Manuel de droit romain, ou Questionnaire nouveau et complet sur

les [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Rambaud, Jules (1836-18..?). Manuel de droit romain, ou Questionnaire nouveau et complet sur les Instituts de Justinien et de Gaius, les règles, les sentences, les textes classiques du Digeste et du Code, avec leur conférence au droit français... Par .... 1872.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

Bibliothèque nationale de France

-

Direction des collections

-

Département Droit, Economie, Politique

Bibliothèque nationale de France – Paris

Direction des Collections

A l'exception des reproductions effectuées pour l'usage privé du copiste, les œuvres protégées par le code de la propriété intellectuelle ne peuvent être reproduites sans autorisation de l'auteur ou de ses ayants droit.

Dans l'intérêt de la recherche les utilisateurs de la présente microforme sont priés de signaler au département de la Bibliothèque nationale de France qu'ils entreprendraient et publieraient à l'aide de ce document.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

MANUEL DE DROIT ROMAIN

OU

QUESTIONNAIRE

NOUVEAU ET COMPLET

SUR

LES INSTITUTS DE JUSTINIEN ET DE GAIUS, LES RÈGLES, LES SENTENCES, LES TEXTES CLASSIQUES, DU DIGESTE ET DU CODE, AVEC LEUR CONFÉRENCE AU DROIT FRANCAIS,

(Révision des matières du premier examen pour le baccalauréat, la licence et le doctorat.)

PAR

JULES LÉON RAMBAUD

DOCTEUR EN DROIT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL, MEMBRE DE L'ENSEIGNEMENT LIBRE DU DROIT DE LYON.

TOME DEUZIÈME

(COURS DE DEUZIÈME ANNÉE)

PARIS

DURAND & PEDONE-LAURIEL

4, Rue Cujas 9.

LYON

CHARLES PALUD

LIBRAIRE-ÉDITEUR DE L'ACADÉMIE

Rue Mercière 15.

LYON. IMPRIMERIE J. ROSSIER, RUE MERCIÈRE, 17

1872

MANUEL DE DROIT ROMAIN

ou

QUESTIONNAIRE

F 1

42348

L'auteur s'étant conformé aux lois sur la propriété littéraire, aura le droit de faire saisir les exemplaires non revêtus de sa signature.



MANUEL DE DROIT ROMAIN

OU

QUESTIONNAIRE

NOUVEAU ET COMPLET

SUR

LES INSTITUTS DE JUSTINIEN ET DE GAIUS, LES RÈGLES, LES SENTENCES, LES TEXTES CLASSIQUES, DU DIGESTE ET DU CODE, AVEC LEUR CONFÉRENCE AU DROIT FRANCAIS,

(Révision des matières du premier examen pour le baccalauréat, la licence, et le doctorat.)

PAR

JULES LÉON RAMBAUD

DOCTEUR EN DROIT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL, MEMBRE DE L'ENSEIGNEMENT LIBRE DU DROIT

DE LYON.

DÉPOT LÉGAL
Rhône
1871

TOME DEUXIÈME

(COURS DE DEUXIÈME ANNÉE)

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R
IMPRIMÉS

PARIS

DURAND & PEDONE-LAURIEL

Rue Cujas 9.

LYON

CHARLES PALUD

LIBRAIRE-ÉDITEUR DE L'ACADÉMIE

Rue Mercière 15.

LYON. IMPRIMERIE J. ROSSIER, RUE MERCIÈRE, 47

1872

1871

LYON. — IMPR. J. ROSSIER, RUE MERCIÈRE, 47.

AVERTISSEMENT

Ce livre n'a d'autre objet, ni d'autre prétention, que d'offrir aux étudiants en droit un moyen facile et efficace de revoir promptement les matières des divers examens de droit romain.

L'expérience réfléchie des besoins des étudiants et des modes d'enseignement qui peuvent leur être le plus utiles nous a guidé dans notre tâche et en assurera peut-être le succès.

Nous n'avons point entendu composer un livre de science. Ces pages ne sauraient suppléer ni aux leçons des professeurs, ni à l'étude directe des ouvrages dont nous avons fait une sorte de résumé succinct, notamment ceux de Voët, Heineccius et de MM. Ducaurroy, Pellat, Machelard, Ortolan, de Fresquet, Demangeat. Aucun manuel ni questionnaire ne peut remplacer les leçons, traités et commentaires. L'étudiant qui adopterait notre livre dans cette intention en ferait un usage inintelligent,

contraire à nos vues et peut-être même inefficace au point de vue de sa réussite aux examens.

Mais lorsque, après avoir suivi consciencieusement les leçons d'un cours et puisé la science aux sources premières, l'étudiant approche du jour redouté où il lui faudra justifier de son savoir, il se souvient du conseil de Sénèque : *multum non multa*. Le temps lui manquerait matériellement pour revoir un seul traité. Comme un émigrant, il lui faut réunir l'ensemble des acquisitions, fruits de son travail, pour se présenter en disant : *omnia mecum porto*.

Pour cet effort des derniers jours, il ne faut *ni trop ni pas assez*. Telle est la condition du livre dont on s'aidera en ce moment. Telle a été notre devise, en composant celui-ci.

Nous avons condensé l'exposé des règles du droit romain et l'explication des textes classiques, de façon à présenter une revue rétrospective en harmonie avec l'ordre et la méthode de l'enseignement qui aura précédé cette rapide et dernière étude.

La forme adoptée par nous est celle du questionnaire. Elle offre l'avantage, pour l'étudiant, de se préparer plus directement aux interrogations des examens, soit seul, soit avec le concours d'un ami.

D'autre part, l'étendue, le nombre, le style même des réponses indiquent que nous convions ici le lecteur à une révision essentiellement rationnelle, réfléchie et non à une étude mécanique ou purement de mémoire.

C'est pour y aider que nous avons donné une large part à la déduction, procédé favori des créateurs du droit romain ; divisé et subdivisé, d'après une méthode uniforme, toutes les matières de l'enseignement, en des titres, souvent additionnels et en sections.

Enfin, ce livre par son format même, tend à notre but, de donner aux étudiants un *vade-mecum*, dans ces dernières semaines seulement, durant lesquelles, mêlant l'étude à toutes leurs occupations, dans l'anxiété du succès, ils réalisent ce dernier et sage conseil :

Nocturna versate manu, versate diurna!

L'AUTEUR.

Lyon, 1er janvier 1872.

LIVRE III

TITRE I

Des successions ab intestat (d'ingénus). (Ordre des héritiers siens; descendant squi leur furent assimilés.)

Section 1re. — *De la succession légitime.*

D. Qu'est-ce que la succession?

R. Ce mot a plusieurs sens, surtout en droit romain. Il signifie d'abord le fait d'avoir, après un autre, à raison d'une acquisition par un mode dérivé, la propriété d'un objet particulier ou d'une universalité, mais plutôt d'une universalité. Ensuite, dans un sens restreint, la succession est le fait de recueillir l'universalité des biens d'un citoyen, par suite de son décès. En un sens plus étroit, nous appelons succession l'hérédité légitime des Romains. Enfin, il faut savoir encore qu'ils se servaient du mot *successio* pour rendre ce que nous appelons la *dévolution*.

D. La succession fait-elle acquérir tous les biens et droits du *de cujus*?

R. Oui, activement et passivement, sauf les droits qui s'éteignent par la mort même et pour l'an seulement ceux qui durent le reste de l'année. Tels sont

les servitudes personnelles, les legs et stipulations pour la vie, le droit résultant de l'adstipulation et la dette née de la *sponsio*.

D. La succession n'a-t-elle lieu qu'en cas de décès? Ne s'ouvre-t-elle pas pour les héritiers en cas de *magna capitis deminutio?*

R. Quand un citoyen perd la cité, il garde ses biens, à moins que ce soit par une condamnation emportant la *publicatio*, confiscation. Dans le cas de captivité définitive par esclavage, le citoyen est censé mort dès le début de la captivité, par la fiction de la loi Cornélia. Hors de cette hypothèse, quand un citoyen est acquis en esclavage, ses biens sont acquis aussi au nouveau maître. Il faut donc conclure que le décès seul ouvre la succession. (conf. C. C. art. 718.)

D. Combien y a-t-il d'espèces de succession par décès?

R. Il y en a trois espèces. Les deux plus importantes sont celle du testat qui est réglée par son testament, celle de l'intestat, réglée par la loi. L'addiction pour sauver les affranchissements est un troisième genre de succession, assez anormal, naturellement inconnu chez nous. Les commentateurs désignent plus particulièrement par le mot d'hérédité la succession testamentaire.

D. N'y a-t-il pas une autre division des successions?

R. Oui, on les distingue en civiles et prétoriennes. La succession prétorien ne se nomme la *bonorum possessio*. On peut encore distinguer la succession active de celle passive.

D. La succession testamentaire peut-elle concourir avec celle légitime?

R. Non, en général. C'est un principe du droit romain, avons-nous vu, que nul ne peut mourir partie testat, partie intestat. La succession légitime ne peut donc, en principe, concourir avec celle testamentaire.

D. Le concours se produit-il parfois?

R. Oui, légalement dans les successions des militaires, à qui il est permis de tester partiellement; en fait: 1° quand l'adrogeant a fait une substitution pupillaire pour l'adrogé, ce qui n'exclut pas, quant aux biens personnels de l'impubère, ses héritiers légitimes; 2° dans plusieurs cas d'exécution fidéicommissaire, par exemple, quand l'héritier du militaire a été par lui chargé de rendre les biens; quand les héritiers légitimes sont grevés partiellement de fidéicommis; 3° quand un testament, dans le droit ancien, est annulé comme inofficieux, dans le rapport de quelques-uns seulement des héritiers naturels; 4° après l'institution de la légitime, quand il y a recours des légitimaires. On observe alors qu'en fait, au décès d'un citoyen, les deux classes d'héritiers sont en concours.

D. Quelle est celle des deux successions qui a le pas sur l'autre?

R. C'est celle testamentaire. L'usage du testament fut général à l'origine du droit romain et la loi en consacrait le respect par la règle: *quandiu speratur testamentaria hereditas, legitima cessat.*

D. A quel moment s'ouvre la succession?

R. Il faut distinguer entre celle des testats ou testamentaire et celle des intestats ou légitime.

D. Qu'appelle-t-on précisément testat, intestat?

R. Le testat est le citoyen qui a fait un testament valable et exécuté. Sa succession s'ouvre toujours à son décès; l'exécution, même ultérieure, du testament, y est reportée. L'intestat est le citoyen qui, en définitive, n'a pas d'héritier testamentaire, soit pour n'avoir pas testé, soit pour l'avoir fait sans succès. On est intestat en fait ou en droit.

D. Quand s'ouvre donc sa succession?

R. Dans le cas où le testament est annulé par un fait dont on reconnaît l'existence au décès, on voit qu'il y a lieu à la succession légitime et elle s'ouvre immédiatement. Quand il en est autrement, à raison

de la règle *quandiu speratur*... la succession ne s'ouvre qu'au jour où le défaut d'exécution du testament est certain. C'est une différence importante avec le droit français.

D. Quels sont les événements qui font ouvrir la succession après le décès du testateur?

R. La désertion, la sentence d'inofficiosité, la naissance de posthumes, la défaillance de la condition mise à l'institution ou à la substitution.

D. Y a-t-il succession légitime toutes les fois qu'un citoyen meurt intestat?

R. Oui, en général, sauf de rares exceptions. Les pécules des fils de famille (même ceux castrense et quasi-castrense, sur lesquels ils auraient pu tester), sont dans l'ancien droit recueillis par le *parens, jure peculii, non successionis*. A plus forte raison, les fils de famille non péculés n'ont pas de succession. Le décès est souvent suivi de confiscation; les biens du condamné à mort passent au fisc et non à ses héritiers. S'il s'agit d'une accusation de crime envers la sûreté de l'Etat *(perduellio)*, qui peut être poursuivie même contre la mémoire, la succession, après s'être ouverte, est rétroactivement fermée. Enfin, là où la loi proclame la succession légitime, s'il ne vient pas d'héritiers, il est souvent ouvert une succesion testamentaire prétorienne, par exemple, en cas de décès ou d'abstention du descendant dont l'agnation ou la quasi-agnation avait rompu le testament du *paterfamilias*, et, avant Justinien, au cas d'institution ou substitution d'un postume *extraneus*.

D. Quel intérêt y a-t-il à reconnaître que la succession s'ouvre au décès ou postérieurement?

R. Comme l'exécution remonte, en tous cas, à cette époque, l'intérêt n'est pas sensible à l'égard des biens; mais il est considérable, quant aux personnes des héritiers; car on peut, dans l'intervalle, trouver des modifications survenues à leur rang, leur nombre, leur qualité, leur degré, leur capacité.

D. Quelles sont donc les personnes appelées par la loi ?

R. La théorie de la succession légitime, étudiée historiquement, est l'une des plus compliquées du droit romain. Aux deux extrémités de la période qu'il remplit, on trouve deux systèmes successoraux, simples et complets, celui des 12 Tables et celui des Novelles; mais ils sont séparés par une infinité de dispositions diverses, formant en général, des dégradations du premier vers le dernier.

