définitive de la théorie des contrats innommés s'est élaborée. Nous allons en voir les traits caractéristiques.

Il convient d'abord de dégager (I) le caractère unitaire du contrat innommé 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 innommées et innombrables. Sous Justinien, peut-on dire, il n'existe plus qu'un contrat innommé, 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.

I° - Unification des deux sanctions du droit classique a. civiles *in jus* et a. prétorienes *in factum*.
A.P.V.

Ier 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 *pa va* 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 innommés. Cette action est civile et de bonne foi (interpolation du D. I9, 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 *actio (civilis) in factum*, *actio (civilis) (incerti) (2)*, veut dire simplement "contractuel". Les Byzantins ont employé ce mot (dans un sens nouveau et par influence de l'a. P.V. civile

(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 (préto-riennes) incertaines.

et contractuelle à la fois) pour distinguer l'actio in factum des contrats innommés des nombreuses actions in factum (du même titre, D.I9,5), fondées sur des faits répréhensibles. Celles-ci sont délicatuelles ou, au moins, extra-contractuelles, la première seule du groupe, est contractuelle. Donc civilis égale contractuel.

2°- Confection au D. de titres différents relatifs aux C.I.

2ème trait : Ce sont les Byzantins qui ont construit les titres du Digeste relatifs aux contrats innommés. Ces titres sont au nombre de trois : I9,3. de aestimatoria (dans l'Edit de aestimato); I9,4. de Rer. permutatione (échange) et I9,5 de P.V. et in factum actionibus.

Cette distribution des C.I. dans trois titres est significative. Dans l'Edit un seul se rencontrait 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 I9,5 pour voir qu'il a été composé d'emprunts à des titres disparates des ouvrages des jurisconsultes. C'est une véritable mosaïque.

3°- L'a. P.V. devient une actio généralis.

3ème trait. Généralisation de l'actio P.V. L'actio P.V. était l'actio unitaire avec des facettes multiples comme la condictio. Qu'elle soit unitaire, les Byzantins l'ont marqué de façon caractéristique, en en faisant comme de la condictio une de leurs actions générales (Collinet, Etudes I, p. 200-210).

4°- Edification de la construction quadripartite 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 régnait le désordre c'était bien celle des contrats innommés. Ils y ont mis de l'ordre en édifiant la construction quadripartite des C.I. qui établie sur l'analyse des opérations de la pratique constitue en soi une admirable construction. Le célèbre Fg. 5 (D.I9,5) qui les classe en 4 catégories : de ut des, do ut facias facio ut des, facio ut facias, est d'après M. Collinet leur œuvre. Pour cela il a fallu qu'ils interpolent 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 commencement posant le casus et quelques lignes à la fin, raccordées au centre du "texte" par une soudure postiche. Ce centre qui donne la division quadripartite est visiblement un petit "tractatus de l'ob rem dati", œuvre 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 regreffe le tractatus et qui est présentée comme celle d'un cas d'espèce du groupe facio ut facias.

5^e. Désignation des C.I. du terme de nova negotia.

5^{ème} trait. Création du terme "nova negotia" pour désigner les C.I. La plupart des auteurs considèrent que les contrats innommés en tant que contrats (sources d'obligations et d'actions) étaient désignés 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 innommé, à eux cinq, ils révèlent une évolution ou plutôt une véritable révolution dans la matière.

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^{re} une tendance éthico-juridique (morale et juridique) venant des Grecs mêmes, car on sait que les institutions hellénistiques survivaient encore au V^e siècle en Orient et que la pensée grecque y avait comme un renouveau sous la forme du néoplatonisme (2), et 2^e 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 innommés, 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 incorporée les éléments durable (3). Les deux tendances auraient produit ce phénomène extrêmement important: c'est que le contrat innommé représente

(1) Résumé dans Meylan op.cit.

(2) Collinet, Etudes, t.I; passim.

(3) cf. les travaux de M. Emile Bréhier de la Sorbonne.

un progrès immense dans la sanction de la volonté elle-même. Quoique les contrats innommés soient des contrats re et non pas des contrats consensuels, les Byzantins seraient parvenus à 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, qui est en même temps réhabilitation de l'esprit créateur classique, les contrats innommés clôturent la série des contrats que nous avons à étudier. Passons aux Pactes prétoriens et légitimes.

Section V.

Pactes prétoriens.

3 catégories
de pactes pré-
toriens.

Les pactes prétoriens, dus à des prêteurs anonymes, forment trois catégories :

- Le serment,
- Les recepta,
- Le constitut.

§ I - Le serment.

Les différents
serments du
droit civil.

Les Romains ont connu plusieurs sortes de serments, en droit civil.

a) Le serment promissoire (cf. stipulatio) : jusjurandum liberti (I).

b) Le jusjurandum in jure ou necessarium (V. Procédure).

c) Le jusjurandum in litem, déferé 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 prétorien.

Le serment prétorien est d'une autre nature. c'est le serment décisoire : il possède trois caractères :

- Volontaire;
- extrajudiciaire,
- décisoire.

Les caractères.

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

(I) V. M. Chevrier, th. Dijon, 1921, J. Lambert th. Paris, 1934.

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 jurejurando 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) (I).

§ 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'édit, 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 receptum 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 sanc-
tionné par
des moyens
fondés sur

1°- Le receptum arbitrii se rattache au compro-

(I) A. Geouffre de Lapradelle, th. Paris 1894.

l'imperium
du prêteur.

mis. 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) caupones (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, 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 ce lui-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). Donc analogie sur ce point avec la lettre de change, 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 *constitut*).

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 *constitut*).

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 (I). 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 argentarii* et du *constitut* dans le Droit de Justinien.

Le *receptum argentarii* n'existe plus au Digeste ni au Code. Il n'a pas été reçu par Justinien. Cependant, Lenel l'a retrouvé (grâce toujours à la 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.270-290) 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. Ed. Cuq 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".

(I) En ce sens, H. Vincent, p. 64-65.

§ 3 - Le Pacte de Constitut (I).

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-
rii.

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. Le constitut comporte nécessairement un terme.

Objet et sanc-
tion du consti-
tut, diffé-
rences avec
le receptum.

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.c.p., mais la moitié de la valeur due. Autrement dit, dans l'actio de pecunia constituta, la sponsio et la restipulatio sont dimidiae partis au lieu d'être tertiae 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 con-

(I) A. Philippin, th. Paris, 1929.

séquent 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.

§ 1 - 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.

Comment se réalise une donation en Droit romain ?

Réalisation de la donation dando, libe-

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

rando, promittendo.

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 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)(V. Cours de 1^{ère} Année).

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.

1^{ère} classe : 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.

1°- Capacité de donner et de recevoir.

a) Les administrateurs de la fortune d'autrui,

a) de donner

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 (I) 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 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

(I) Fr. Dumont, th. Paris, 1928.

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.

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 :

La causa donationis et ses conséquences.

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'interdiction des donations 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

Caractères et sanctions de la loi Cincia.

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 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 mancipation de la chose sans en faire tradition. Le donataire lui réclame la tradition et intente l'action en revendication 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'*usufructuarius* : 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 *res mancipi* doit comprendre :

1) La mancipatio 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 *utrubique* (F. *Vatic.* n°s 259, 266, 311, 313. La donation d'une *res nec mancipi*, les deux dernières conditions.

La loi *Cincia* s'applique également quand la donation se fait par voie de promesse ou de remise de dette. L'exception ne peut être invoquée par les héritiers du donateur : "*morte Cincia removetur*".

Cette loi est tombée en désuétude ou a été abrogée vers 319-326 (I). Ses applications ne figurent plus au

(I) Max Radin, R.H.D., 1928, p. 249 et s.

Le problème
de la sanc-
tion de la
loi Cincia.
Avant la pro-
cédure formu-
laire.

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, Mélange Girard 1912, F.I. Donatio, delegatio, condictio).

Ed. 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.

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 se trouve 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 le père ou par la mère, puis par les ascendants et en 530 par Justinien, à toute donation (C. 8, 55, 10). L'ingratitude existe 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. En ce cas la *condictio* est considérée comme une action de vengeance (*vindictam spirans*), une sorte d'action pénale qui ne se transmet pas à l'héritier du donateur.

Révocation
pour inexécu-
tion des char-
ges.

b) Inexécution des charges. Ce fut d'abord un cas de résolution (V. Infra) c'est 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 mais la *condictio* est une a. *vindictam spirans*, quand elle fonctionne pour cause de révocation.