D. Comment expliquer de si nombreuses variations ?

R. Elles s'expliquent très-naturellement. Le régime successoral des 12 Tables est fondé sur la constitution civile de la famille, qui ne tenait nul compte des liens naturels ni des sentiments qui les corroborent. Indépendamment de la ressource du testament qu'avaient les citoyens, pour échapper à cette loi, dans chaque succession, le prêteur s'attacha à l'humaniser, d'une façon réglementaire. L'usage du testament fut plus rare quand la jurisprudence devint plus douce; ce qui, joint au progrès des mœurs, détermina les empereurs à l'humaniser davantage. Enfin Justinien, après avoir procédé par tâtonnements dans les constitutions, comme ses prédécesseurs, donna dans les Novelles l'admirable système successoral, fondé sur l'affection présumée, qui réunit et couronne toutes les réformes. Nos législateurs l'ont à peine modifié.

D. Quel ordre suit-on dans l'étude de cette théorie ?

R. On expose généralement le système des 12 Tables. On étudie ensuite, chronologiquement, pour chaque ordre d'héritiers, les modifications apportées dans sa vocation par le droit prétorien, l'interprétation des prudents, les constitutions impériales. On passe enfin au système des Novelles, qui se prête très-bien à une exposition synthétique.

D. Quel est donc le système des 12 Tables?

R. Cette loi appelle d'abord à l'hérédité de chaque citoyen ses héritiers siens, à défaut, ses agnats; ensuite, si le défunt était de race plébéienne, ses gentils.

Section 2e. — *Des héritiers siens et descendants assimilés.*

D. Qu'est-ce que les héritiers siens?

R. Ce sont les descendants, réellement ou par fiction issus des noces, qui se trouveraient réellement ou par fiction sous la puissance directe du *de cujus*, s'il revenait à la vie au jour de l'ouverture.

D. Qu'appelez-vous le *de cujus?*

R. Le défunt, *is de cujus successione agitur.*

D. Pourquoi dites-vous : *les descendants issus des noces réellement ou par fiction?*

R. Parceque les héritiers siens sont nécessairement ou des descendants légitimes issus du *de cujus* ou des personnes que lui rattachent au même titre les faits que la loi assimile à la procréation en mariage, savoir l'adoption, la légitimation, l'*in manu conventio*, la conception d'enfant non né.

D. Pourquoi dites-vous *sous sa puissance directe?*

R. On a vu que c'est un caractère des héritiers siens.

D. Pourquoi dites-vous : *réellement ou fictivement?*

R. Pour faire la part de la fiction *infans conceptus pro nato habetur*. L'enfant conçu avant la mort du *de cujus*, qui ne se trouverait pas en réalité sous sa puissance, s'il renaissait, concourt au partage de ses biens.

D. Pourquoi dites-vous : *au jour de l'ouverture* et non : *du décès*, comme en matière testamentaire ?

R. A raison de ce que la succession légitime s'ouvre tantôt au décès, tantôt ultérieurement. En principe, les héritiers siens, dans l'une et l'autre succession, sont de la même classe. En fait, ce pourront être des personnes différentes.

D. Montrez cela par des exemples.

R. Un homme meurt, laissant deux fils dont l'un adrogé impubère, et un héritier institué sous condition. Quand la succession s'ouvre, je le suppose, un an après, par la défaillance de la condition, il peut se faire qu'une sentence soit intervenue sur la révocation de l'adrogation antonine, comme désavantageuse, que le fils naturel soit mort sans postérité, qu'un posthume soit né. De telle sorte qu'au lieu de deux fils que laissait le défunt, c'en sera un troisième qui seul héritera. Autre hypothèse : un homme n'avait pas d'enfants en puissance ; son fils unique, captif au moment du décès, peut être de retour et avoir recueilli tous ses droits, au jour de l'ouverture de la succession, par l'effet du *postliminium*. Il peut se faire encore qu'un seul fils, survivant à son père, décède ensuite et que ce soit les petits-enfants qui reçoivent le titre d'héritiers siens ; etc., etc.

D. Ne verra-t-on pas, en ce cas, l'un d'eux exclu parfois de la succession ?

R. Oui ; supposez qu'au jour de l'ouverture l'un des petits-fils fût âgé de six mois et que le décès remontât à dix-huit. Comme il faut la coexistence, au moins fictive (par la fiction *infans conceptus*...), pour qu'il y ait parenté entre deux personnes et la parenté étant la base de la vocation des deux premiers ordres, cet enfant conçu après le décès du père de son père n'est pas un petit-fils et ne peut lui succéder.

D. L'ordre des héritiers siens peut-il se rencontrer dans toute succession ?

R. Non. Les hommes seuls peuvent avoir cette

classe d'héritiers dans leur succession, puisque son titre est dans la communauté du patrimoine et la puissance paternelle, que n'ont pas les femmes.

D. Comment les héritiers siens sont-ils saisis?

R. Comme en matière testamentaire. Il faut donc distinguer trois époques : une première, où ils ont la saisine forcée; une seconde, où, tout en demeurant héritiers nécessaires, en droit civil, ils jouissent du bénéfice prétorien d'abstention; une troisième, où ils sont héritiers volontaires.

D. Comment se fait le partage entre eux?

R. Quand, tous du 1er degré, ils sont appelés de leur chef, ils partagent par tête, c'est-à-dire en prenant de l'hérédité une fraction dont leur nombre forme le dénominateur. Ils partagent par souche, au contraire, quand ils viennent par représentation.

D. Qu'est-ce que la représentation?

R. Un principe ensuite duquel un héritier d'un degré éloigné, peut remonter l'échelle de la parenté, occuper le rang et les droits de tel ou tel de ses ascendants, pour concourir avec un héritier plus proche que lui ou faire un partage plus équitable.

D. Quelles sont les applications que reçoit la représentation ici?

R. Elle a lieu dans trois cas :

1° Quand, avec des fils ou filles survivants, il y a concours des enfants ou petits-enfants de fils prédécédés, pour que le premier degré n'exclue pas le second ou le troisième;

2° Quand tous les descendants du 1er degré étant sortis de la famille, il n'y a que des descendants du 3e pour concourir avec ceux du second;

3° Enfin, dans la même hypothèse, quand tous les *nepotes* ou *pronepotes* sont du même degré.

Ce sont identiquement les trois cas prévus par l'art. 740 C. C.

R. Mais, dans le dernier, quelle utilité trouvent les héritiers à l'emploi de la représentation, n'ayant nulle infériorité de degré à niveler?

R. Elle préside alors au partage, afin de répartir également entre les diverses branches de la famille le patrimoine commun. Lors, par exemple, qu'il y a eu dix enfants d'un fils et deux d'un autre, le partage par tête produirait un résultat fâcheux auquel obvie le partage par souche, suite de la représentation. Il est vrai que les enfants de la famille la plus nombreuse seraient intéressés à voir écarter la représentation; aussi, j'évite de la définir un bénéfice, comme on le fait communément.

D. Le partage par tête peut-il concourir avec celui par souche?

R. Oui, lorsqu'il y a des héritiers à qui la représentation est étrangère. Nous avons vu, aux testaments, semblable chose pour les héritiers conjoints. Soient cinq enfants et cinq petits-enfants d'un fils prédécédé. On fait, d'abord un partage en 6es, qui est définitif, quant aux cinq descendants du premier degré, et, ensuite, un sous-partage d'un 6e en 30es pour les enfants du second degré.

D. Si l'un des enfants survivants dans la famille s'abstient, ses descendants peuvent-ils prendre sa part à l'aide de la représentation?

R. Non; parce que, d'une part, l'abstention ne lui enlève pas le titre d'héritier, et que, d'autre part, il n'y a pas de dévolution dans l'ordre des héritiers siens, à l'origine.

D. Qu'appelez-vous la dévolution?

R. C'est l'offre faite successivement, aux héritiers de divers degrés d'un même ordre, de l'hérédité que ceux du plus proche degré n'ont pas recueillie, à cause de leur abstention ou de leur incapacité.

D. Le fils émancipé peut-il être représenté?

R. On peut représenter toute personne sortie de la famille, par quelque motif que ce soit; si elle n'est pas décédée, elle n'existe plus comme héritier sien. (conf. art. 744).

D. En quoi péchait la vocation de cet ordre?

R. Elle était loin de s'adresser à tous les descendants. La loi des Douze tables en négligeait trois classes : 1° les petits enfants par les filles ou arrière-petits-enfants rattachés par une ou deux femmes au *de cujus*, lesquels n'avaient jamais été héritiers siens présomptifs; 2° les enfants et descendants émancipés; 3° ceux donnés en adoption ou en *manus*, qui avaient cessé d'être enfants siens; 4° les enfants du naturalisé.

D. Quelle réforme y apporta le préteur?

R. Il corrigea la loi pour les trois dernières classes, en leur donnant la succession prétorienne, *unde liberi*.

D. Cette ressource est-elle offerte à tous descendants émancipés ou donnés en adoption, etc.?

R. On rescinde l'émancipation; mais non pas toujours la dation en adoption. Il faut faire trois hypothèses, suivant ce que nous avons vu, aux testaments. L'enfant peut être encore dans la famille adoptive; en ce cas, l'espérance de succession qu'il y a, dans le titre d'héritier sien, désintéresse le préteur à son égard. Il peut en être sorti depuis le décès de son père naturel; même solution, pour ne pas encourager le calcul par lequel le père adoptif pourrait déterminer de telle ou telle façon le règlement de la succession du *de cujus*. Enfin, il peut être sorti de la famille adoptive antérieurement; en ce cas, il y a *bonorum possessio*. Mêmes distinctions pour la fille *in manu*.

D. Expliquez le calcul dont vous parliez.

R. Supposez un homme qui ait un seul fils donné en adoption ou qui en ait encore un en puissance. Si l'émancipation par le père adoptant pouvait avoir pour effet de rendre héritier de fait l'enfant adoptif demeuré en puissance au décès, il dépendrait d'un étranger de réduire l'héritier sien à la moitié des biens, et, s'il n'y a point d'héritiers siens, d'ouvrir ou de fermer la vocation du second ordre, les agnats.

D. Quand c'est un enfant adoptif qui a été éman-

cipé, donné en adoption en *manus*, le prêteur rescinde-t-il ces faits ?

R. Non. Il n'a égard qu'aux liens naturels et celui de l'adoption est entièrement dissous par les faits que voilà.

D. Quels héritiers ont donc droit à la *bonorum possessio unde liberi?*

R. 1° L'enfant natif émancipé. 2° L'enfant demeuré en puissance (ou celui ultérieurement émancipé par l'*avus*), d'un descendant sorti de la famille par l'émancipation ou l'adoption. 3° L'enfant natif donné en adoption. 4° Celui qui, ayant été d'abord émancipé, s'est ensuite donné lui-même en adrogation, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, ils soient sortis de la famille adoptive avant le décès *du pater naturalis*. 5° La fille livrée en *manus* ou acquise ainsi par le gendre. 6° Le fils donné en *mancipium*. La même ressource compète aux descendants de tout degré, qui, sauf de tels faits, se trouveraient en puissance directe, c'est-à-dire héritiers siens ; le préteur la donne aussi à la famille d'un pérégrin qui a obtenu le *jus civitatis*, ce qui ne lui a pas donné la puissance paternelle sur ses enfants. La postérité native, non adoptive, de toutes ces personnes sauf des filles, si elle est conçue du vivant du *de cujus*, et après l'émancipation, peut invoquer les droits d'hérédité prétorienne, à l'aide de la représentation.

D. Pourquoi dites-vous *native... sauf celle des filles, conçue du vivant du de cujus ?*

R. Parce que les descendants des filles, d'une part, ne peuvent être assimilés aux *sui* : parce que, d'autre part, la vocation prétorienne est subordonnée à la parenté et qu'il n'y a pas de parenté du *de cujus*, soit avec les enfants adoptifs de ses descendants émancipés ou donnés en adoption et devenus libres, soit avec les enfants natifs conçus d'eux après sa mort.

D. N'avons-nous pas vu, cependant, que l'adoption engendre la cognation ou parenté naturelle ?

R. Oui, comme conséquence de l'agnation, parce qu'on ne peut être agnat sans être cognat. Mais lorsqu'un fils émancipé consomme une adoption, ce fait est indifférent pour son père, vis-à-vis duquel les liens de l'agnation ont été rompus.

D. Pourquoi ajoutez-vous *conçue après l'émancipation?*

R. Parce que si cette postérité a été conçue avant l'émancipation, à moins que le *pater familias* l'ait ultérieurement libérée, elle est en sa puissance directe et jouit du titre d'héritiers siens.

D. Ne peut-on voir le fils émancipé, dans la succession de l'aïeul, concourir avec les petits-enfants ou arrière-petits-enfants, malgré la différence de degré?

R. Oui, dans le cas où les petits-enfants sont demeurés en puissance. Ils sont appelés par le droit civil, tandis que leur père l'est par le droit prétorien.

D. Dans quelle proportion se fait ce concours ?

R. Suivant ici les principes du partage par souche, où les représentants ne sauraient prendre plus que le représenté, le préteur décide que le fils aura une moitié de la part afférent à la souche et les petits-fils l'autre moitié entre eux. Le même concours, le fils mort, peut se produire entre le petit-fils donné en adoption ou émancipé et les arrière-petits-enfants demeurés en puissance.

R. En cas de refus de l'enfant émancipé, sa postérité peut-elle le représenter ?

R. Oui, comme on vient de le voir, quand, demeurée en puissance de l'aïeul, elle est appelée par le droit civil; non, si les petits-enfants sont sous la puissance de leur père ou émancipés par lui, car il n'y a pas dévolution dans l'ordre des descendants.

D. Quelle obligation impose la vocation prétorienne aux *bonorum possessores ?*

R. La *collatio bonorum*, comme on l'a déjà vu;

le rapport, par les enfants sortis de la puissance du *de cujus*, de tout ce dont la *familia* se serait enrichie par eux, s'ils fussent demeurés sous le principe de l'acquisition pour le *pater familias* commun.

D. La *collatio* est-elle due dans tous les cas ?

R. Non, elle ne l'est qu'aux héritiers siens, souffrant de la rescision prétorienne du fait qui a mis les *bonorum possessores* hors de la famille.

D. Expliquez cela par des exemples.

R. Un père meurt, laissant trois fils. L'un d'eux est émancipé ; la loi ne reconnaît donc que les deux autres et divise l'hérédité en deux parts; mais le préteur en fait trois. Les deux enfants siens sont lésés et ont droit à la *collatio*. Supposons trois enfants, émancipés, ou donnés en adoption, ou par coemption : nul n'est sien ; nul n'a qu'à se louer du droit prétorien, et, quelque écart qu'il y ait entre leur âge au temps où ils sont sortis de la famille, nul n'a droit d'imposer aux autres la *collatio bonorum*. Supposons enfin deux fils, Primus et Secundus. Primus, émancipé, a laissé ses enfants dans la famille. En droit civil, l'hérédité doit se diviser, moitié pour les enfants de Primus, moitié pour Secundus. Si donc Primus vient, par la *bonorum possessio*, prendre la moitié de la part afférente à sa propre souche, il ne fait nul griet à son frère Secundus. Il fait donc la *collatio* à cette seule souche, dans le premier sous-partage entre lui et ses enfants.

D. Qu'y a-t-il de particulier quant aux donations de dot ou antipherne ?

R. C'est que, lorsque ces donations sont profectices, c'est-à-dire venant du *pater familias*, père ou aïeul, elles sont sujettes en tout cas au rapport, par les enfants venant *ab intestat* à sa succession, même quand ils sont héritiers siens, ou que, venant comme *bonorum possessores*, ils ne font grief à personne.

D. Quelles différences y a-t-il entre la *collatio bonorum* et le rapport en droit français ?

R. Principalement que la *collatio bonorum* se fait des biens qui eussent dû entrer dans le patrimoine du *de cujus*, mais n'y ont jamais été, qu'en outre elle n'est due qu'à certains héritiers; que le rapport, au contraire, est dû à tout copartageant, mais seulement des biens sortis par donation du patrimoine du *de cujus* et dont le donataire retient les fruits capitalisés. (C. C. art. 843 et s.)

D. Les empereurs n'ont-ils pas corrigé les 12 Tables?

R. Oui. Par une constitution de 389, Théodose, Valentinien et Arcadius se sont attachés à corriger le troisième grief que faisait cette loi au droit naturel, à l'endroit des descendants des filles, qui n'avaient nulle vocation directe ni par représentation aux biens de leur aïeul, parce que les enfants de nos filles n'entrent pas en notre puissance.

D. Quelle est leur réforme?

R. On décide que le sexe de leur auteur féminin, médiat ou immédiat, ne sera plus opposé à ces descendants, qui succèderont à tous leurs aïeuls.

D. Mais ne demeurent-ils pas en condition inférieure, quant à la quotité?

R. Oui, les petits-enfants par une fille, les arrière-petits-fils issus d'une fille ou d'une petite-fille, peuvent se trouver vis-à-vis d'héritiers siens ou d'agnats. Dans le premier cas, ils concourent et perdent, sur leur souche, un tiers, bonifié aux souches des mâles. Quand il y a seulement des agnats, qui eussent jadis pris exclusivement le titre d'héritiers, il ne l'auront plus; mais, comme un hommage à l'ancien droit, on leur accorde un quart de l'hérédité.

D. Quel est le caractère de cet abandon?

R. On peut l'appeler quarte théodosienne. C'est une nouvelle imitation de la quarte falcidie, comme le dit la constitution de 389, recueillie au code théodosien.

D. Vous oubliez qu'il peut y avoir aussi con-

cours avec des fils ou descendants par les fils, sortis de puissance et héritiers prétoriens.

R. La constitution n'en fait pas expressément mention et l'on peut croire qu'il n'y a pas de réduction imposée aux descendants des filles, en faveur des émancipés, qui leur sont inférieurs.

D. En quoi donc?

R. En ce que la réforme faite pour les premiers l'à été par une constitution qui leur donne le titre d'héritiers civils ; tandis que, pour les derniers, le droit prétorien n'avait que la *bonorum possessio*, qui longtemps est demeurée *sine re*, sans détention effective des biens.

D. Quelles ont été les premières dispositions de Justinien sur notre sujet?

R. Elles sont au nombre de deux : elles concernent les descendants des filles et les enfants donnés en adoption.

D. Quelle est la disposition pour les premiers?

R. Elle supprime la réduction qui leur était imposée, mais seulement dans le rapport des agnats.

D. Comment expliquer cette réforme partielle?

R. La réduction en faveur des héritiers siens était fort logique, aux yeux des Romains, certes et c'est pourquoi Justinien la maintint encore jusqu'aux Novelles (nov. 18 c. 4). Il paraissait étrange, au contraire, qne les agnats eussent une remise sur une hérédité dont ils ne portaient nullement le titre.

D. Quel était le vice subsistant quant aux enfants donnés en adoption?

R. Pour avoir appartenu successivement à deux familles, il pouvait se faire qu'ils eussent deux fois succession; il arrivait aussi parfois qu'ils ne fussent apportionnés nulle part, si le *pater adoptivus* les émancipait après le décès du *pater naturalis* et que ni l'un ni l'autre ne les eût gratifiés de legs ou d'institution.

D. N'y avait-on pas porté un premier remède?

R. Oui, mais restreint. Quand un fils était adopté *tribus maribus*, un sénatus-consulte Sabinien, porté sous Marc-Aurèle, croit-on, décidait qu'il devenait légitimaire dans la famille de l'adoptant, au quart des biens duquel il avait droit. C'est ce qu'on nomme la quarte sabinienne.

D. Quelle est la disposition de Justinien?

R. C'est la const. 10 *de adoptionibus*, que nous avons déjà analysée, au siége de cette matière. L'empereur y distingue l'adoption faite par un étranger de celle consentie à un ascendant. En ce dernier cas, il n'innove rien, ne pensant pas que l'enfant ait à craindre aucune surprise. Quant à l'autre adoption, elle ne fera plus sortir celui qui en est l'objet de sa famille native, et, néanmoins, elle le rendra héritier *ab intestat* dans la nouvelle maison. De cette façon, l'adopté, retenant son titre de légitimaire vis-à-vis de son père ou de son aïeul, est assuré d'avoir une succession, et, s'il n'y a pas de testament valable du *pater adoptivus*, il en recueillera une seconde.

D. N'y a-t-il pas un cas où l'adopté est légitimaire *in extranea familia?*

R. Oui; c'est celui où l'adopté était un petit-enfant, qui, au décès de son *avus* ou *proavus* a été primé par son auteur et n'a pas trouvé succession dans la famille naturelle. L'adoption alors a son entier effet, comme celle faite par un ascendant.

TITRE II

Succession de l'ordre des agnats (et des collatéraux qui leur furent assimilés.)

Section 1re. — *Sous la loi des 12 Tables et la jurisprudence intermédiaire.*

D. Que sont les agnats?

R. Tous ceux qui ont coexisté réellement ou fictivement dans la cité et la *familia*, unis par la parenté au moyen de mâles, ou l'effet de la *manus*.

D. Pourquoi dites-vous : *ont existé?* Vous n'avez pas dit ainsi à la matière de la tutelle.

R. Parce que quand, de deux agnats, l'un est appelé à succéder à l'autre, c'est qu'ils ont cessé de coexister. Il en est autrement pour la tutelle qui suppose la survie du tuteur et du pupille, réciproquement agnats.

D. Pourquoi dites-vous : *réellement ou fictivement* ?

R. 1° Pour faire, comme dans la définition des héritiers siens, la part des deux fictions de la conception et du *postliminium*. Un homme meurt ; il aura pour héritiers, parmi ses frères ou sœurs agnats, celui conçu déjà des œuvres de leur père commun, décédé avant le *de cujus*, et celui qui aurait été en captivité durant toute la vie du *de cujus*, s'il revien

ensuite. Il n'a cependant en réalité jamais existé avec eux, *in rerum natura*, dans la cité et dans la famille.

2° Pour comprendre dans la définition ceux qui auraient été ensemble *in familia* si leur auteur commun eût vécu indéfiniment.

D. A quel rang sont appelés les agnats?

R. Aux successions des citoyens, à défaut d'héritiers siens, d'après la loi des 12 Tables; à celles des citoyennes, au premier rang, puisqu'elles n'ont pas d'héritiers siens.

D. Les agnats ont-ils toujours été appelés ainsi à l'hérédité des femmes?

R. Oui, jusqu'à l'époque où le sénatus-consulte orphitien est venu donner vocation sur leurs biens aux enfants, simples cognats.

D. Les agnats ont-ils toujours été appelés à l'hérédité des citoyens après les héritiers siens?

R. Non, les modifications, dont nous avons parlé dans le titre précédent, au droit originaire, ont successivement reculé la vocation de cet ordre.

D. Expliquez cela par une espèce.

R. Supposons un citoyen, qui meurt, laissant un fils en puissance, un autre émancipé, les petits-enfants issus de sa fille prédécédée, et, enfin, son frère agnat. Sous le régime des 12 Tables, le fils en puissance est seul héritier; et, ce serait l'agnat, si cet enfant, survivant à son père, était mort néanmoins avant l'ouverture de la succession. Sous le droit prétorien, il suffit qu'un des deux fils puisse demander les biens, pour exclure l'agnat. Après Théodose, il serait écarté, sauf l'abandon du quart, même par les petits-enfants.

D. Vous avez dit que la possession de biens avait été longtemps inefficace?

R. Oui, au début, le préteur remettait les biens au *bonorum possessor*, par exemple au fils émancipé, et, sur la demande de l'héritier civil, il prononçait ensuite son éviction.

D. Pensez-vous donc que, jusqu'au temps de Justinien, où l'on admet que toutes les possessions de biens sont effectives, *cum re*, les agnats pussent succéder en réalité, quand il y avait des enfants reconnus du seul droit prétorien ?

R. Bien loin de là ! D'abord, il est inadmissible que les auteurs de la constitution de 389 aient donné la vocation civile aux descendants des filles, qui n'ont jamais pu être siens, si les enfants qui ont simplement perdu ce titre n'avaient pas joui dès lors, *prætoris auxilio*, d'une vocation efficace. Ensuite, dans l'exposé que fait Justinien du calcul du *pater adoptivus* (Titre I, § 10 *in fine*), il montre qu'à une époque bien antérieure à Théodose, le préteur pouvait, en donnant la possession de biens *unde liberi*, là où il n'y avait pas d'héritiers siens, exclure les agnats. Enfin, divers autres textes, relatifs soit à cette possession de biens, soit à celle *contra tabulas*, qui lui correspond en matière de testament, fournissent la même démonstration (Gaï. II, 126; III, 26; L. 13 pr. *de bon. poss. contra tab.*)

D. L'ordre des agnats, appelé, l'était-il en masse?

R. Non, il l'était, comme nous l'avons vu à la tutèle, dans la personne seulement du plus proche. S'il y avait plusieurs agnats, ils partageaient par tête.

D. D'où vient cela?

R. De l'exclusion de la représentation. Ce principe permettrait de niveler l'inégalité des degrés; par exemple, les neveux du défunt lui devraient de succéder avec les frères, leurs oncles survivants. De même, à égalité de degré, les agnats pourraient partager par souche, ce qui ne se voit jamais.

D. Cela n'arrive-t-il pas parfois à un résultat bizarre?

R. Oui, supposons que les neveux, de frères prédécédés, soient deux dans une souche et dix dans l'autre; les deux branches, qui ont pris part égale

dans la succession de l'*avus*, auteur commun, prendront part inégale dans celle de l'oncle. Les deux neveux mettront 2/12 dans leur branche, et il y aura 10/12 dans l'autre. Ça été, selon moi, corrigé par la législation des Novelles.

D. N'avez-vous pas à exposer une modification à la loi des Douze-Tables, qui vint assimiler la vocation successorale des agnats à celle pour la tutelle?

R. Oui, c'est l'exclusion des femmes, par les prudents.

D. Comment cela se fit-il?

R. Nous avons parlé, aux Testaments, de la loi Voconia, portée vers l'an 585 de Rome, et qui défendait d'instituer les femmes, même pour une once, dans les successions opulentes, c'est-à-dire supérieures à 100,000 as. A une époque demeurée incertaine, la jurisprudence étendit cette exclusion, des successions testamentaires à celles légitimes.

D. Qu'a de remarquable cette disposition dans notre historique?

R. C'est qu'elle intervient, trois siècles au moins après la loi des Douze-Tables (peut-être sous Auguste), pour la corriger dans un sens politique et rigoureux.