Révocation
pour survenan-
ce d'enfant.

c) Survenance d'enfant : le donateur était céli-
bataire, il se marie et a des enfants, la donation
sera révoquée, à partir des fils de Constantin (355),
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 cer-
taines charges (sub modo), par exemple de payer une ren-
te viagère à un vieux domestique. Le donataire avait
promis (par contrat innommé, 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 innommé). 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 (Valère
et Gall. en 258, C. 8, 54, 1). La constitution n'est-
elle pas interpolée et n'est-ce pas seulement Jus-
tinien qui a imaginé cette *vindicatio utilis* ? Un
certain nombre de Romanistes déclarent que toutes les
vindications utiles sont byzantines (Cf. Collinet
Etudes I. 174 - 191 et Cours de 1ère Année).

2ème classe : Les donations à cause de mort,
mortis causa.

C'est une institution qui n'existe plus aujourd'
hui, ou 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 lé-
gislation 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 diffé-
rences : 1°- la donation à cause de mort n'était pas
soumise à la loi *Cincia* ; 2°) au Bas-Empire, elle échap-
pait 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 cet évène-
ment, 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, t.I.

Double condition 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'évènement 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 conception de cette condition.
a) comme condition suspensive.
Révocation au moyen de l'action en revendication.

Cette double condition fut interprétée d'abord comme condition suspensive. Le donataire ne devient 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 évènements se sont produits. Dans cette conception 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 en revendication puisqu'il a gardé la propriété.

b) Sous condition résolutoire ; utilisation à cet effet de l'aliénation fiduciaire.

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 (I). Dans cette conception le donataire devient propriétaire tout de suite comme

(I) Une telle mancipation 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 jurisconsultes anciens acceptaient facilement cette idée, alors qu'on ne conçoit plus maintenant comment une

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, d'où enrichissement injuste de leur part à la garder, aussi naît-il une *condictio sine causa* au profit du donateur. Il y a eu quelques difficultés pour introduire cette *condictio* (D.39,6,25,3).

Révocation
au moyen d'une
condictio
sine causa.

Le donateur
avait-il en
droit clas-
sique une
action en re-
vendication ?

Cependant certains textes paraissent - à première vue - permettre au donateur la revendication (D.H.T. 37, I et 30). Un texte très connu lui donne non 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.I); 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) (I). 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).

(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 Fiduciaie*".

(I) L'explication de ce texte, tentée par divers auteurs, est donnée par Ch. Appleton, R.H.D. 1931 p. 322 et s. (v. Cours de 1ère année).

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 (I) 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).

CONCLUSION.

Les conventions qui ne sont pas sanctionnées sous Justinien.

Sous Justinien, 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 innommé 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 âge (pacta sunt servanda).

Chapitre IV.

LES QUASI-CONTRATS.

Principaux quasi-contrats.

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'enri-

(I) V. J. Roussier-Théaux, R.H.D, 1937 (à paraître).

chissement sans cause.

§ I - La tutelle.

I°- Tutelle.

La tutelle donne ouverture à deux actions: *tutela directa et contraria* (Voir Ière 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 mandato*. 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 se définit "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 aequiparatur.

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.(I).

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,I7,206): "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 *condictio* qui sanctionne l'enrichissement sans cause, quoique cette *condictio* soit une action de droit strict. D'ailleurs ce n'est pas elle, la *condictio* qui est équitable, elle reste 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* quoiqu'actions dites abstraites ont parfaitement des causes c'est-à-dire des raisons; en particulier quand un individu s'est enrichi au détriment d'autrui, la *condictio* sera donnée contre lui en tant qu'action en répétition ayant pour cause l'enrichissement injuste.

Où la difficulté commence, c'est sur l'origine de cette *condictio*. Les romanistes sont loin de s'accorder. Cuq et Girard, suivant Pernice, ont admis que la *legis actio per conductionem* 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 conductionem* a été créée dans un but simplement "procédural" à titre de procédure plus simple que la *legis actio sacramenti* ou *per judicis arbitrive postulationem* (Gaius, 4,20).

La conséquence de la 1ère 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, tout ces cas d'enrichissement auraient ouvert la *condictio*. Mais ensuite, à l'époque classique, on ne verrait plus un tel régime, des cas

(I) F. de Visscher : La *condictio* Gand 1923, C.R. Collinet: R.H.D. 1924,532-539 -Vergniaud : l'Enrichissement sans cause, Paris 1916, préface de M. Capitant.- La Cause, 3^e éd. 1926.

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. (I) 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 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.

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 sanc-
tionnant l'en-
richissement
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* (2). Il suffit de citer le cas des impenses faites de bonne foi sur le fonds d'autrui.

Généralisation
de la sanction
de l'enrichis-
sement sans
cause au Bas-
Empire.

C'est seulement au Bas-Empire que le mouvement vers la généralisation s'accroît, 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.

(I) Ce possesseur de bonne foi ayant fait des impenses peut apposer 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.

(2) Il se réfère sans doute à la *condictio furtiva*.

Grand nombre des condictiones données dans ce but dans le Droit de Justinien.

La *condictio furtiva*.

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 existe 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.

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 c'est sans doute pour ces cas que la *condictio* a été inventée. La condamnation est une condamnation au *quantum interest* (au préjudice causé au volé) qui se calcule sur la valeur maximum de la chose entre le jour du délit et la *litis contestatio*.

Condictio indebiti sanctionnant le paiement de l'indu.

B. La *condictio indebiti* sanctionne le paiement de l'indu.

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 le faire.

Conditions pour qu'elle puisse être intentée: 1°) il faut qu'il y ait paiement.

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 qu'il y ait indu.

2° - Il faut *indebitum*, que Paul (D.12,6,65) définit très bien. Il y a indu: a) quand la dette n'existait pas en droit civil ou quand elle était paralysée en droit prétorien, 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 indu, 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 émane d'une autre personne que le débiteur, à moins que cette personne qui paie pour autrui n'ait la volonté de lui faire un cadeau.

3°) Il faut que l'action ne soit pas une *actio quae crescit in duplum adversus infitiantem*.

3° - Condition inexistante aujourd'hui: à Rome certaines actions croissent au double contre celui qui nie (*lis crescit in duplum adversus infitiantem*, Gaius 4,9): telles l'*actio judicati*, a. *depensi*, l'a. *damni injuria Legis Aquiliae*, l'a. *ex testamento* (2). 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 s'il perdait le procès, il serait condamné au simple; il éviterait ainsi la peine 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).

En l'absence d'une 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*? Tout l'enrichissement, pas seulement le montant de la dette. Si avec cet argent l'acquéreur 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.

(1) Voir F. Fitting, thèse Lausanne, 1926.

(2) V. Thèse de J. Paoli (citée).

Section I

Rapports unilatéraux.

A part l'a. ex testamento, étudiée en 1ère année, voici les rapports à considérer.

§ 1 - 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 (Cuj. p. 576-577).

2° - *Damnnum infectum* (Cuj. 574-576). Quand 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'en-voie 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 d'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'action rei uxoriae, action de dot, de bonne foi et qui a été fondue par Justinien avec l'A. ex stipulatu (voir Ière année).

Section II

Rapports synallagmatiques résultant de

l'état d'indivision.

Les actions
divisaires.

Les actions dites divisaires, qui ont des formules avec adjudicatio, ont pour objet de mettre fin à l'indivision (1).

Les 3 sources
d'indivision:

Cet état résulte de 3 sources:

1°) Cohérenté (a. familiae erciscundae.

1°) La cohérenté: 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 erciscundae (familiae: patrimoine; erciscundae de erctor partager), ou "de hereditate dividenda", venue des XII Tables et s'intentant par "judicis postulatio" (PSI 1182; Gaius, IV, 17).

2°) Actio communi dividundo en partage d'un bien commun.

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 d'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, quinze pedes. C'est cela qui constitue la limite, fines, des deux fonds et ces V pedes étaient inusucapables. En cas de controverse sur les V pedes, un voisin prétendant que l'autre avait empiété sur la limite, le procès ou controversia de fine était tranché par l'arbitrage dans une actio finium regundorum, qui ne s'intentait pas par judicis postulatio (2).

(1) Sur l'indivision même, V. Jean Gaudemet, Th. Strasbourg, 1934.

(2) W.W. Buckland, R.H.D. 1936 . N° 4.

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 les fines de cinq pieds ont disparu; 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.

Chapitre VII

LES OBLIGATIONS NATURELLES (1)

Notion générale d'O. naturelle.

Elle n'est pas sanctionnée par une action. Mais si elle a été exécutée le débiteur peut répéter.

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 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 patri-

(1) Baudet: L'obligation naturelle - thèse Lille 1909; J. Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, 5^e éd. Paris, 1935.