D. Cette extension eut-elle lieu sans restrictions?

R. Non. D'abord, comme la loi Voconia ne s'appliquait qu'aux hérédités opulentes, nous supposons, malgré la réserve des commentateurs sur ce point, que la jurisprudence ne l'étendit pas aux successions légitimes sans maintenir la distinction. En second lieu, elle excepta de l'exclusion les sœurs consanguines, c'est-à-dire nées du même père que le défunt et demeurées dans la famille.

D. Pourquoi insistez-vous sur cela : *demeurées dans la famille?*

R. Parce que leur sortie, leur dégradation d'état, leur aurait enlevé le titre d'agnates.

D. Faites des espèces pour expliquer la jurisprudence.

R. Supposons un homme qui laisse 80,000 as, ses oncles et tantes paternels, avec le père et la mère de deux des oncles, nul enfant. A l'exclusion du grand-oncle et de la grand'tante, agnats au 4e degré, l'hérédité sera divisée par tête entre les oncles et tantes, qui le sont au 3e. Supposons que le même ait laissé 120,000 as, et en outre des frères et sœurs consanguins. Ici, les frères et sœurs succèderont seuls, par tête. Enfin, feignons que ces derniers sont morts avant l'ouverture de la succession ; le second degré d'agnation faisant alors défaut, le troisième est appelé; mais les oncles seuls prennent part, non les tantes, exclues par leur sexe, que ne rachète pas la consanguinité.

D. Supposez que le défunt opulent laisse un frère, une sœur et sa mère, la mère commune, qui vivait *in manu* dans la *familia* avant qu'elle fût dissoute par le prédécès ou la condamnation du *pater-familias;* qui succèdera?

R. Les trois personnes; car on ne peut douter que la matrone, qui était *loco sororis*, vis-à-vis du défunt, jouisse, comme la sœur, du privilége de consanguinité.

D. La jurisprudence que vous venez d'exposer n'a-t-elle pas eu un résultat peu logique?

R. Oui, d'altérer la réciprocité originaire des droits successifs. Que votre tante paternelle meure, (*amita*),vous lui succédez. Si vous êtes le *de cujus*, son sexe l'exclut du partage de vos biens. En outre, il en résulte une altération des bases méthodiques des droits de famille. Le sexe n'avait jamais, quant à la succession et à beaucoup d'autres points de vue, été opposé aux membres de la famille, mais seulement à leurs descendants. L'ordre des agnats était un; maintenant il est scindé: agnats, agnates; agnates privilégiées, agnates ordinaires.

D. Les agnats peuvent-ils être écartés par l'éloignement de leur degré, s'il n'y a aucun parent plus proche de leur ordre?

R. Non : leur vocation est indéfinie.

D. Comment acquièrent-ils la succession ?

R. Par adition, comme héritiers volontaires.

D. Qu'advient-il si le plus proche agnat refuse l'hérédité ?

R. Elle passe, non pas au degré, mais à l'ordre suivant, les gentils. S'il n'y avait pas de gentils (s'agissant de l'hérédité d'un plébéien), et, plus tard, dans toute succession, quand cet ordre fut supprimé, il y avait déshérence, d'après le droit civil.

D. Mais le préteur n'y pourvoyait-il pas?

R. Oui, désireux que les biens ne demeurassent pas vacants, attribués au fisc, et tant de parents frustrés auxquels n'avait pas pensé la loi, il ouvre ici sa possession de biens, *unde cognati*, où tous sont appelés éventuellement, avec préférence aux plus proches et dévolution de degré à degré.

D. Si l'agnat, second en degré, veut éviter de voir ouvrir la possession de biens *unde cognati*, où il aurait moins bon rang, ne peut-il recourir à un expédient ?

R. Oui, s'il veut tenter la liquidation de la succession, il peut demander au plus proche agnat de lui céder son titre. Malgré le défaut de dévolution, il est alors le véritable héritier de droit.

D. N'y a-t-il pas d'autres faits que le refus d'adition pour amener la déchéance de l'ordre?

R. En effet. Il en est de même si le plus proche agnat meurt avant de faire adition, ou devient incapable de quelque autre manière.

D. Mais direz-vous que l'ordre est défailli, si le défunt a laissé des frères, avec un héritier institué sous condition, et qu'au jour de la défaillance de la condition, il n'y ait plus que des oncles ou autres agnats plus éloignés?

R. Non, parce qu'ici la succession s'est ouverte à une époque postérieure à la mort du *de cujus*, qu'il n'y a d'appelés que les personnes en rang utile à ce moment, et que, dans l'intervalle, la composition des

héritiers présomptifs peut changer, comme on l'a vu, pour le premier ordre.

D. Si, au lieu d'un seul, on trouvait plusieurs agnats au plus proche degré, à l'ouverture de la succession, et que, de deux, il y eût refus ou décès avant l'adition, l'ordre serait-il déchu pour partie?

R. Non, ce serait le cas d'appliquer l'accroissement, que nous avons étudié aux Testaments.

D. Pourquoi n'avez-vous pas parlé de l'adition et de l'accroissement à propos du premier ordre?

R. Parce que cela est à peu près sans intérêt pour les héritiers siens, qui sont héritiers nécessaires, l'accroissement étant une suite de l'adition. Toutefois, il pourrait y avoir lieu, soit pour l'époque où ils sont devenus héritiers volontaires, soit pour les simples *bonorum possessores*.

D. Comment s'opère ici l'accroissement?

R. Rien n'est plus aisé à comprendre, après ce que nous en savons, puisque, le partage se faisant par tête, on ne rencontre pas même la complication des institutions d'héritiers conjoints. Sans tenir nul compte du nombre d'appelés au jour de l'ouverture, on compte le nombre des aditions, et il fournit le dénominateur de la fraction formant la part de chaque acceptant. Supposons les neveux appelés et issus de deux frères du défunt, deux du premier, dix du second; supposons que l'un du premier groupe et deux du second soient incapables ou répudiants, leur part est réservée à la masse, et non à leur souche, puisqu'on ne tient pas compte des souches et qu'on fait un partage simple, unique. Les parts seront donc des 9es, au lieu d'être des 12es.

D. Si l'un des acceptants meurt après son adition, bénéficie-t-il des événements ultérieurs, qui amènent le défaut des appelés, refus, décès, etc.?

R. Oui, nous savons que l'accroissement s'acquiert par suite d'une sorte d'accession, et sans adition nouvelle de chaque fraction venant s'adjoindre à celle pour laquelle on avait originairement accepté.

Section 2e. — *Sous les constitutions impériales.*

D. A qui faisait grief la législation que vous venez d'exposer?

R. 1° Aux ascendants paternels, qui, pour les avoir émancipés, ou donnés en adoption, en *manus*, étaient privés des biens acquis par leurs enfants;

2° Aux fils de famille émancipés;

3° A ceux donnés en adoption, aux femmes données ou acquises *in manu*, auxquels ces faits, produisant la dégradation d'état, faisaient perdre l'hérédité de leurs frères, sœurs, oncles et tantes paternels, neveux et petits-neveux de frères, cousins germains de frères (*fratres patrueles*), etc.

4° Aux descendants des femmes agnates, qui n'avaient pas les droits que la loi des Douze-Tables assurait à leur mère; une sœur, par exemple, succédant à son frère, sans que ses enfants fussent appelés; la tante paternelle succédant aux neveux de frère, sans que ses fils (*amitini*, cousins germains), eussent aucun droit;

5° A plus forte raison, aux descendants des femmes non agnates, aux frères et sœurs utérins, par exemple, et à leur postérité.

D. Le préteur, pour y remédier, a-t-il étendu l'ordre des agnats, comme celui des héritiers siens?

R. Nullement. Cet ordre reposant exclusivement sur la parenté civile, il ne tendait qu'à le restreindre et s'empressait d'en proclamer la déchéance, quand il y avait lieu, au profit des cognats.

D. La *bonorum possessio unde cognati* n'était-elle pas, en effet, un remède à tous ces griefs?

R. Oui, à toutes ces exclusions, mais fort insuffisant, parce qu'elle ne s'ouvre qu'à défaut de l'ordre des agnats et même des gentils.

D. Expliquez cela par un exemple.

R. Un homme laisse deux frères émancipés, deux tantes paternelles agnates, un cousin agnat au 13e degré et pas de gentils. Le droit civil n'appelle ni les frères, parce qu'ils ne sont plus agnats, ni les tantes, à cause de leur sexe; si donc le cousin peut et veut recueillir, toutes ces personnes seront frustrées. Si, au contraire, on est à même, en sa personne, de proclamer la déchéance de l'ordre des agnats, la possession de biens *unde cognati*, sera donnée aux frères; en cas d'incapacité d'eux, aux tantes. Mais il se peut fort bien qu'il n'y ait pas de déchéance.

D. Fit-on quelque changement avant Justinien, et en faveur de qui?

R. Il est probable, comme nous le verrons plus loin, qu'en faveur des frères et sœurs, oncles et tantes paternels du *de cujus* émancipé, la *contracta fiducia*, employée au moment de son émancipation vint fournir un expédient pour leur assurer l'hérédité. Mais on ne connaît rien de positif sur ce point. La première modification à citer est donc une constitution d'Anastase, perdue, de 498, en faveur des frères et sœurs émancipés.

D. Quelle est cette réforme?

R. C'est à peu près celle que, bien auparavant, le préteur avait faite pour les descendants émancipés, la rescision de leur émancipation.

D. N'est-elle pas, à la fois, plus étendue, quant à sa nature, et plus restreinte, quant à ses effets?

R. Elle est plus étendue, en ce que la vocation venant à ces ex-agnats d'une constitution impériale, les fait héritiers civils et non prétoriens. Elle est plus restreinte : 1° en ce qu'elle ne s'étend qu'à eux, et non à leur postérité; 2° en ce qu'elle les laisse amoindris quant à la quotité.

D. Quelle réduction supportent-ils?

R. On n'en sait que ce que dit Théophile, qui, supposant deux frères, l'un agnat, l'autre émancipé, en concours sur les biens d'un troisième, défunt, donne au premier deux fois plus qu'à l'autre.

D. Pouvez-vous, d'après cela, induire le procédé de répartition ?

R. Je pense que c'est un partage par tête, où l'on prend pour deux tout agnat. A ce compte, deux frères, l'un agnat, l'autre émancipé, nous donnent le dénominateur 3, indiqué par Théophile. Dix frères ou sœurs, dont quatre agnats et six émancipés, cela donne pour dénominateur 14 : les premiers ont chacun 2/14, les autres 1/14.

D. Justinien a-t-il aussi réformé les dispositions pour l'ordre des agnats?

R. Oui, ses réformes, qui ont le caractère de demi-mesures, en regard de ce qui a suivi, sont relatives aux agnates, aux descendants des émancipés, aux donnés en adoption, à quelques descendants des femmes, notamment aux frères et sœurs utérins et à leurs enfants.

D. Que fait Justinien par rapport aux agnats?

R. Il rétablit purement et simplement la loi des Douze-Tables, qui ne faisait nulle distinction entre les agnats, à raison du sexe.

D. Quant aux frères et sœurs émancipés?

R. Il y a à cet égard deux dispositions, dont la première confirme simplement celle d'Anastase (Inst. III, V, § 1). La seconde est une constitution de 534, supprimant les deux restrictions de la réforme d'Anastase : 1° Les frères et sœurs émancipés n'ont plus d'infériorité dans le partage avec des non émancipés; 2° leur descendants au premier degré reçoivent vocation directe.

D. La disposition est alors pleinement semblable à celle par laquelle le préteur restituait les fils et filles contre l'émancipation.

R. Non; il y a plusieurs différences.

1° Ces derniers sont *bonorum possessores* ;

2° La vocation est étendue à tous les degrés de leur descendance;

3° Mais seulement en faveur de celle des fils;

4° Cette vocation a lieu par représentation, tandis que ce principe restera inconnu, jusqu'aux Novelles, dans l'ordre des collatéraux.

D. Montrez par une espèce la différence pratique.

R. 1° *Succession des descendants* : Un homme meurt, laissant un fils, 1^us^, en puissance; d'un autre fils, 2^us^, émancipé depuis plusieurs années, il avait cinq petits enfants cognats. Ces descendants sont appelés et prennent moitié de la succession, par représentation de leur père et dans un partage par souche.

2° *Succession des collatéraux* : Un homme laisse un frère, 1^us^, demeuré en puissance jusqu'au décès du *parens*, avec lui. D'un autre frère 2^us^, dès longtemps émancipé, il avait cinq neveux cognats. Le frère 1^us^ est le plus proche agnat et prend tout. Pour que la vocation, purement directe, des neveux cognats leur servît dans l'ordre des agnats, il faudrait compliquer l'hypothèse, et supposer que 2^us^ est également mort, laissant, par exemple, deux fils ou filles non dégradés d'état. Le 3° degré est seul appelé en ce cas, et on y voit venir ensemble d'une part les neveux issus de 2^us^, qui ont toujours eu le titre d'agnats et ceux issus de 1^us^, qui ne l'ont jamais été.

D. Mais, s'il n'y a pas de représentation, expliquez comment l'empereur appelle, non-seulement les enfants des fils émancipés, mais encore ceux des filles, qui n'eussent pas eu de vocation, si leur mère fût demeurée dans la famille.