Extinction
de cette o-
bligation par
simple pacte.

moine, tant au point de vue actif que passif, tandis que le devoir de charité n'y figure pas.

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'existe 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. naturel-
les.

§ I - Obligations avortées.

I. Obligations
avortées.

I° - à raison
du régime fa-
miliai romain.

a) Obligations
contractées
par l'esclave.

I° - 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 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 des 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 ali-
enés juris li-
bres 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 a fratre, l'une des septem leges damna-tae).

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 Fr.) 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 Sénatus-consulte 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 naturaliter.

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°- Pas d'O. naturelle pour l'infans et le furiosus.

5°- En revanche, aucune obligation naturelle ne naît quand un infans (un mineur de 7 ans dans le droit 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.

Quid du prodigue.

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 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, Mar-

cellus 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.

Obligations
dégénérées
à la suite
d'une capitis
deminutio
ou d'une res-
titutio 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 II

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 CARACTÈRES DES OBLIGATIONS

EX DELICTO (I).

Section I.Les origines des délits.

La vengeance
privée première
sanction

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

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

" Les Cours de Droit "

3. PLACE DE LA SORBONNE. 3

W

Répétitions Ecrites et Orales

Reproduction interdite

du tort au -
se. La guerre
privée de grou-
pe à groupe.

existait déjà une exécution. On n'avait conçu que très vaguement l'idée de droit, mais on n'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 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 déchaîne la guerre, publique). 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 suc-
cessifs, appor-
tés à la ven-
geance.

1°- Interven-
tion d'un
tiers offrant
son arbitrage.

La vengeance qui suit sont 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°- 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 le mot paix "pax" a la mê-

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

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

me 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 châtement qui est son sens banal, mais dérivé).

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

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; le mot est d'origine grecque, poînê, châtement.

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.

Avant de voir comment cela s'est produit, ajou-

Persistance
de la vengeance
privée dans
quelques cas
exceptionnels.

tons 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.

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

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.

Brèves indications sur les délits publics réprimés par une peine.

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 trou-

ve 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 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. (I)

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 (2) 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 publiques en Droit grec ne reproduit pas du tout ce qui se passait dans l'intérieur de la fa-

(I) V. A. Mellor, les Conceptions du crime politique sous la République romaine, th. Paris 1935.

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

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.

Pénétration dans les actions pénales de l'idée de réparation du préjudice.

Origine de l'idée de réparation dans le domaine des droits sanctionnés par des actions répersécutoires.

mille. 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 Glotz. (Dict. des Antiq. grecques et Romaines V° Poena) (I). Il en fut sans doute de même à Rome.

Dans l'histoire générale, la tendance du développement 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°- 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*) (v. *infra*).

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 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 répersécutoires. Toute action répersécutoire a pour objet "*rem persequi*" 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; ou la mise d'une chose qui devait s'y trouver; tels les cas de réparation du préjudice causé au créancier par l'inexécution du débiteur (contrats et quasi-contrats).

Quand les actions répersécutoires ont apparu, après les actions pénales, il a existé deux domaines en opposition bien nette : celui des délits (faits illicites) en face des droits réels et des obligations (rapports licites). Le premier était dominé par l'idée

(I) En réaction contre cette idée v. Calhoun, *the Growth of criminal Law in ancient Greece*, 1927.

de poena; le second, par l'idée 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 (I).

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

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 quasi-contrats ou des obligations ex lege si bien qu'à la fin de la République, il était considérable. Déjà à cette époque, il débordait 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 dé-
lits privés
du D.R. et
les délits ci-
vils 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 extra-délictuelles. 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 extra-délictuelles, 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

(I) Certains auteurs se sont même demandé 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.

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 XIXème 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 intentar.

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

2°- Les actions pénales survivent à la capitis deminutio. On a vu en Ière année que la c.d. anéantit la personnalité juridique du capite minutus, sans toucher à 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 c. d. 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 c. d.

3°- Extinction des actions pénales par simple pacte.

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

L'extinction des contrats anciens, au contraire, 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 filles de famille) ou un animal, l'action pénale dirigée contre le chef de famille ou le propriétaire au lieu d'avoir un seul objet, en avait deux "Aut noxiam sarcire aut in noxam dedere" "ou 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 réipersécutoires.

6°- Les actions pénales se cumulent entre elles, comme aussi avec les actions réipersécutoires. Ainsi l'action furti se cumule avec la revendication ou la condictio furtiva qui sont réipersécutoires. 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 (condictio furtiva.).

Transformation des caractères des

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

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

actions pénales.

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.

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 à l'époque byzantine 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'actions 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 (I).

b) 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. H.T.19)

(I) V. Cours de Ière Année .

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 depositi en cas de dépôt nécessaire. Elle est pour une part pénale et pour une part réipersécutoire (Inst. H.T. I7).

c) L'action de la loi Aquilia est naturellement mixte si le coupable a nié. Justinien (H.T. I9) 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, 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 d'une part au profit du champ des contrats (dépôt), lesquels étaient très rares à l'origine et se développaient avec la civilisation en rongeant le domaine du délit d'autre part, au profit des délits publics (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 et de la possession où le corpus finit par ne compter 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 à la fin de la République.

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°- Certains cas d'injure.

I°- Injure consistant en un membrum ruptum.

L'injure (I), 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 (Inst. IV 4, Pr). donne une énumération des différentes catégories d'injures : parmi ces injures figure l'injure au

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

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'injures admet encore le talion : on fera au coupable ce qu'il a fait 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). Ch. 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*

Le *furtum* romain (2) est beaucoup plus large que notre vol. Il est défini par les Institutes IV, I, I, : "*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

(1) Eliane Massonneau, Thèse Paris, 1933.

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

manièrement, *contractatio*, 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 (I).

Eléments du
furtum.

a) *contractatio*.

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 *contractatio*.

b) *animus furandi*.

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 l'intention est au contraire indifférente. Car le primitif ne voit que les faits positifs. Avec le développement du droit on exige que la *contractatio* soit frauduleuse, qu'il y ait *animus furandi*. S'il y a erreur, il n'y a pas intention de voler.

c) *animus lucrandi*.

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

d) *invito domino*.

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 tel que l'hérédité jacente (Cf. Théorie de l'*usucapio pro herede*; Ière Année).

Différentes
espèces de
vol quant à
son objet: *furtum rei*
furtum usus;
furtum possessionis.

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 juristes 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; si le débiteur reprend cette chose dont il est resté pourtant propriétaire, mais dont il a perdu la possession, il commet à l'encontre du créan-

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

cier gagiste un *furtum possessionis*. C'est une nouvelle preuve de l'évolution du Droit vers la spiritualité.

Répression
du vol dans les
XII Tables.

1°- Vengeance
privée si
le fur mani-
festus est un
voleur de
nuit ou s'il
est armé.

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

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

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

b) Si le fur manifestus était un voleur de jour, mais qu'il fût 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°- Répres-
sion quand le
voleur mani-
feste 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 injectio n'intervient ici.

Définition
du fur mani-
festus : vo-
leur pris en
flagrant
délit.

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

M. de Visscher a publié sur le fur manifestus un article remarquable (I) 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 courante, 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 flagrante (Gaius III,184; Paul Sent. II, 31,2).

(I) Etudes citées ,p. 135 et s.

Assimilation
au voleur ma-
nifeste de ce-
lui chez qui
la chose est
trouvée, à la
suite d'une
perquisitio
lance et li-
cio.

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 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, saut 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 (I).

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 "lanx", 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 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.

(I) Etudes citées, p. 215 et s.

§ 2 - Les délits qui donne lieu à

des compositions légales.

Compositions légales.

1° - La pau- peries.

Certains délits engendrent des actions péna-
les 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 pastus.

2° - Le délit de pastus, pâturage. Lorsqu'un
animal a pâturé dans le pré d'autrui, son maître est
tenu par l'action de pastu, qui est noxale (1).

3° - Les inju- res légè- res.

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 es-
clave, 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 sester-
ce d'argent (H.S.) qui vaut 2 as 1/2, soit 20 centimes-
er.

4° - Certains cas de fur- tum.

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

Voici les trois hypothèses où des actions
naissent du furtum :

a) Furtum nec manifestum.

(a.f. nec ma-
nifesti 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 va-
leur du préjudice causé (appréciation subjective).

Cette action frappe aussi les complices du
voleur, c'est-à-dire non seulement ceux qui ont parti-
cipé 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 con-
seillé ("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

(1) A. Fliniaux, Mélanges Cornil, t. I. 1926

mais même des actes délictueux intellectuels.