D. On ne peut concilier cela avec les principes; la représentation ne le justifierait pas davantage, parce qu'elle ne donne pas le droit de succession à ceux qui ne l'avaient déjà, éventuellement. C'est une tentative de subversion que nous avons déjà mise en saillie, qui s'accusera mieux encore par la suite et qu'il faut expliquer par sa date, si voisine de l'époque où Justinien détruit les effets, dans la succession, de l'agnation, base surannée de la législation successorale ancienne.

D. Quelle est la réforme quant aux frères et sœurs utérins et à leur postérité ?

R. Elle se trouve dans deux constitutions, l'une de 528 et l'autre de 534. L'empereur appelle les frères et sœurs, ainsi que leurs enfants (1er degré seul de la descendance), toutes personnes qui n'ont pu être agnats, à concourir dans l'ordre de ce nom ; dont c'est le bouleversement bien plus marqué.

D. N'y avait-il pas injustice à classer ainsi les parents naturels des 2e et 3e degrés dans l'ordre des agnats, en laissant dans un ordre plus reculé le père et la mère, qui sont d'un degré meilleur ?

R. Non, parce qu'on avait extrait ces personnes de l'ordre des cognats. La mère avait reçu des droits de succession équitables et nous verrons aussi que le père était toujours classé parmi les agnats.

D. Quelle est la réforme pour les frères, sœurs et autres agnats donnés en adoption ?

R. Celle que nous avons exposée précédemment.

D. N'y a-t-il pas encore une réforme ?

R. Oui ; c'est l'admission générale de la dévolution, qui ressort des Instituts (hic § 7).

D. Expliquez-en les conséquences.

R. Dorénavant, par exemple, le 1er degré d'agnation écarté, comme incapable ou répudiant, l'hérédité est successivement offerte au 2e et au 3e, etc.

D. Mais, alors, la déchéance de l'ordre des agnats est presque impossible, (puisqu'il y a vocation dans cet ordre *etiam longissimo gradu*) et la vocation de l'ordre des cognats indéfiniment reculée, bien qu'il mérite toute la faveur des sentiments naturels ?

R. Il faut observer que le caractère de l'ordre civil des agnats et de l'ordre prétorien des cognats a singulièrement changé depuis que Justinien a fait passer dans le premier les plus proches des parents jadis appelés seulement au second.

D. Quels sont les degrés qui ont passé ainsi de l'un dans l'autre ordre ?

R. Le premier degré pour le père, comme nous allons le voir, et parfois l'*avus*; le second, pour la ligne collatérale; le troisième de la même ligne, mais seulement pour les neveux et nièces, non pour les oncles ou tantes; c'est-à-dire qu'il suffit d'être père, frère, sœur, neveu, nièce, du défunt pour être traité comme son agnat, sans distinguer si on l'est demeuré, si on a cessé de l'être ou si on ne l'a jamais été.

D. Cela mène, non-seulement en droit, mais en fait même, à des résultats bien choquants. Supposez la famille offrant un frère utérin, une tante maternelle, un cousin agnat au 13e degré, du défunt. Le frère refuse la succession. Elle est alors offerte au cousin, et le 13e degré passe ainsi avant le 3e, parce que l'ordre des cognats n'a pu s'ouvrir!

R. Je ne défendrai pas cette législation de Justinien. C'est bien même, si je ne me trompe, par le désordre, les conséquences bizarres qui en ressortirent, que l'empereur, dix ans seulement après ces réformes, fut conduit à en faire une radicale, où il supprime ce qui restait de priviléges à l'agnation.

TITRE II (bis)

(De l'ordre des gentils. Succession des ascendants paternels.)

Section 1re. — *Ordre des gentils.*

D. Que sont les gentils ?

R. C'est là une des questions les plus obscures que présente notre étude, comme nous l'avons dit. La gentilité était une source de droits importants, notamment en fait de tutelle et de succession ; mais elle s'est perdue d'assez bonne heure pour que nos auteurs soient presque muets à son égard. Pour la définir, plusieurs systèmes ont été faits. Les plus importants sont ceux de Sigonius, d'Hotoman, de Niebühr et d'Holtius.

D. Présentez le système de Sigonius.

R. L'auteur des *Noms des Romains* expose que l'individu était désigné chez eux par plusieurs dénominations : le prénom à lui propre ; le nom indiquant la gent dont il est originaire ; le surnom, la famille de cette gent à laquelle il se rattache plus particulièrement ; l'*agnomen*, la maison au milieu de laquelle il a pris naissance. La gent est la réunion de plusieurs familles de même extraction ; les membres sont gentils les uns des autres, quand ils sont reliés exclusivement par des mâles. En appelant à l'hérédité de

l'individu les descendants siens, les agnats et les gentils, la loi a pris une progression très-logique et méthodique de l'un à l'autre de ces cercles concentriques : la maison, la famille, la gent.

D. Quelle objection faites-vous à ce système?

R. Ces deux-ci : 1° à raison de la définition large, compréhensive, que nous avons des agnats, dans les personnes unies par les mâles, que Sigonius qualifie de gentils, nous ne pouvons voir autre chose que des agnats; 2° à son compte, la gent serait commune à toutes les classes de citoyens; tandis que de nombreux textes nous l'indiquent, au contraire, comme un privilége des patriciens.

D. Quel est le système d'Hotoman?

R. Etayé sur un mot de Justinien : *Etsi decimo gradu sit* (Inst. III, V, § 5), il divise en deux classes les personnes unies par les mâles. Jusqu'au dixième degré, ce seraient des agnats; au-delà, des gentils.

D. Qu'objectez-vous à ce système?

R. Simplement ceci : l'ordre des agnats défailli sur le 4e ou 5e degré, nous savons qu'il n'y a pas de dévolution au 6e ou 7e, etc., mais qu'on passe aux gentils. Or, les gentils seraient les personnes de la même classe, mais au-delà du 10e degré. Est-ce admissible?

D. Quel est le système de Niebühr?

R. L'éminent historien conjecture qu'il y eut à l'origine une agrégation de familles patriciennes, cantonnées sur leurs divisions respectives du sol romain, et unies seulement par le lien politique. Chaque famille ou *gens* comprend naturellement des esclaves, des affranchis, des clients. Il y a là un ensemble des idées que réveillent chez nous les mots de *quartier, paroisse, clan, manoir*, etc.

D. Quel est le système d'Holtius?

R. Ce système, brillamment réédité par M. Ortolan, rattache la gentilité au patronage, dont elle ne serait que la conséquence affaiblie. Il y aurait une

progression chronologique et descendante du droit de puissance dominicale à celui de patronage, et au droit de gentilité. Il est certain que le patron a des droits même sur les enfants de l'affranchi; et, activement, le patronage est également transmis à la première génération de la postérité du patron. La gentilité serait donc la supériorité de sa race sur celle de l'affranchi: une application, isolée encore, du principe du droit seigneurial.

D. Quel système préférez-vous?

R. La vérité ne semble avoir été trouvée par l'un des deux derniers. Le parallélisme, l'esprit de déduction, qui règnent dans les institutions romaines, ne permettent guère de croire que la suprématie du patron sur l'affranchi s'arrêtât à la première génération de l'un et de l'autre; et cette considération porte à admettre pleinement le système d'Holtius. D'autre part, celui de Niebühr n'est pas sans y répondre dans une certaine mesure, et il explique, en faisant de la gentilité une institution des origines de Rome, comment elle s'est perdue d'assez bonne heure. Aussi ce système est-il peut-être plus généralement suivi.

D. L'ordre des gentils pouvait-il être appelé en toutes les successions?

R. Non; d'après ce qui précède, on voit qu'il n'en pouvait être question dans la succession de celui dont la race, toujours ingénue ou remontant au cantonnement de Rome, n'avait jamais renfermé d'élément servile.

D. Comment l'ordre était-il appelé?

R. On peut observer que les Douze-Tables, après la vocation du *proximus agnatus*, disent: *Familiam gentiles habento.* Mais cette différence de rédaction n'est pas suffisante pour faire admettre que les biens d'un descendant d'affranchi ou de client fussent dévolus à toute la gent, et non au chef de famille le plus rapproché.

D. A quel moment se perdit cette succession?

R. Cicéron en parle encore, ainsi que Suétone, dans la *Vie de César*; mais elle n'existait plus aux temps de Gaïus et d'Ulpien.

D. Comment fut-elle remplacée?

R. Par la succession prétorienne des cognats, qui s'ouvrit dès lors dans toute hérédité, en cas de déchéance des agnats. On croit même que ce fut le préteur qui, pour faire place aux devoirs naturels dans les successions, y proclama la déchéance de cet antique lien du droit civil, sans doute en refusant la possession *unde legitimi* aux gentils, ou en la leur donnant *sine re*.

Section 2e. — *Succession des ascendants paternels.*

D. Les Douze-Tables réservaient-elles une vocation héréditaire aux ascendants paternels?

R. Non. Il faut, à l'origine, distinguer si le défunt était fils de famille ou s'il est mort *sui juris*. Dans le premier cas, il n'a rien; on ne s'occupe pas de sa succession. Dans le second cas, il laisse un père qui l'a émancipé, ou bien il a été lui-même émancipé par son aïeul, qui avait, au préalable, libéré le père. De toutes façons, il n'a pas d'ascendants agnats, puisque l'émancipation a rompu pour eux l'agnation.

D. L'introduction des pécules a-t-elle modifié ce que vous venez de dire pour le fils de famille?

R. Non, pas précisément. A défaut de testament quant à ceux dont il avait droit de disposer ainsi (castrense et quasi-castrense), tous retournent au *parens*, *jure peculii*, et non *jure hereditatis*.

D. Quel est l'intérêt de cette distinction?

R. Il est très-grand, au point de vue de la suc-

ce ion aux engagements du défunt, je l'ai dit, et particulièrement à l'égard du paiement des dettes.

D. Quant à l'émancipé, à défaut d'héritiers siens, qui lui succédait ?

R. On le traitait en affranchi. Son successeur était le tiers, employé dans l'émancipation et qui l'avait fait sortir de sa condition servile.

D. N'était-il pas étrange de voir le comparse de cette comédie civile recueillir les biens, au détriment de la famille dont l'agnation avec le *de cujus* était rompue ?

R. Oui; aussi, de bonne heure, le préteur y obvint, au moyen de la possession de biens *unde decem personæ*. Avant le *mammissor extraneus*, à son rang même, par conséquent celui des agnats, il appelait les dix plus proches parents du *de cujus*, sans distinguer ceux qui avaient été agnats jusqu'à son émancipation de ceux qui n'avaient jamais pu l'être : le père, la mère, l'aïeul, l'aïeule paternelle ou maternelle, le fils, la fille, le petit-fils, la petite-fille, *ex filio* ou *ex filia*, les frères et sœurs, sans distinguer non plus s'ils étaient germains, consanguins ou utérins, c'est-à-dire reliés au *de cujus* par tel ou tel des parents ou par les deux.

D. La jurisprudence ne trouva-t-elle pas, dans l'effet d'agnation qui résultait du patronage, un moyen de restituer une vocation civile aux personnes qui la perdaient par le fait de l'émancipation ?

R. Oui, à l'aide de la clause de fiducie, insérée dans la première ou la troisième mancipation qu'on employait pour libérer, soit un fils, soit une fille ou des petits-enfants. Comme nous l'avons vu, le *parens* se réserve qu'on lui transférera la propriété *mancipiale*, et acquiert ainsi le titre de *manumissor*.

D. Et d'autres personnes en profitent aussi?

R. Oui, je pense bien qu'à l'époque et dans la mesure où les descendants au premier degré du *manumissor* jouissent des droits de *patronage*, en cas

que le *manumissor* eût disparu de la cité, ses enfants, oncles ou tantes, frères ou sœurs du *de cujus*, gagnent un droit civil de succession à la clause de fiducie.

D. Mais si la jurisprudence avait poussé aussi loin que vous le supposez les conséquences de l'affranchissement du *mancipium*, il en serait résulté, dans le cas d'émancipation d'un petit-fils par un *avus* laissant deux fils, un concours entre eux sur la succession du *de cujus*, c'est-à-dire entre l'oncle et le père.

R. Le préteur l'empêchait sans doute au moyen de l'arbitraire des *bonorum possessiones*, en donnant à l'un celle *unde legitimi* et la refusant à l'autre. Du reste, il devait tenir à combattre cette création de la jurisprudence, trouvant bien plus avantageux de déclarer tous les agnats déchus par l'émancipation et d'ouvrir l'ordre des cognats. Certainement, si les auteurs ne parlent pas de la conséquence du droit de patronage du *parens manumissor* pour ses autres enfants, c'est qu'il fut d'assez bonne heure négligé dans leur rapport.

D. Comment est réglée la succession des ascendants paternels sous Justinien?

R. Par diverses constitutions de Dioclétien et Maximien, Théodose et Valentinien, Léon et Anthémius, ce droit est fixé, sans distinction pour les fils de famille péculés et les gens décédés *sui juris*.

D. Quels sont les ordres d'héritiers?

R. Ce sont: 1° les descendants; 2° les frères et sœurs; 3° le père ou le *manumissor*; 4° la mère concourant avec les sœurs et primant le père en certains cas; 5° les autres ascendants suivant leur degré.