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

b) Deux cas de furtum réprimés par une action au triple.

1) f. conceptum.

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 fur nec manifestus parce qu'il n'a pas rendu de lui-même la chose et a commis ainsi un acte délictueux (G. III, 186 et 191).

2) f. oblatum.

2) Actio furti oblatis (Gaius III, 187 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 (déchéances 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. A côté de l'actio furti, le volé peut intenter aussi des actions répersécutaires, actions au simple, non pénales et non infamantes qui s'opposent donc à l'actio furti. Parmi ces actions répersécutaires, qui se cumulent avec l'actio furti, deux sont particulièrement intéressantes; la revendication et la condictio furtiva.

Actions répersécutaires se cumulant avec l'A. furti.

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.

U, 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 il 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 furum*" par haine des voleurs. Son origine plus probable vient de ce que la revendication était impossible pour les choses non identifiées, 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 tigno 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 tigno 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 délicieux. 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

(1) R. Monier, thèse Paris, 1922.

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

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

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

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

n'existait pas à l'époque des XII Tables.

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 contre lui un recours en garantie (auctoritatis) ouvrant une action au double, actio auctoritatis (Renvoi à la vente).

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 la tromperie serait sanctionnée par cette action au double (Renvoi à la vente).

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° - 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^e 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°) Apparition d'une conception

1°) Après les XII Tables, les Romains, se sont élevés à une conception plus large dans la répression

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

plus large
d'un délit.
Le *damnum*
injuria datum.

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* veut dire ici sans droit: dommage commis contrairement au droit, l'*adikēma* 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.Pr.) 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 av. J.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.).

La loi Aquilia.

Les trois chefs de la Loi *Aquilia*.

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, par 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).

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

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'adstipilator (créancier adjoint) au débiteur. Ce faisant, il a détruit les droits du créancier principal, il a commis un délit 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 *damnum* 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 question était discutée parce que la M.I. suppose une somme d'argent fixe. M. Paoli (1) a démontré que la *damnatio* de l'a L. Aqu n'ouvrait pas la M.I. ce qui ne l'empêche pas de croître au double contre celui qui nie le fait dommageable. L'Édit contient 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*).

(1) J. Paoli thèse Paris, 1933 et Cours de 1ère Année, page 461 la règle *lis crescit in duplum adversus infitiantem* est née dans cette action.

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.

Pour savoir s'il nie ou avoue, la victime, au début de l'instance, interrogera l'inculpé (*interrogatio in iure*).

Conditions d'application:

- a) Il faut être propriétaire;
- b) que le dommage soit causé corpore.
- c) et corpori.
- d) une faute.

Pour que l'action de la loi Aquilia puisse être intentée, il faut quatre 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 verrons plus tard les extensions de la loi Aquilia.
- d) Il faut une faute qui peut être même une culpa levissima (D.9,2,44).

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

2°- D'autres lois ont créé des actions récursoires : a) La loi Laetoria ou Plaetoria protégeant le mineur de 25 ans engendre une *actio legis Laetoriae* sur laquelle existent des difficultés (1).

- b) - La loi Furia en matière de legs;
- c) - La loi Marcia de foeneratoribus, contre les usuriers (*manus injectio pura*).

d) 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°- Enfin 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).

(1) Duquesne Mélanges Cornil I, p.217 et ss. et cours de 1ère Année.

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

Section II

Le droit prétorien.

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 Ed. Cuq).

Les réformes du préteur peuvent se classer en plusieurs séries.

§ I- Injuria et Furtum.

En droit civil la vengeance était encore licite dans deux cas : l'injure et le furtum manifestum.

I^o - Actio
injuriarum
aestimatoria.

I^o - 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.

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

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

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. Emu 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 (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 du droit civil.

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 du droit civil, il sanctionne de nouveaux cas que celui-ci ne prévoyait pas. (I).

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

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

(I) L'action publicienne, action fictive de la revendication en est le plus remarquable exemple : V. Cours de 1ère Année.

tice.

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

à l'aide d'une fiction "si le demandeur (qui est pérégrin) était 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 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, pas de 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, le maître ne subit aucun dommage 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 in 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 l'interpolation (I).

§ 3 - Création de 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 répersécutoire. Ce qui peut faire croire le contraire, c'est que certaines des actions prétoriennes se rapprochent extrêmement des actions répersécutoires civiles (voir plus haut la théorie des pactes prétoriens). En tout cas, voici les délits prétoriens nouveaux les mieux caractérisés :

1°- Répression d'actes dommageables ne rentrant pas

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..

(I) Cf. G. Rotondi, *Scritti giuridici*, vol. II p.411 et ss.

dans la notion de D.I.D.

2°- Répression de la rapina.

b) actes moraux : violation de sépulture (*actio sepulcri violati*) (1), corruption d'un esclave (*actio servi corrupti*).

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 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 répersécutoire). La création en est due au préteur pérégrin M. Terentius Lucullus en 678/76.

Les 3 délits de metus
fraus dolus
malus et leur
multiple ré-
pression.

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 seulement 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 ré-
sultant de
la violence.

3°- Le metus (2) 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 prétorienne les Droit romain ne s'était pas occupé de ce cas. Les préteurs, au contraire, ont protégé la victime par trois voies:

Moyens répri-
mant le metus.
1°- Actio
metus a. per-
sonnelle in
rem scripta.

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 Octavius préteur probablement en 675/676, 79 ou 78. Ce préteur serait intervenu pour faire rendre gorge aux créatures de Sylla (Girard p. 446, n.3).

2°- Restitu-

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

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

(2) J. Corof. La Violence en Droit romain, Paris 1915.

tio in integrum ob metum.

3°- Exceptio metus. Tous ces moyens aboutissaient comme en droit civil à la nullité.

A- Caractères de l'actio metus.

a) actio personnelle in rem scripta.

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 :

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 l'us le contractant, mais aussi contre le tiers qui a forcé la victime à contracter avec l'us et aussi contre ceux qui auraient profité de l'acte exécuté sous l'empire de la violence. C'est la seule action qui soit dans ce cas.

b) au quadruple.

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 noxalement.

c) Elle se rapproche à certains points de vue des actions réipersécutoires.

A- Elle s'éteint par la satisfaction fournie par un des auteurs du délit.

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 réipersécutoires.

A- 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 réipersécutoires et pas aux actions pénales. Donc, à cet égard, notre action est réipersécutoire.

B- Elle est arbitraire.

B- C'est en outre une action arbitraire. On expose d'ordinaire ces actions à propos des actions in rem, attendu que la principale, est la revendication,

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 neo mancipi, le coupable retransférera 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.

C- Exceptio metus par laquelle le violenté repousse l'action en exécution intentée contre lui.

C- 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 poursuit en justice. Je puis le repousser, faire tomber son action par une exception : l'exception metus que le prêteur insérera à la suite de 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 opes (v. les modes d'extinction des obligations).

Nous aboutissons encore ici au même résultat de la nullité.

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

D- 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 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)(I). Cette matière suppose un individu en mauvaises affaires, qui vergit ad inopiam, dont le passif dépasse l'actif, *deceptor*, *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'émeuvent 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. II67 art. de principe, et en conséquence, la doctrine, et même la jurisprudence n'ont pas hésité à recourir au 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 689/65; 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

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

(I) V.S. Solazzi, *La Revoca degli atti fraudolenti nel D.P. Napoli, 1934*

aliénations
frauduleuses
de biens cor-
porels.

biens corporels aliénés frauduleusement par le débi-
teur.

Comme tout interdit restitutoire, c'est un ordre, ici un ordre de restituer adressé à l'avant-cause du débiteur. S'il obéissait à l'ordre du prêteur, 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 prêteur, se refusait à restituer la possession, le prêteur 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 du Digeste, les textes qui s'y déféraient ont été transportés à l'action dite 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. I.Pr.).

Inefficacité
de l'interdit
contre les ac-
tes autres que
les alié-
nations de
biens corpo-
rels.

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 Pau-
lienne.

B- Aussi le prêteur a-t-il créé une action pour venir à leur secours. C'est l'action révocatoire, dite Paulienne, dont Lenel a nié l'existence comme action indépendante. Mais sa 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 prêteur 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'un 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 in fraudem 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

Précédents de l'A. révocatoire.

sachant que c'est un mot byzantin.

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 scoliaste a baptisé notre action du nom d'actio Pauliana. Ces deux actions étaient données en cas de fraudes comprises par un affranchi contre son patron soit par des aliénations entre vifs (actio Fabiana) (I), soit par des actes que l'affranchi mort intestat aurait passés de son vivant à l'encontre du patron (Actio Calvisiana).

Son mécanisme 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 devient une procédure individuelle de déconfiture.

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 éteindre 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.

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, intente lui-même l'action après que les biens du déconfit auront été saisis et que le magistrat aura envoyé ledit créancier en possession.

I- Conditions de l'action révocatoire.

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

I°- Il faut que les actes attaqués soient

(I) Cf. le fragment d'un commentaire de formula Fabiana (Girard, Textes 6° Ed. p. 457, 459.).

actes aux-
quels elle
s'applique.
°- Actes révo-
cables de
leur nature.

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*.

°- Appauvrisse-
ment du dé-
biteur.

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 net 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.

°- Fraude
à l'égard des
créanciers.

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 insolvabilité. Il sera alors *consciens 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. (I).

°- 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

(I) 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. - V. P. Colli-
net, Le rôle des juges dans la formation du droit romain
classique (Etudes Gény, t. I, meilleur texte dans *Ca-
pitulum*, 1936.

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 mauvaise 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. Ils 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 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 intéressant, 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.

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.

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

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 ambigüs.

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°) A 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. Venuleius, D. 42,8,25,1, texte qui, primitivement, se référerait à l'interdit puisqu'il est extrait du "de interdictis" de ce jurisconsulte).

2°) A 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, 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.

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

Cette action a des caractères à la fois empruntés aux actions pénales et aux actions réipésecutoires. 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 dite 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 intransmissi-

II. Caractères de l'action révocatoire. A certains égards, elle se rapproche des actions pénales et à d'autres des actions réipésecutoires.

1°) Action

personnelle.

2°) pénale
intransmissi-
ble passive-
ment et anna-
le.

3°) Au simple.

4°) Arbitrai-
re.

ble 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); de même, elle s'éteint contre les complices si la réparation du préjudice est accomplie par l'un d'eux.

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. Paul, texte précité, D. 22, 1, 38, 4, nous dit: le prêteur agit de telle façon que tout se trouve "comme si rien n'avait été aliéné", autrement dit, l'effet 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 sup-

III. Effets

de l'A. révoca-
toire:

1. Révocation

de l'acte

frauduleux si

le défendeur

obéit 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.

posent qu'il a été emprunté à une source qui traitait de l'in integrum restitutio ob fraudem.

Rejet d'une
prétendue
Paulienne in
rem.

Est-ce donc que celle-ci existait encore sous Justinien, comme on l'enseigne d'ordinaire ? M. Collinet 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 la paraphrase des Institutes de Théophile et M. Collinet 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'élargissant. La plus ancienne a été donnée par le jurisconsulte 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 laquelle compte l'autre partie. Cette définition est jugée un peu étroite par Servius Sulpicius qui la perfectionna 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 République et du début de l'Empire, qui critique S. Sulpicius en disant que sa définition ne fait pas assez apparaître l'idée de nuire. Aussi Labéon (Ulp. D. 4, 3, 1, 2) 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*, fondée 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'être occupé du dol et c'est le préteur qui va en développer les applications en faisant du dol son terrain de prédilection.

1° - Actions pénales prétorienne fondées sur l'idée 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 *sempulchro 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 intenter 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'œuvre 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 aquillienne (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 prêteur 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.

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

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

Comme les actions metus et paulienne, l'action de dol n'est pas franchement et nettement pénale. Elle offre un côté réipersécutoire, 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) intrans-
- missible pas-
- sivement.
- b) infamante.

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

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) subsidiai-
- re.

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 évincer 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 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 répersécutoires données pour le même fait; on en conclut qu'à cet égard encore, elle ressemble aux actions répersécutoires. 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) arbitrai-
- re.

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 appari-
- tion en matiè-
- re de con-
- trats 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 inte-
- grum restituo
- ob dolum.

C. In integrum restitutio ob dolum.

L'in integrum restitutio ob dolum ne servait que pour faire rescinder les procès dolosifs et datait 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 Droit civil.

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 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. mansam argenteam deposuisse eaque 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 l'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? On a traité la question au titre I, chap. 1^{er}.

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 innommés; ce sont là les rapports où elles doublent les actions in jus.

3° - Les pactes prétoriens unilatéraux.

5° - Le prêteur a encore réprimé le dol commis dans l'inexécution de pactes unilatéraux appelés pactes prétoriens (serment, constitut, recepta). M. Collinet s'est conformé 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 bonum et aequum).

2°) Lorsque, par imprudence ou maladresse, on a laissé 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 (Gr. 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.

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

Section III

Les délits du Droit civil de l'Empire

jusqu'à Justinien.

Sous l'Empire, qui commence avec Auguste (727-27) 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 réipésecutoire.

§ 1 - Désuétudes.

C'est au Bas-Empire seulement que la désuétude a exercé son effet sur quelques actions qui n'étaient plus adaptées à l'état de la civilisation:

1° - En matière de *furtum*, distinguons l'Occident et l'Orient. En Occident, la *perquisitio lance et licio* semble avoir survécu dans les Lois romaines des Visigoths et des Burgondes, car ces Lois conservent les *a. furti concepti, oblatti et prohibiti* qui la supposent; en Orient, ces trois *a.* sont mortes au temps de Justinien; de même, l'*a. furti non exhibiti* (Inst. IV, 1, 4) (v. Collinet, Et. hist., I, p. 309, n.1).

2° - En matière de *damnum injuria datum*, le 2^d chef de la loi *Aquilia* est désuet, comme l'*adstipulatio* même (Inst. IV, 3, 12);

3° - Les actions récursoires des quatre lois *Lactoria, Furia, (de testamentis), Marcia, Publilia*, manquent aux Institutions de Justinien;

4° - De même l'*a. pénale civile depositi* au double, qu'il ne faut pas confondre avec l'*a. prétorienne* au double qui subsiste.

§ 2 - Extensions.

Extensions 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.

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.

§ 3 - Créations.

Répression
des derniers
actes d'ini-
tiative indi-
viduelle par
lesquels une
personne veut
se faire jus-
tice.

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 préféodalité. Les germes de la féodalité remontent plus haut qu'on ne le dit. Les *potentiores* commandant à de vastes domaines annonçant 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), ils ont menacé les contrevenants soit de la perte de leurs créances ou de leurs propriétés, soit d'amendes (1).

§ 4 - Augmentation des 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 la *cognitio extra-ordinem*. Cette peine se substitua en fait à la peine civile.

Peines cor-
porelles édic-
tées contre
le voleur.

2°) Au Bas-Empire, en Orient, il ne reste plus que les actions *furti manifesti* et *nee manifesti*). 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 insolvables, la victime ne pouvait obtenir le paiement de la peine du quadruple ou 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.

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

Chapitre III

LA RESPONSABILITE DELICTUELLE ET LES

ACTIONS NOXALES.

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 proximus*.

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 ne 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.

§ 1 - Définition des Actions noxales.

Les actions noxales. (1) sont certaines actions 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 (2). 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.

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 le pastus entraînant l'actio de pastu (pâturage); 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, 4.76). On peut y ajouter l'actio legis Plaetoriae (ou Laetoriae). L'action Fabiana.

(1) Cf. Le travail fondamental de P.F. Girard N.R.H. 1887-1888 réimprimé dans les Mélanges, II p. 309-382 et résumé dans son Manuel, p. 720 etss.; 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).

(2) Le précédent romain se trouve dans l'Edit Edilicium de feriis (D.21;1;40,1-42.)

§ 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.

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

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.

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

1^o) 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 donnée contre lui quand il était sui juris est donnée contre son chef actuel (l'adrogant) avec les modifications d'objet qui en font une action noxale.

2^o) Inversement, si un individu a commis un délit 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 ordinaire tendant au paiement d'une amende.

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

2ème Règle.- La puissance que doit avoir celui contre qui on intente l'action noxale est 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. Toutefois en cas de *damnum injuria datum*, l'action L. Aquiliae n'était donnée que contre celui qui a la puissance 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 L.A. est réservée au propriétaire.

La victime ne peut plus intenter l'A. noxale si, à ce moment depuis le dé-

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.

Primus esclave de Secundus, a volé Tertius. Après le vol, Tertius hérite de Secundus, et par conséquent trouve l'esclave dans le patrimoine du de cujus; 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 s'est produit, en quelque sorte purgatio de l'action 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
règles de l'action
noxale
par l'idée de
vengeance privée.

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 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. Mœurs 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 1ère ligne) et les actions noxales (où l'amende est en 1ère 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, personnellement 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 reconstituées par Lenel dans son "Edit perpétuel".