D. La qualité de *manumissor* a-t-elle encore quelque utilité?

R. Oui, car Justinien, suppléant la *contracta fiducia*, a décidé que l'ascendant jadis *pater familias* sera *manumissor* par cela même qu'il s'agit d'un *de cujus sui juris*. Le père n'est pas de plein-

droit dans l'ordre des agnats et cela peut servir encore à l'aïeul ou bisaïeul.

D. Expliquez cela.

R. Un individu meurt *sui juris* ; il a son père et son aïeul, dont il a été émancipé. L'aïeul seul est agnat, comme *manumissor*, et devra exclure le père simple cognat. Hors ce cas, c'est le père qui succède et l'aïeul, s'il l'a retenu en sa puissance, a seulement l'usufruit. De même, le titre de *manumissor*, joint à la présence du père, sert à l'aïeul à primer la mère, comme agnat.

D. Pourquoi l'usufruit dont vous avez parlé? Est-ce un droit de succession?

R. Nullement. Le père de famille a, en général, l'usufruit de toutes les valeurs du pécule adventice du fils ; or, l'hérédité du petit-fils entre au pécule adventice de son père.

D. Vous assimilez pleinement les divers pécules dans la règle de succession posée plus haut. N'y a-t-il donc pas une distinction à faire?

R. Votre question fait allusion à la controverse qu'ont soulevée les mots *jure communi* dont Justinien se sert en parlant du pécule castrense (Inst. II, XII Pr.). Dans un système fondé sur la paraphrase de Théophile, on les traduit par *jure peculii*. Dans un autre, que je crois plus conforme à l'intention de Justinien, qui a soumis pleinement au régime de la succession le pécule adventice, c'est-à-dire les acquisitions de droit commun des fils de famille, ils voudraient dire *jure hereditatis*.

D. Quelle est la différence?

R. Dans le premier système on donne au parent par droit de pécule, c'est-à-dire sans succession et de préférence à tous, le pécule castrense et celui quasi-castrense, qu'à défaut d'indication spéciale on est porté à assimiler au précédent ; le pécule adventice seul serait soumis au régime de la succession. Nous pensons, au contraire, que, sous Justinien, le *jus*

peculii est aboli, ne subsistant que pour le péculo profectice, qui ne saurait aller, au décès du fils, qu'au *parens*, dont il est la propriété.

D. N'y a-t-il pas une distinction au moins à faire entre le *de cujus* fils de famille émancipé ou péculé?

R. C'est une succession en usufruit, fort difficile à justifier et préciser. En cas de concours, avec les frères et sœurs, du père émancipateur, il a l'usufruit de la succession entière. En cas de concours des deux auteurs, les frères et sœurs, outre la nue propriété du tout, ont l'usufruit d'un tiers, l'usufruit, des deux autres est aux père et mère.

TITRE III

Du sénatus-consulte Tertullien, (succession des ascendantes aux diverses époques du droit romain).

Section 1re. — *Sous les 12 tables.*

D. Qu'appelle-t-on les successions nouvelles?

R. Celles établies par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, qui ont créé des droits de succession réciproques entre la mère et les enfants, et les dispositions impériales en faveur de cognats.

D. En quoi les successions légitimes nouvelles diffèrent-elles des anciennes?

R. Les anciennes dérivent des XII Tables et le droit successoral s'y perd par toute *capitis deminutio*, même la *minima*. Dans les nouvelles, fondé sur la cognation, il ne s'éteint que par la dégradation d'état des deux premiers degrés, ce qu'on nomme la *magna capitis deminutio*, et qui détruit même la cognation.

D. Expliquez cela par un exemple.

R. Nous avons vu que, lorsqu'on est simplement sorti de la famille par l'émancipation, la dation en adoption ou en *manus*, on a cessé d'être héritier sien, agnat ou gentil de ceux vis-à-vis de qui on avait ces divers titres. On a donc, du même coup, perdu tous ses droits successoraux puisqu'ils sont attachés à ces titres de sien, agnat ou gentil, à la constitution civile de la famille. En pareil cas, les mères ou enfants n'ont point perdu la vocation qu'ils tiennent des sénatus-consultes, parce qu'elle naît de la *cognatio*, laquelle n'est pas affectée par la *minima capitis deminutio*. Mais la cognation, son effet légal, du moins, ne survit pas à la *magna*. Supposons qu'une femme a été faite esclave, par exemple en vertu du sénatus-consulte Claudien, quand elle aura recouvré la liberté elle sera sans droit à la succession de ses enfants, etc., et *vice versa*.

D. Pour exposer le droit nouveau, quant au sénatus-consulte Tertullien d'abord, dites quels étaient les droits des ascendantes sous les XII tables.

R. On a coutume de dire, d'après les Instituts, que la loi ancienne ne leur offrait nulle ressource; mais, en cela, on fait abstraction de l'effet de la *manus*, dont Justinien a fait partout effacer les traces. La *manus* englobait la femme dans la famille civile et la rattachait, par conséquent, à tous les membres agnats, au même titre.

D. La parenté civile de la femme *in manu* avec ces personnes était-elle de même degré que sa parenté naturelle?

R. Non, bien que cette concordance fût de règle,

ailleurs. Ainsi le frère agnat est un cognat au 2e degré. Celui qu'on adopte comme petit-fils devient agnat et cognat au 3e degré. Mais la femme, devenant une fille pour son mari, ne peut être qu'une sœur pour ses enfants, au point de vue civil, agnate au second degré, tandis qu'elle est, naturellement, leur parente ou cognate au premier. De même, l'aïeule, ascendante au deuxième degré, est tante de ses petits-enfants, agnate au troisième degré au point de vue civil ; et la bisaïeule, ascendante au troisième degré, est agnate au quatrième.

D. Comment succédaient les ascendantes?

R. Quand l'ordre des agnats était appelé et à raison de leur degré d'agnation. La mère, toute autre ascendante, ne peut donc primer ni les héritiers siens ni les descendants que le préteur y assimile. Elle concourt avec les frères et sœurs.

D. Mais c'était une succession tout anormale?

R. Non. On ne peut douter que la *manus* fût très-usuelle. Quand elle ne naissait pas de la *confarreatio* et de la *coemptio*, qui constituaient des rites de mariage, la cohabitation l'amenait bientôt.

D. Mais encore, la vocation de la femme *in manu* était bien précaire. Sur les biens du fils de famille, elle était nulle, puisqu'il ne peut avoir que les pécules, tous réservés au père de famille: et, quant à leurs enfants qu'il rendait *sui juris*, l'émancipation même avait rompu leur lien.

R. Il est vrai ; mais l'enfant pouvait être *sui juris* sans dégradation d'état, le *parens* perdant la cité.

D. Indépendamment de celle-ci, le préteur n'a-t-il pas donné une vocation aux ascendantes?

R. Oui. Dans l'ordre des cognats, c'est à dire à défaut d'agnats

SECTION 2e. — *Sénatus-consulte Tertullien.*

D. A quelle époque fut-il rendu ?

R. L'an 158 de J.-C. sous d'Antonin le Pieux.

D. Quel fut son but ?

R. A la fois d'encourager les femmes à accomplir leur devoir envers l'Etat, en travaillant à sa repopulation et de rendre plus fréquente la succession des mères à leurs enfants.

D. Quelle est sa disposition ?

R. On y édicte que toute mère, jouissant du *jus liberorum*, sera appelée à la succession de ses enfants décédés sans postérité.

D. A quelles conditions a-t-on le *jus liberorum?*

R. Il faut avoir subi un certain nombre d'accouchements, savoir trois pour une ingénue, quatre pour une affranchie. Chacun d'eux doit avoir donné à l'Etat un enfant vivant, né à terme; l'épreuve de la mère ne lui est cependant pas plus avantageusement comptée, s'il en naît plusieurs enfants.

D. En quoi ce *jus liberorum* diffère-t-il de celui par lequel la femme se libère de la tutèle?

R. En ce qu'on tient compte ici des épreuves d'enfantement de la femme, quand même il n'en demeurerait aucun fruit, tandis que, pour se libérer de la tutèle, elle ne peut faire prendre en considération que les enfants survivants, sans acception des défunts, à moins qu'ils aient péri pour la République.

D. N'y a-t-il pas d'autres façons d'acquérir le *jus liberorum?*

R. Oui, la faveur impériale. Un rescrit du prince peut ainsi concéder la faculté de succéder, à une mère qui n'aurait eu d'autre enfant que le *de cujus.*

D. Vis-à-vis de quels enfants le *jus liberorum* donne-t-il succession à leur mère ?

R. Vis-à-vis de tous ceux qui peuvent avoir une

hérédité : ceux légitimes, naturels et même *spurii*. Il n'y a en dehors que les enfants légitimes en puissance, dont le pécule revient au *parens* seul, les enfants adultérins et incestueux, ceux adoptifs envers lesquels la femme n'a aucune parenté.

D. Les femmes succèdent-elles à leurs petits-enfants ou arrière-petits-enfants?

R. Non; la vocation s'arrête à la mère.

D. Quelles différences y a-t-il entre cette vocation et celle résultant encore de la *manus* ?

R. On peut signaler les suivantes :

1° La *manus* se rattache aux anciennes successions, et le sénatus-consulte fait partie des nouvelles;

2° La mère agnate est appelée par la *manus* d'après le rang qu'elle tient de l'agnation; le sénatus-consulte lui donne place aussi dans cet ordre, mais agnate ou non et avec des règles spéciales;

3° La *manus* se prête à toutes les femmes mariées, le sénatus-consulte n'appelle que celles *liberis honoratæ*.

4° La *manus* ne leur donne l'hérédité que des enfants légitimes *sui juris*, non dégradés d'état; le sénatus-consulte les appelle à l'hérédité de tous ceux qui en ont une, sauf les adoptifs;

5° La *manus* seule peut appeler la femme à l'hérédité des enfants adoptifs de son époux;

6° La *manus* peut appeler les femmes à la succession de leurs descendants de tous degrés, le sénatus-consulte seulement à celle des enfants.

D. La femme *liberis honorata* est-elle parfois privée de son droit successoral?

R. Oui, dans le cas où elle a perdu la cité ou la liberté; quand elle est en puissance et que son maître lui refuse le *jussus adeundi*; enfin, au cas où il s'agit de l'hérédité d'un pupille pour lequel elle avait négligé de faire soit nommer un tuteur, soit remplacer le tuteur destitué ou en fuite, ou excusé.

D. Encourt-elle toujours cette peine?

R. Non, elle peut être relevée :

1° Par l'âge, si elle n'avait pas 25 ans ;

2° Par l'insuffisance du délai, quand l'impubère n'était pas dépourvu de tuteur depuis un an ;

3° Par la ratification du pupille, quand, arrivé à puberté, il a négligé de déshériter sa mère, comme il pouvait le faire, en testant.

D. Précisez le rang auquel la mère est appelée ?

R. Cette détermination est assez compliquée. Il faut, en général, envisager un à un, eu égard à la personne et non à l'ordre d'héritiers, tous ceux avec qui la femme peut se trouver en conflit. Mais la règle est celle-ci : Elle est appelée comme agnate, à défaut d'héritiers siens et descendants assimilés. Elle prime tous agnats, sauf le premier degré (le père), et, du second degré, seulement les frères consanguins, quand le conflit s'élève directement entre elle et ce degré. De ce même degré il faut mentionner l'aïeul, que la mère exclut, sans distinguer, au cas où il se trouve seul contre elle, s'il est ou non *manumissor*, et les sœurs avec qui elle concourt, en partageant par tête.

D. Expliquez le conflit direct, pour les enfants et descendants.

R. Un homme laisse son fils et sa mère. Le fils est encore *in adoptivâ familiâ* et n'a de vocation qu'à la possession de biens *unde cognati*. Cela suffit à un descendant du premier degré pour écarter la mère en cas de conflit direct entre eux. Or, il se présente ici. L'ordre des agnats ne peut être représenté que par la mère, donc il est déchu. Mais dans la *bonorum possessio unde cognati*, où le prêteur n'a égard qu'à la proximité de degré, la mère, comme cognate, revient partager. Voilà pourquoi ce n'est qu'au premier degré que les descendants simples cognats excluent la mère. S'il s'agissait ici d'un petit-fils, le sénatus-consulte écarté, dans la possession *unde cognati*, la mère le primerait. Il est superflu, par conséquent, d'écarter le sénatus consulte. Si vous suppo-

sez qu'il y ait un oncle agnat, il n'y a plus de conflit direct, la mère sera préférée au fils simple cognat, écarté par l'agnat, non par elle.

D. Montrez le conflit direct vis-à-vis du père.

R. Supposez que 1us, 2us, 3us, soient trois parents en ligne directe. L'aïeul 1us a émancipé le père et est mort. Tertius, *de cujus*, laisse donc son père, sa mère et, en outre, un oncle demeuré agnat. Le père, qui a perdu ses droits par sa propre émancipation et n'a pu faire celle de son fils, n'est pas agnat. L'oncle est appelé, mais la mère l'écarte. Voici un cas où le père et la mère sont en conflit indirect. Mais supprimez l'oncle et il y a conflit direct. Il se présente encore, si l'on modifie ainsi l'hypothèse. Secundus n'a pas été émancipé et est demeuré en puissance jusqu'au décès de 1us; il a pu lui-même émanciper le *de cujus* et retenir vis-à-vis de lui le titre de *manumissor*.