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

S'il est volontaire, la noxae deditio s'opère, d'après l'opinion dominante par une aliénation du 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. 4II 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,8,3) 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, pas aux animaux. Elle était seulement indiquée par Gaius, IV,8I, mais elle a été précisée par l'interpretatio Gai (Fragments d'Autun) 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 jurisconsultes primitifs (cf. Talmud).

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

Le Droit romain s'est adouci au cours des âges 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 même coupable à un autre père de famille ayant paru choquer la pudeur (Inst. IV,8,7.).

adoucissement
progressif
de l'abandon.

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. (1) Girard a retrouvé le même système dans l'Afrique Centrale.

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

2^e - L'action noxale a deux objets - ou réparer le dommage ou faire l'abandon noxal - aut noxiam 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 des obligations ou bien 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-

(1) 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 in facultate solutionis, il peut être donné facultativement si le débiteur le préfère.

Les deux obligations sont donc de natures tout 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. L'esclave in obligatione ayant péri tout s'évanouit. 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 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 condamnation, 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 condamnation, 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 toujours payer l'amende.

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

Système de M.
de Visscher.

M. de Visscher a combattu ce système en reprenant une vieille idée de Vangerow. Il soutient que l'obligation est toujours facultative, l'amende (ou litis aestimatio) étant in obligatione, la noxae deductio étant in solutione. Son idée se déduit de son explication même des actions noxales. Celles-ci pour M. de Visscher 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 III.

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.

Le paiement peut être fait au créancier ou à quiconque a qualité pour le recevoir.

2°- A qui doit-on payer ?

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.

3°- Où doit-on payer ?

Le paiement doit être fait au lieu convenu.

Au lieu convenu par le contrat ou au domicile du débiteur (les dettes sont 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*.

L'*actio de eo quod certo 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).

4°- Objet du paiement.

Le paiement doit porter sur ce qui est dû.

L'objet du paiement, c'est l'objet promis, la chose due (la somme d'argent ou la chose certaine ou l'*incertum*.)

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 :

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.

La *datio in solutum*.

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 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 utilis*, 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 (I).

b) Un deuxième cas où l'objet du paiement ne sera pas l'objet promis était prévu par la Nouvelle lll 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 intérêts de préférence à celle sans intérêts.

5°- Garanties du paiement.

(I) S. Solazzi, Estinzione della obbligazione, Napoli, 1931, p. 148 -179, P. Collinet, R.H.D. 1932 p. 578 et s.

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.

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, 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'Égypte.

Les Romains ont connu deux formes de stipulatio poenae :

1°- 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.

2°- 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 (c'est-à-dire sans la faute du débiteur), 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, Le débiteur 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 formu-

le 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, inconsciemment, comme il lui est arrivé plus d'une fois.

La stipulation de peine
évaluation
forfaitaire et d'avance
des dommages intérêts par les parties.

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 dus 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.

Preuve du paiement.

6°- Preuve 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 -(Girard, Textes, p. 865 et suiv.).

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(I).

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*), acte d'huissier en droit français. 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 eût 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).

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.

La demeure est purgée par l'exécution de l'obligation, par la convention ou par la mise en demeure du créancier.

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

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

(I) A. Montel, la mora del debitore, Padova, 1930.

ou force majeure.

La question des risques.

par force majeure. Alors se pose dans toute législation, et seulement dans les contrats synallagmatiques, une question, celle des risques (1) : 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, "genera 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. 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 (cas prévisibles), au second cas, force majeure (vis major); "force de Dieu" en grec et en anglais (force à laquelle on ne peut résister : incendie, guerre, brigands cas imprévisibles). Peu importe, la même question se pose : pour qui la chose périt-elle ? Pour le débiteur ou pour le créancier ?

En principe, la chose périt pour le créancier : res perit creditorii comme nous l'avons vu pour la vente (res perit emptorii)(2) 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 innommés (Celse, D, 12, 4, 16). Là, cependant la théorie a changé et sous Justinien on est arrivé à la règle res perit creditorii (renvoi à ce qui a été dit plus haut).

§ 4 - Théorie des fautes.

Impossibilité d'exécution tenant à la faute du débiteur.

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

(1) Cf. Monier, t. II, p. 178. 181.

(2) 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.

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 faute 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 apparaissait que le jour où on admit que le débiteur 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 positive et de la faute négative dans la stipulation.

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 contrats 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 s'il 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 jurisconsultes classiques, dans la *Collatio legum Mosaeicarum et Romanarum* (parallèle entre la législation de Moïse et la législation romaine). (L.X.T.III §§§ 1,2,3). (Girard, Textes). 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 de leur dol seulement 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 (casus minores), mais pas pour la force majeure (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 caloiné 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.

B- 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°- 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 seulement: le dépositaire (le mandataire a été placé dans la catégorie n° 3).

2°- 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 débiteur 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°- 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 administrateurs, qui ne commettrait que les fautes absolument excusables.

Sont tenus ainsi : le vendeur, le mandataire (qui a changé de catégorie), etc...

Théorie ancienne des trois fautes.

La reconnaissance de trois catégories ne veut pas dire qu'il y ait trois espèces de fautes. La théorie des trois fautes de Pothier distinguait : la faute lourde (culpa lata), la faute légère (culpa levis) et la faute très légère (culpa levissima). - Cette théorie n'est pas romaine. La c. levissima n'existe qu'en fonction de la loi Aquilia (Suprà); et la jurisprudence française réagit avec bon sens. Contre elle à propos de l'art. II37, pour revenir au droit romain, une fois de plus.

dommages in-
térêts dus en
cas de fau-
te.

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 suffit pas ici d'intérêts au sens d'*usurae*. La doctrine moderne des dommages-intérêts vient surtout de la théorie canonique de l'"interesse".

TITRE IV.

EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Caractère
temporaire du
lien d'obliga-
tion.

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(V. plus haut). 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 seulement 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.

(I) S. Solazzi, *op. cit.*

Chapitre I.

MODES NECESSAIRES D'EXTINCTION.

Ce sont ceux qui opèrent sans la volonté de l'homme.

1°- Perte de chose certaine sans la faute du débiteur.
2°- Confusion.

1°- La perte 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.

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 Ed. Cuj (p.p 632-633) soutiennent que la transmissibilité n'intervient que pour des obligations légales, nexum, judicatum, legs, per damnationem. Au contraire, l'obligation résultant de la sponsio, fondée sur l'engagement de sa foi à autrui, aurait été intransmissible.

En revanche toutes les obligations contractuelles sont dès avant le droit classique transmissibles activement et passivement. Par exception :

Obligations intransmissibles.

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'existe aucune raison pour 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 subsister 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'adrogant.

- 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, sponsores 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 de toutes les obligations 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
a droit pri-
tatif pour é-
teindre l'obli-
gation d'un
procédé inver-
se au mode
créateur.

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 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 juriconsultes 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 quo 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 lié".

Application
de ce principe.

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 quelques rapports avec le contrat.

I- 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 *nexus*, 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*.

II- Au contrat *litteris*.

§ II L'*expensilatio* ou *c. litteris* se formait par un jeu d'écritures assez mystérieux. Son extinction dont Gaius ne parle pas devait s'accomplir par une formalité inverse. Le créancier portait sur son registre qu'il avait reçu de Maevius les 100 qu'il lui avait remis autrefois, *acceptum af. Maevio centum*. Cette mention annule la mention primitive *Expensum Maevio centum*.

III- Au contrat *verbis* l'*acceptilatio*.

§ 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, interroga-

tion 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 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 rè-
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 (I). 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 inverses sur le codex pour les obligations litteris, par les procédés convenant aux obligations re et con-

(I) Fin de la République (Girard p.730 n.2.

sensu.

La stipulation
aquilienne.

Le jurisconsulte Aquilius Gallus, contemporain et ami de Cicéron, inventeur des formules du dol, préteur 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
non solennels.

La 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.

Notion générale et définition.

La compensation a une histoire du plus haut intérêt qui a été retracée de forme magistrale par Ch. Appletton (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. I) : "Debiti et crediti inter se contributio : la balance entre le débit et le crédit".

Les 3 sources
théoriques
de la compensa-
tion.

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 compen-
sation léga-
le en droit
romain (sauf
en cas d'impen-
ses 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 (la *res uxoria*) des impenses nécessaires, c'est-à-dire qui n'étaient ni utiles, ni voluptaires, mais indispensables pour que la chose ne périsse 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. Schulz a soutenu que cette règle n'était pas classique, mais son opinion n'a pas prévalu. (1).

§ II- Compensation conventionnelle.

Le principe
de l'indépen-
dence des cré-
ances dans
le droit ro-
main.