D. Faites voir les conflits avec les frères.

R. Si un homme laisse des frères consanguins et sa mère, celle-ci est écartée, parce qu'ils sont agnats. Mais s'ils ont été émancipés et qu'il y ait un parent paternel du 3e ou 4e degré, comme, jusqu'à la constitution d'Anastase, les frères et sœurs demeurent déchus de leurs droits d'agnats, le parent les prime et cède à son tour le pas à la mère. Même solution s'il n'y a nul agnat éloigné, la mère primant les frères et sœurs cognats, même en conflit direct.

D. Supposez qu'il y ait à la fois en conflit direct avec la mère des frères et sœurs, par exemple un frère et deux sœurs.

R. Il serait juste, en donnant au frère la part qu'il doit avoir, la mère exclue, soit 1/3, d'admettre celle-ci à partager le surplus avec les sœurs. Mais Justinien nous dit qu'elle était entièrement écartée par la présence du frère.

D. L'aïeul ne prime-t-il jamais la mère?

R. Oui, lorsqu'il est *manumissor*, par conséquent

premier agnat du *de cujus* et que le père survit en sa puissance : parce que ce dernier, en excluant la mère, ferait acquérir la succession à l'aïeul et qu'il y aurait là un circuit inutile.

D. Quelle différence y a-t-il entre la vocation du sénatus-consulte et celle des agnats ?

R. C'est que la dévolution, jadis repoussée dans cet ordre, a toujours été admise pour la succession maternelle. Si les héritiers qui la primaient font défaut, on appelle la mère. Si elle répudie ou est incapable, de même on ouvre l'ordre des agnats en faveur de ceux qu'elle aurait exclus.

Section 3e. — *Modifications du sénatus-consulte par les constitutions impériales.*

D. Quelles réformes datent l'ère impériale ?

R. On peut en distinguer trois époques, en laissant toujours de côté la législation des Novelles.

D. Quelle est la première réforme ?

R. Elle est mal connue. C'est une constitution d'Honorius et Théodose, qui aurait, sans réduction, accordé la succession aux mères qui n'avaient pas acquis le *jus liberorum*.

D. Quelle est la seconde réforme ?

R. Elle ressort de deux constitutions recueillies au Code Théodosien et que Justinien analyse aux *Instituts* (Hic, § 5). Ces constitutions généralisent la vocation en faveur des mères, mais ne la donnent plus intégrale. Il faut distinguer si la mère a ou non le *jus liberorum*.

D. Quelle est la première hypothèse ?

R. La femme a le *jus liberorum* ; elle perd 1/3 en faveur des parents des 3e, 4e et 5e degrés d'agna-

tion, oncles, cousins germains et issus de germains, quand même ils auraient été émancipés. Le deuxième degré de cognation de la ligne collatérale a droit au même abandon, c'est-à-dire les frères émancipés, donnés en adoption et qui y seraient même encore.

D. Passez à la seconde hypothèse.

R. La femme *non liberis honorata*, qui ne devrait pas avoir de vocation, recevra un tiers de ces mêmes parents.

D. Quelle est la troisième réforme ?

R. Celle de Justinien, bien plus radicale. L'empereur, sans faire état de leur fécondité, donne vocation à toutes les mères, abolit les réductions qu'on leur imposait du tiers ou des deux tiers, et règle à nouveau le concours avec les frères et sœurs.

D. Cette vocation générale est-elle logique?

R. Oui ; indépendamment des raisons de bon sens et de sentiment qu'en donne Justinien, elle lui était imposée comme une conséquence de son abolition des lois caducaires.

D. Comment est réglée la vocation de la mère vis-à-vis des frères et sœurs ?

R. On ne distingue plus s'ils sont agnats ou cognats, consanguins ou utérins ; mais on fait encore acception de leur sexe. S'il y a frères et sœurs, la mère prend sa quote-part avec eux. S'il n'y a que des sœurs, la mère a une moitié à elle seule ; les sœurs ont donc intérêt, pour bonifier leur situation, à déterminer le frère à accepter.

D. La mère n'a-t-elle pas quelquefois, dans ce concours, une simple part en usufruit ?

R. Les Instituts n'indiquent nullement cela Mais, d'après le Code, le père et la mère, quand ils viennent ensemble en concours avec des frères et sœurs à la succession de l'enfant émancipé, n'ont entre eux que deux tiers en usufruit. Il serait singulier, qu'en présence du père émancipateur qui la prime, en principe, et qui n'aurait rien, la mère pri-

en toute propriété une part virile de la succession.

D. Justinien, dans ses premières réformes, a-t-il donné vocation à l'aïeule et à la bisaïeule?

R. Non. Il a rendu leur droit aux agnates; mais, depuis l'abolition de la *manus*, ce titre est incompatible avec la qualité d'ascendante.

D. Ne pouvez-vous encore citer une réforme de Justinien, qui concerne notre sénatus-consulte?

R. Oui, l'empereur décide qu'en cas qu'un homme, privé de la liberté ou de la cité, redevienne citoyen, il recouvre les successions nouvelles.

TITRE IV

Du sénatus-cousulte Orphitien. (Succession, vis à vis d'elles, des descendants des femmes.)

Section 1re. — *Sous l'ancien droit.*

D. La loi des XII Tables s'était-elle occupée de la succession des descendants des femmes envers leurs ascendantes?

R. Non, pas directement. On a même vu que les descendants des femmes ne recevaient pas de vocation aux biens de leurs ascendants. Mais, quant à

ceux de leurs ascendantes, il leur en revenait une, indirecte, par l'effet de la *manus*.

D. Quel était-il ?

R. De donner succession aux enfants et petits-enfants, à titre de frères, sœurs, neveux, nièces, sur les biens de leur mère et aïeule entrée en *manus*.

D. Cette succession était-elle suffisante ?

R. Non, pas dans tous les cas. Il se pouvait que l'ascendante n'eût pas vécu *in manu*. Si elle décédait encore en puissance, elle n'avait rien à elle, sauf un pécule rentrant à son maître. Enfin, les enfants avaient pu perdre leur droit par l'émancipation.

D. En résumé, quand y avait-il succession ?

R. A ces deux conditions que la femme eût vécu *in manu* avec ses enfants ou petits-enfants, et que, d'autre part, les uns et les autres fussent devenus *sui juris* sans dégradation d'état.

D. N'y avait-il pas une vocation d'autre nature ?

R. Oui, mais plus précaire, savoir : la possession de biens *unde cognati*, et non celle *unde liberi*, faite seulement pour les enfants jadis siens.

Section. 2e — *Sous le sénatus-consulte Orphitien.*

D. A quelle date fut rendu ce sénatus-consulte ?

R. L'an 178 de J.-C., sous Marc-Aurèle.

D. Quel fut son but ?

R. De rendre réciproque la vocation que, vingt ans auparavant, le sénatus-consulte Tertullien avait créée sur les biens des enfants en faveur des mères.

D. Cette réciprocité était-elle obtenue ?

R. Non, puisque la vocation du sénatus-consulte Orphitien est meilleure et s'étend à tous les enfants, tandis que le Tertullien n'a pourvu qu'aux intérêts des mères les plus fécondes.

D. Quel est le caractère du sénatus-consulte ?

R. Il crée une succession légitime nouvelle, qui se perd seulement par la *magna capitis deminutio.*

D. Montrez la différence avec la succession ancienne.

R. Marius a, de Titia, trois fils, 1us, 2us, 3us, et il a émancipé le premier. Quand il mourra, les deux derniers pourront seuls être ses héritiers siens. Si Tertius décédait, Secundus lui succéderait seul comme agnat. Mais, s'il s'agit de la succession de Titia, ils seront appelés ensemble, sans égard à l'émancipation subie par l'un d'eux.

D. Quels enfants ont droit à la succession ?

R. Tous ceux issus de la défunte, sans aucune acception de qualité, sans distinction de sexe, d'origine, de situation *in aliено jure* ou *sui juris.* On pourra voir aussi concourir des *spurii*, des *naturales*, des *legitimi*, sauf l'invraisemblance pratique de cette hypothèse. Leurs droits sont identiques, et il importe peu pour les *nothi*, quant à cette succession, que le mariage de leur mère les ait ou non légitimés. Les incestueux ou adultérins sont seuls exclus.

D. Y a-t-il vocation des petits-enfants ?

R. Non. Sous ce rapport, ce sénatus-consulte est en harmonie avec le Tertullien.

D. Quelle différence y a-t-il entre la vocation résultant de cette disposition et celle rattachée à la *manus* ?

R. On peut signaler les suivantes :

1° La *manu* sétait consacrée, par les XII Tables avec ses conséquences ; la vocation dont nous parlons est une succession légitime nouvelle ;

2° La *manus* appelle les enfants comme agnats ; ici il y a vocation à un rang spécial ;

3° La *manus*, outre le premier degré, faisait venir aussi les autres, du moins les mâles, après l'exclusion des agnates par la jurisprudence ;

4° La *manus* appelait seulement les descendants

légitimes de celui qui avait cette puissance sur la femme : le sénatus-consulte appelle tous ses enfants :

5° La *manus* pouvait servir à un fils adoptif. Avec le sénatus-consulte, s'il suffit d'être né de la défunte pour avoir droit à ses biens, cela est indispensable.

D. Les fils et filles ne sont-ils pas parfois privés de l'hérédité ?

R. Oui, s'ils ont perdu la cité, s'ils sont en puissance et que leur *parens* leur refuse le *jussus admudi*.

D. Ces enfants n'acquièrent donc pas l'hérédité de plein droit ?

R. Non : ils ne sont nullement héritiers nécessaires. On sait que ce caractère vient d'un rapport d'assujettissement envers le défunt ; or, la mère n'avait aucun droit de puissance sur ses enfants.

D. A quel rang sont-ils appelés ?

R. En quelque sorte, à la place des héritiers siens, en meilleur rang que ne le fait le Tertullien, avant tous les agnats, par conséquent. Ils priment le patron, si la défunte était affranchie et le père, même émancipateur. Quant à la mère, nul des deux sénatus-consultes n'avait prévu le concours.

D. La dévolution est-elle admise ici comme pour la succession active de la mère ?

R. Oui, non pas avant, puisque personne ne prime ces héritiers, mais après ; c'est-à-dire, que s'ils refusent, s'ils deviennent incapables avant l'adition, il y a appel de l'ordre des agnats.

D. Quelles sont les modifications apportées sous l'ère impériale au sénatus-consulte Orphitien ?

R. Il y en eut d'abord deux, dans la constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius, déjà analysée, de 389.

D. Quelles sont ces dispositions ?

1° D'abord une mesure d'interprétation, réglant la préséance entre les deux sénatus-consultes, c'est-

à-dire le rang héréditaire entre la mère et les enfants. Ceux-ci primeront l'aïeule sur les biens de la femme.

2° La vocation étendue aux biens de l'aïeule.

D. Cette vocation est-elle intégrale?

R. Il est impossible de le croire. Cette constitution est celle qui, en appelant pour la première fois les petits-enfants à venir sur les biens de leur aïeul, leur imposait la réduction d'un tiers en faveur des héritiers siens et d'un tiers en faveur des agnats. Les petits-fils doivent au moins subir la seconde ; car il ne saurait être question de la première, vu l'absence des héritiers siens.

D. Quand fut supprimée cette réduction?

R. Par Justinien (const. 12 *de suis et legit.)*

D. Justinien a-t-il fait d'autres réformes en cette matière ?

R. On peut en citer encore deux. La première est relative à l'autorisation d'accepter. Il semble en ceci rester quelque chose de l'ancienne incapacité des femmes. Il est de principe, sous Justinien, que le fils peut accepter une succession malgré le refus de son père de famille, qui, en ce cas, n'en a pas l'usufruit; tandis que l'empereur dit positivement que la fille de famille doit avoir le *jussus* pour accepter.

D. Quelle est la seconde disposition ?

R. Il introduisit une différence entre les enfants de la femme défunte dans un cas donné, savoir une incapacité à l'encontre des *spurii* d'une femme noble, qui a des enfants légitimes.

D. Quelle est l'étendue de l'incapacité ?

R. Elle ne s'applique pas à l'hérédité des bourgeoises ni des affranchies. Dans celle de la femme noble, elle n'atteint même pas les simples bâtards. Mais pour les *spurii*, elle est absolue. Ils n'ont pas de vocation *ab intestat* et la défunte n'aura rien pu leur donner entre-vifs ni tester en leur faveur, on les assimile aux enfants incestueux.

TITRE V

Succession des cognats (et du conjoint survivant.)

Section 1re. — *Cognats sous le droit prétorien.*

D. De quand date la succession des cognats ?

R. Inconnue à la loi des XII Tables, elle est issue du droit prétorien.

D. Comment le préteur l'a-t-il ouverte ?

R. Par la possession des biens *unde cognati*, la quatrième ab intestat.

D. Pourquoi Justinien y consacre-t-il un titre spécial ?

R. Ce n'est pas qu'il ait érigé la vocation des cognats en succession légitime, mais parceque c'est la plus compréhensive et la plus importante des possessions de biens.

D. A quel rang le préteur appelle-t-il les cognats ?

R. A l'épuisement des héritiers légitimes, c'est-à-dire à défaut d'agnats, et, jadis, même des gentils dans les successions où ils étaient appelés.