Dans la majorité des cas les Romains admettent en 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

(1) V.J. CH. Lévy Thèse Paris 1937.

l'indépendance des créances et des dettes réciproques.

Sénèque exprime ce principe dans son traité des Bienfaits (L.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.

2° - 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. Elles 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).

3° - 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'*argentarius* se traduisant dans l'*intentio* de la formule de l'action qu'il intente contre le client.

1° - 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 pour cela 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° - *Deductio* du *Bonorum emptor*.

Deductio du *bonorum emptor* dans la *condemnatio* de l'action qu'il intente contre le débiteur du failli.

Quand un individu fait faillite à Rome, on procède à la *venditio bonorum*. L'*adjudicatarius*, *bonorum emptor* successeur prétorien du failli 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 cette personne comme débiteur. Il doit compenser l'actif qui lui est dû et le passif qu'il doit.

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 4,6I,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 la "fides bona" l'honnêteté, exclut l'idée que le vendeur réclame 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 (I6I-I80) 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 IO.000 s".

Pendant longtemps on a trouvé naturel que l'exceptio de dol ait pu jouer ce rôle, car Primus, disait-on, commet un dol en réclamant tout alors qu'il doit lui-même quelque chose. Celui-là comment 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 apparues (Appleton et Girard p. 754 n.2) pour l'application de cette ex-

Effet absolu-
lutoire de
l'exception
de dol.

ception de dol et du Rescrit de Marc-Aurèle. Sans les examiner, il faut observer que l'exception n'a pas en 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 .

Unification
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 Lénel 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. I293 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. I291 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 imaginé 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. 46,2,1. 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 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.

(1) Cf. Paul Gide: Etudes sur la novation.....1879.- Gandemet - Le transport de dettes, Thèse Dijon 1898.

Nécessité
de un idem
debitum à l'é-
poque classi-
que.

Modifications
de Justinien.

La novation s'employait aussi pour le transport
de dette (V. plus loin).

A l'époque classique il est impossible de faire
une novation par changement d'objet. La dette nouvel-
le 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 sor-
te mécaniques.

1° - Elle éteint l'obligation ancienne ipso
jure, civilement de plein droit, avec toutes les sûre-
tés 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 vé-
rité 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 ef-
fet 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 au 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 modo) 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 commissoire 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 Boyer, 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 displicentiae.

4°) Le *pactum displicentiae* donne droit à 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 vendito* 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 PRÉTORIEN.

Pacte de non
petendo sanc-
tionné par
l'exceptio pac-
ti 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. (Cf. Solidarité).

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 iudicatae vel in iudicium deductae (V. Procédure).

TITRE V

CESSION DES CREANCES ET DES DETTES.

Intransmissi-
bilité et in-
cessibilité
originaires
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 (cf. Esmein N.R.H. 1887 p. 48 et suiv.) par ex. les obligations contractuelles anciennes, telles que la sponsio, fondée sur la fides personnelle (1).

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 PROCEDES 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

- (1) On a expliqué cela jadis par l'idée que l'obligation est un lien personnel qui s'attache à la personne physique, par ex. les créances et les dettes sanctionnées par des actions pénales. Mais cette idée n'est plus admissible depuis qu'on sait que les obligations ainsi sanctionnées ne sont pas primitives.

une formalité est nécessaire qui n'existe pas pour la propriété. C'est une signification de la cession 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.

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 acquéreur de la créance 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 demandera 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 (comme la propriété *cum sua causa*) passe telle quelle 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.

D'autre part ce procédé exige le consentement 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 ad litem ou procuratio

in rem suam.

2ème procédé
le mandat ad
litem in rem
suam.

Gaius (2,39) signale un deuxième procédé : le mandat ad litem.

Pour réaliser la cession, Primus donne mandat soit par cogniture, 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 cogniture 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.

En quoi ce
procédé dif-
fère d'une
véritable

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

cession.
Le cessionnaire exerce
l'action du
cédant à titre de mandataire mais la créance n'est pas cédée.

Jusqu'à la L.C. entre le cédé et le concessionnaire, le cédant reste maître de la créance.

Jusqu'à la L.C. le mandat peut disparaître.

Remèdes imaginés pour remédier à ces inconvénients.

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. Mais en droit, ce qui lui appartient, c'est uniquement l'exercice de l'action de Primus.

D'où des conséquences importantes.

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.

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.

Mais les Romains étaient gens de ressources ; c'étaient des juristes 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.

1er 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 cré-

Concession
au cessionnaire
des ac-
tions du cé-
dant à ti-
tre d'actions
utiles.

ancier, 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 formu-
les prétoriennes. Le mouvement de reconnaissance de
ces actions a commencé en vertu du S.C. Trebellien (55
ap. J.C.) au profit du fideicommissaire 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 (1).

2ème progrès. - Le cédant qui conserve tou-
jours sa créance, même après la concession des actio-
nes utiles au cessionnaire, peut éteindre cette
créance au détriment de Tertius et tous les procédés
d'extinction dépendants ou non de sa volonté peuvent
la faire disparaître.

Significa-
tion de la
cession au
cédé.

Ce danger a été conjuré par un procédé nou-
veau. 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 denun-
tiatio extra judiciaire 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 Ter-
tius.

La signification dans l'espèce a été emprun-
tée à la théorie du pignus nominis, du gage sur les
créances (v. les sûretés réelles).

A la signification a été assimilé le paie-
ment partiel reçu par le cessionnaire, le versement
d'un acompte de Secundus à Tertius.

La signification fut d'abord un usage prati-
que. Quand est-elle devenue légale ? La constitution
de Gordien (C. 8,41,3,Pr.) qui en parle est très
vraisemblablement interpolée (2), la nécessité de
la signification ne daterait que du Bas-Empire.

(1) Paul Gide, dans son traité sur la novation et le
transfert de créance, pense que cette réforme a cons-
titué 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.

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.

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 déléguant (*Primus*) invite (*jubet*) 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'alieni 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

2°- A la suite de cette invitation il faudra réaliser la délégation. Elle se réalisera soit par

(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.

ou une cession de créance.

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 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 déléguant Primus et le délégataire Tertius, un rapport entre le déléguant 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 ;

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.

Hypothèse pratique.
Délégation servant à simplifier des paiements.

Importance du jussus dans le mécanisme de 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.

§ II - Effets de la délégation.

Rapports entre les parties:

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).

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, 3ème 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 ces effets :

Indépendance du rapport du

a) Le délégué Secundus a fait à Tertius un paiement légalement valable, même si lui, Secundus,

délégué et du délégataire et de celui du déléguant envers le délégué.

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 principe 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 déléguant (Ulp. D. 46,2,13 ; Paul D. 12,4,9,1).

Inopposabilité des exceptions du délégué au délégataire.

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 14,4,5,5). 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 VI

LA SOLIDARITE OU CORREALITE.

Pluralité de
sujets actifs
ou passifs.

Jusqu'ici, nous avons toujours considéré que l'obligation avait un seul sujet actif ou passif, un seul créancier, un seul débiteur. Mais dans toutes les législations, elle peut avoir aussi plusieurs sujets actifs ou passifs. La pluralité de sujets nécessite des théories nouvelles:

1°) sur le
terrain pé-
nal, la règle
est le cumul
des actions.

1°) Sur le terrain pénal, la règle est celle du cumul des actions ou des obligations, car il s'agit de poena de vengeance. Un délit a été commis contre plusieurs personnes; le délinquant sera passible d'autant d'actions (p. ex. de trois actions furti). Chacune des victimes a droit au tout (solidum). Un délit a été commis par plusieurs personnes; la victime aura autant d'actions qu'il y a de délinquants (p. ex. trois actions furti). Chacun est tenu du tout (solidum).

2°) Sur le ter-
rain reipersé-
cutoire, la
règle est le
non-cumul des
actions.

2°) Sur le terrain réipersécutoire, la règle est celle du non-cumul, car le préjudice ne se répare qu'une fois.

Normalement,
la créance ou
la dette se
divise; l'o-
bligation est
dite conjoin-
te.

Donc normalement, la créance et la dette se divi-
sent entre les créanciers multiples et entre les débi-
teurs multiples: p. ex. trois créanciers, chacun a
droit à $1/3$ (part virile); trois débiteurs, chacun
doit $1/3$ (part virile). L'obligation est dite alors
"conjointe" (c'est le cas des co-héritiers ou des asso-
ciés).

Exceptions.

Par exception, certaines obligations à sujets multiples ne sont pas conjointes; elles ont pour objet le tout. Il en est ainsi: A - des obligations "indivisibles", en cas d'indivisibilité de l'objet. C'est là un "labyrinthe inextricable" suivant la formule de Dumoulin (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.

A. Obligations
indivisibles.

B. Obligations
solidaires.

B - Un deuxième cas où l'obligation porte encore sur le tout, solidum, quoiqu'elle ait plusieurs titulaires, c'est l'obligation "solidaire" ou "corréale",

expression moderne forgée sur le latin *correus* (1).

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 est moins pratique. En supposant trois débiteurs et un créancier unique, si l'obligation n'est que conjointe, chaque débiteur ne doit que le 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 le préjudice ne se réparant qu'une fois, si *Primus* paie, le créancier est satisfait; il ne peut agir contre les deux autres. En droit romain l'étude de la solidarité est l'objet d'une controverse aigüe, par suite de l'existence de l'effet extinctif de la lit. cont. 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.

Et de la solidarité imparfaite où la L.C. avec l'un des co-débiteurs,

2ème sorte: la solidarité: imparfaite, naturelle, simple collective. Gérardin dit *obligatio in solidum*. Dans ce cas, le créancier peut répéter son action jusqu'à ce qu'il ait obtenu le *solidum*, le tout contre chacun des débiteurs.

(1) Cf. Gérardin N.R.H. 1884-1885)

n'empêche pas d'agir contre les autres jusqu'au paiement du tout.

La solidarité proprement dite peut exister aussi 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.

1er Groupe: Obligations solidaires.

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.

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*.

La mise en demeure de l'un ne nuit pas aux autres.

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.

La faute de l'un nuit aux autres.

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 comprend 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 périt par le fait de l'un, l'autre est responsable et devra, comme le premier, des dommages-intérêts.

Recours du débiteur qui a payé contre les autres soit par l'actio pro socio soit par l'actio mandati contraria.

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.

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 ait 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 réipéscutoire. 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.

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. 43,2,9 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.

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 VII). 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 Novelle 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 ce bénéfice, quoique certains l'aient cru; selon M. Collinet (1) elle comportait seulement la faculté pour le créancier de diviser ses poursuites, ce qui est tout différent

(1) P. Collinet dans les Studi in Memoria di Aldo Albertoni (Padova, 1933);

Le bénéfice
de division.

(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 ? Pour M. Collinet (Etudes 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 1928). 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 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 reipersécutoires 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 par cette loi l'effet extinctif de la *litis contestatio*, 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 VII

LES SÛRETÉS PERSONNELLES
ET RÉELLES.

La sûreté personnelle, c'est le cautionnement (chap. I^{er}). On verra ensuite (Chap. II), les sûretés réelles.

Chapitre I^{er}

LE CAUTIONNEMENT.

On dit souvent après Girard que le cautionnement se présente à Rome sous trois formes: 1^o) Des sûretés qui garantissent la comparution d'un individu en justice, *vas* (*vadis*), *vadimonium*, surtout en cas de remise du procès (V. I^{ère} année).

2^o) des sûretés personnelles fournies à l'Etat, *praes*, *praedes* (racine: *prae*, *vas*, un *vas* antérieur; *praedes sacramenti* - *praedes litis* et *vindictiarum* - V. I^{ère} année).

3^o) 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 *praedes*, 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 stipula-

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 combat cet 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.

§ 1 - 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 lère naît entre personnes ayant des intérêts communs (co-cautions, consortes co-vendeurs; etc...) et pour des actes licites faits ensemble; le 2ème se forme entre personnes étrangères l'une à l'autre, dans le domaine des délits, dont la caution promet réparation.

La fidepromissio procédé créé pour rendre le cautionnement accessible aux pérégrins.

Caractères à la sponsio et à la fide promissio.

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 sponsio n'était accessible qu'aux citoyens romains ou aux pérégrins ayant le jus commercii. Quand les affaires s'accrurent à Rome, les 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.

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 le 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) M. Collinet, La garanzia solidale (Mémoire de l'Académie de Bologne, 1930-1931); les Vestiges de la Solidarité familiale (Mal. Glotz. 1932).

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
les lois à la
situation des
sponsores et
des fidepromi-
ssores.

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. U.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° - 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° - 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° - La loi Furia de Spansu 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 Cicerelia.

4° - La loi Cicerelia oblige le créancier qui veut obtenir une caution à déclarer à haute voix (praedicare) le nombre des cautions déjà engagées et le montant de la dette.

Loi Cornelia.

5° - 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-

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 pro-
pres de la fi-
dejussio.

1^o - Il ne faut pas que l'obligation du fidéjussor soit plus dure que celle du débiteur principal.

2^o - A la différence des deux autres, l'obligation du fidéjussor passe à ses héritiers.

3^o - 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^o - 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 sponsors 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), avantages 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 contrarius, 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 : permistu la différence entre le montant de la dette et ce que j'aurai pu obtenir du débiteur ? C'est le 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 cautiones, 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 de cautionnement.

§ 1 - Les modes prétoriens.

Pacte de
Constitu 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 prê-
té.

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. certae 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. Constandaky, thèse Paris, 1932.

Section III

Droit de Justinien.

Le droit de l'époque antérieure à Justinien présentait une diversité frappante des procédés en cautionnement : 1° - la sponsio, la fidepromissio, la fidejussio comme procédés de droit civil; 2° - receptum argentarii, le constitutum 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 complication 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 constitutum. Il maintient enfin le mandatum pecuniae credendae.

Sous Justinien les procédés sont ainsi ramenés de six à trois : le fidejussio, le pacte de constitutum, 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 secourir celui-ci en première ligne et à ne revenir à elle que s'il n'a pas obtenu le paiement intégral.

Section IV

Extinction 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.

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 REELLES.

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.

Droit de gage
général des
créanciers sur
les biens de
leur débiteur.
Dangers cou-
rus par les
créanciers.

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.

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, parce qu'elle se concluait sous la forme d'un pacte adjoint 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 bréancier. Il n'avait qu'un moyen indirect de reprendre la propriété de la chose : l'usureceptio fiduciae, procédé assez peu pratique (Voir 1ère 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 trans-
fert auxquels
peut être ad-
jointe la fi-
ducie.
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 translatrice de propriété une justa cause, 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 (1). 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'accomplit à Rome dans deux domaines différents, soit, à titre gratuit, fiducia cum amico, soit à titre oné-

(1) 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 ((comptio 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 100.000 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.

Caractères du pignus.

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).

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⁽¹⁾ 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 pour suivre 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 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), ou *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 dépossession 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.

Avantages de
l'hypothèque.
Dangers qu'elle
présente pour
le débiteur.

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 *in 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 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.

Vue d'ensemble
sur la compa-
raison des sû-
tés réelles
avec le cau-
tionnement.

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

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 dépossession du bailleur d'un fonds rural, sur les invec-ta 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 (1).

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, invec-ta 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 fermier ne payait pas, la possession des biens affectés.

(1) N. Herzen des origines de l'hypothèque, 1899.

généralisation
de cette con-
vention, l'a-
ction quasi-servien-
ne.

tés afin de pouvoir les retenir comme gage.

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.

§ 1 - 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. conven-
tionnelle en
droit romain
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 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.

des 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 fidejussor devenue aujourd'hui un privilège (art. 2101)

Les hypothèques
privilégiées.

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.).

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 a 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. 1ère 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 suscep-
tibles d'hypo-
thèque.

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 ac-
cessoire.

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.

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° - Indivisibilité.

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, en quelque chose de réel, d'effectif, qui est un gage. 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 (1). L'action hypothécaire peut être donnée non

(1) La formule reconstituée par M. Lenel doit être rectifiée comme l'indique M. de Wisscher dans son étude sur les Actions in factum (R.H. de Droit 1925, p. 241).

Montant de la
condamnation.

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.

Exceptions que
peut opposer
le défendeur à
l'action hypo-
thécaire.
1° - Bénéfice
de cession
d'actions.

1° - Le bénéfice de cession d'actions étendu du cautionnement à l'hypothèque, grâce auquel le défendeur condamné au *quantum ea res est* 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.

2° Le 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 fait vendre et qui a couché le prix qui effectuera le règlement entre ses co-créanciers. D'où des possibilités de fraude par ce créancier s'il est indécis.

Voici l'ordre des paiements :

- Ordre dans le-
quel 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 personales 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
prio tempo-
re, potior
jure.

Fixation de
la date des
hypothèques
publicité fa-
cultative.

L'exception
de priorité.

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 déterminé 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.

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 doit 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 la suc-

(1) Vasilescu, thèse Paris 1931.

cessio, 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 8 mai 1937.