D. L'ouverture de cet ordre prétorien a dû, dès lors, varier beaucoup ?

R. Oui. Comme celle de l'ordre même des agnats a été reculée par les extensions données à celui des

héritiers siens, l'ordre prétorien des cognats était repoussé à chacune des additions faites aux agnats par les constitutions et les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien. Mais aussi il y a eu pour lui une bonification de rang, par suite de la suppression des gentils, dont il a pris la place.

D. Quels parents étaient appelés, à l'origine, par le préteur, parmi les cognats ?

R. Les descendants qui se rattachaient, sans pouvoir y figurer, à l'ordre des héritiers siens, et non encore désintéressés, les collatéraux écartés de même de l'ordre des agnats, enfin tous les simples parents.

D. Quels descendants se rattachaient, sans pouvoir y figurer, à l'ordre des héritiers siens ?

R. En dehors de ceux auxquels il avait pouvu par le *bonorum possessio unde liberi*, leur donnant vocation avant les agnats, le préteur appelait ici 1° les filles mises *in manu*, les descendants donnés en adoption si ces personnes demeuraient *in extranea familia* et la postérité des mêmes; 2° les descendants des filles et petites filles siennes, et de celles appelées à la possession de biens *unde liberi*, ces descendants ne jouissant pas des droits de leur mère et aïeule.

D. Quels sont les parents, frustrés de leur vocation comme agnats, que le préteur appelle comme cognats ?

1° Les agnates non consanguines, exclues par la jurisprudence ;

2° Les frères et sœurs consanguins, sortis de la famille par la dation en *manus*, en adoption, ou l'émancipation ;

3° Leurs descendants qui n'avaient pas les droits d'agnats, soit pour n'être jamais entrés dans la famille, soit pour en être ensuite sortis ;

4° Les descendants des sœurs et de toutes autres agnates ;

5° Les parents jouissant de l'agnation, mais qui, par suite de leur degré éloigné et du défaut de dévolution, ne pouvaient venir en rang utile.

D. Les héritiers siens ou agnats sortis de la famille ont-ils toujours la vocation de cognats ?

R. Non, parceque leur agnation peut ne tenir qu'à l'adoption et qu'en ce cas leur parenté, purement civile, est entièrement dissoute par la cause qui les fait sortir de la famille. Il en est de même de celle qui serait l'effet de la *manus*, qui, par exemple, unirait une femme, *tanquam soror*, à ses beaux-frères.

D. Quels parents appelle encore le préteur ?

R. Le père et les ascendants paternels qui n'ont pas émancipé *contractâ fiduciâ*, la mère, les ascendantes, non agnates par l'effet de la *manus*, les enfants naturels vis-à-vis des père, mère, et autres parents, les *spurii* vis-à-vis des ascendantes seules, et, en général, toute personne qui était unie au défunt par une parenté qu'altérait la présence d'une femme.

D. L'ordre est-il appelé en masse ?

R. Non ; mais, comme celui des agnats, dans la personne du plus proche et avec concours de ceux qui seraient du même degré.

D. N'y a-t-il pas une exception ?

R. Oui, selon toute probabilité, la représentation en faveur des descendants, par l'effet de laquelle des descendants pourront primer un frère, un oncle, etc.

D. Comment les cognats acquièrent-ils l'hérédité ?

R. Non pas par l'adition, puisqu'ils ne sont pas héritiers, mais par une démarche analogue, la *bonorum possessionis agnitio, admissio*, car nul n'est malgré soi successeur prétorien.

D. Que se passe-t-il si l'appelé meurt ou devient incapable avant d'avoir demandé la possession.

R. Comme dans toutes les autres, si l'appelé n'était pas seul de son degré, il y a accroissement, et, dans le cas contraire, dévolution.

D. La dévolution se fait-elle à l'infini ?

R. Non. La vocation des cognats est limitée au sixième degré. Elle s'étend exceptionnellement au

septième, en faveur d'un enfant d'un cousin issu de germain du *de cujus*.

D. Quel est le motif de cette limitation?

R. La difficulté des preuves de parenté au-delà, et, surtout l'affection présumée du *de cujus* qui ne milite point pour des parents éloignés. C'est au sixième degré que cessaient les dénominations pour désigner la parenté.

D. Connaissez-vous l'application de limitations semblables en d'autres matières?

R. Oui, et fondées aussi sur la protection qu'une loi sensée doit aux affections naturelles. La loi Furia limitait identiquement les exceptions à sa prohibition de léguer plus de mille as. La loi Cincia admettait de même, à un degré près, l'exception à la prohibition de donner pour les 5e et 6e degrés.

D. Quelles différences ressortent de là entre l'ordre des agnats et celui des cognats?

R. Voici les deux plus importantes :

1° La dévolution n'a pas lieu chez les agnats dans l'ancien droit, avant Justinien.

2° La vocation y est indéfinie.

Section 2e. — *Cognats sous le droit impérial.*

D. L'ordre des cognats comprend-il, à Justinien, les mêmes personnes énoncées plus haut?

R. Toutes ont virtuellement sans doute conservé leur vocation de cognats; mais, pour le plus grand nombre, elle a cessé d'être utile, parce qu'elles peuvent se dire héritières et demander, au lieu de la quatrième, la seconde possession de biens ab intestat : *unde legitimi*.

D. Quel enseignement ressort de la composition ancienne et nouvelle de l'ordre des cognats?

R. La démonstration de l'adoucissement de la loi successorale, par l'extension de la vocation légitime dans le sens de la simple parenté.

D. Voyons donc quels descendants ont encore besoin de la vocation prétorienne.

R. 1° Les enfants donnés en adoption à un ascendant, s'ils sont encore *in adoptiva familia* ou n'ont été émancipés qu'après la mort du *pater naturalis*.

2° Les enfants naturels, pour l'hérédité de leurs ascendants paternels seulement.

D. De quels descendants remarquez-vous le retranchement, en cette catégorie?

R. 1° Les filles données *in manu* n'y sont plus.

2° La dation en adoption *extraneo* ne produit plus son effet de faire sortir l'enfant de sa famille.

3° Les petits-enfants *ex filia* sont héritiers siens, d'après la constitution théodosienne de 389.

4° Les enfants naturels et *spurii* ont vocation légitime sur les biens de leur mère, d'après le sénatus-consulte Orphitien.

D. Quels parents collatéraux sont appelés ici?

R. Seulement les descendants, au-delà du deuxième degré, des frères et sœurs sortis de la famille et des frères et sœurs utérins.

D. Quels parents sont donc ici retranchés?

R. 1° On a rendu aux agnates leur vocation de la loi ancienne.

2° Les frères et sœurs émancipés sont appelés par la constitution d'Anastase; et leurs enfants, par Justinien.

3° Le même empereur traite en agnats les frères et sœurs utérins et leurs enfants

4° L'admission de la dévolution fait qu'aucun agnat n'est réduit à venir comme simple cognat.

D. Quels sont les autres parents retranchés de l'ordre des cognats et qui viennent comme héritiers légitimes?

R. 1° Le père, qui, sauf l'adoption, est toujours agnat, qui, comme l'aïeul émancipateur, est toujours censé avoir libéré ses enfants *contracta fiducia*;

2° La mère, réputée toujours agnate par le sénatus-consulte Tertullien.

D. Quelles sont les réformes de Justinien, qui portent directement sur l'ordre des cognats?

R. Elles sont au nombre de trois, l'une extensive et les autres restrictives. Ce sont :

1° L'admission de la *cognatio servilis*,

2° L'incapacité des enfants *spurii*, quant à leur mère et des enfants naturels quant à leur père,

3° La limitation aux 5e et 6e degré de la vocation des cognats dans les successions d'affranchi.

D. Reprenons les deux premières. Qu'est-ce que la *cognatio servilis?*

R. C'est la parenté entre deux personnes, dont l'une au moins était esclave au jour de la formation du lien. Une femme, qui a toujours servi, a des enfants, d'un père libre ou esclave : ils sont serfs comme elle ; mais il se peut que, mère et enfants, ils arrivent à la liberté. On avait fini par admettre la liberté du part, si la mère avait été libre *medio tempore*; en ce cas, l'affranchissement de la mère suffit pour que les deux personnes soient en liberté. De même, connu par ses relations avec la mère, désigné par le *contubernium*, plus tard par la bénédiction de l'Eglise, le père, s'il devient libre, acquiert aussi les effets de la *cognatio servilis*.

D. Quand naît donc la *cognatio* selon la loi?

R. Quand sont libres les personnes entre qui existe le lien naturel. Autrement on ne peut pas plus admettre leur parenté que nous ne faisons de celle de nos bêtes de somme.

D. Quels sont les effets de la *cognatio servilis?*

R. On la prend en considération jadis comme empêchement au mariage, mais non comme source de droits successifs. Justinien, le premier, l'a admise

avec cet effet et a ainsi accru le nombre des cognats.

D. La *cognatio servilis* ne donne-t-elle donc que la vocation prétorienne?

R. Non: elle donne vocation légitime aux enfants sur les biens de leur mère et réciproquement, aux petits-enfants sur les biens de leurs aïeuls et aïeules, aux frères et sœurs sur les biens de leurs frères et sœurs consanguins ou utérins; de même aux neveux et nièces sur les biens de leurs oncles et tantes.

D. Quelles étaient, quant aux enfants naturels, les dispositions du droit antérieur à Constantin?

R. Distinguons entre les successions du père et de la mère :

1° Pour la succession de la mère, droit nul jadis, faute de la *manus plena*; vocation prétorienne intégrale dans l'ordre des cognats; enfin, droit de succession légitime intégrale dans les sénatus-consultes.

2° Quant à la succession du père, vocation légitime nulle; vocation prétorienne nulle, suivant les uns, intégrale selon d'autres, plus probablement réduite en cas de concours avec des enfants légitimes simples cognats.

D. Quelles ont été les dispositions jusqu'à Justinien?

R: Constantin, tout au moins, a proclamé l'incapacité des enfants naturels dans le rapport de l'épouse et des enfants légitimes. Ceux qui voulaient échapper à cette législation rigoureuse, avaient une ressource dans la légitimation moderne, que créait en même temps l'empereur chrétien. Ses successeurs maintinrent ce principe, en perfectionnant la légitimation, et l'incapacité des enfants naturels fut par eux diversement réglementée.

D. Quelles sont les dispositions de Justinien?

1° Exclusion des *spurii* de la succession de la mère noble; loi relative au sénatus-consulte Orphitien et que nous avons déjà vue;

2° Incapacité des enfants naturels dans la succes-

sion du père. S'il a une épouse ou des enfants légitimes, ils ne sont pas successeurs et n'ont qu'une créance alimentaire. Dans le cas contraire, ils ne prennent que deux onces, un sixième (novelle 89, conf. art. 756 et 762.)

Section 3e. — *Successions exceptionnelles.*

D. Qui est appelé, dans les successions d'ingénu, à défaut de cognat?

R. L'époux survivant et non divorcé.

D. Quel est le caractère de cette vocation?

R. C'est une succession prétorienne, qui résulte de la septième possession de biens ab intestat : *unde vir et uxor.*

D. Les conjoints n'ont-ils jamais sur les biens l'un de l'autre un droit héréditaire plus sûr?

R. Oui, quand il y a *manus*. Le mari succède comme *mammissor* à sa femme émancipée, s'il avait la *manus*, ou comme fils de patron, si elle était à son père. La femme succède à son mari *loco filiæ*, s'il avait la *manus* et *loco sororis*, si elle appartenait à l'aïeul.

D. Cette succession n'a-t-elle pas, en certains cas, le caractère de légitime?

R. Oui, d'après la législation des Novelles, Justinien donne à la veuve, mariée sans dot et indigente, une part en concours avec les enfants mêmes.

D. Quelle en est la quotité et le caractère?

R. C'est une part d'enfant, s'il y en a plus de trois, et, au-dessous, un quart. C'est une légitime : c'est-à-dire que la femme, en justifiant des conditions énoncées, a le droit de demander cette part vis-à-vis des héritiers institués.

D. A défaut d'époux, qui est appelé?

R. Il n'y a plus nul successeur, ni légitime ni prétorien; en général, l'hérédité est déclarée vacante et dévolue au fisc.

D. N'y-t-il pas des exceptions?

R. Nous avons d'abord mentionné une sorte de succession qui a lieu quelquefois à défaut d'héritier, l'*addiction pour sauver* les affranchissements. En outre, il y a des droits d'épave ou de retour, sur l'hérédité de certaines personnes, en faveur de la corporation à laquelle elles appartiennent.

D. Citez ces corporations.

R. 1° Les biens vacants des décurions retournent à la curie;

2° Ceux des *naviculurii* et des *fabricenses*, à ces corporations de nautes et d'armuriers;

3° Ceux des légionnaires, aux légions;

4° Ceux des moines et clercs, aux monastères et églises auxquels ils sont attachés;

5° Ceux des *præfectiani*, employés du préfet du prétoire, demeurent acquis à son trésor.

D. L'abandon de l'hérédité, comme insolvable, ne donne-t-elle pas lieu à un autre genre spécial de succession?

R. Oui, à la *bonorum venditio*, poursuivie par les créanciers à l'encontre du nom du défunt.

TITRE VI

Des degrés de parenté.

D. Qu'est-ce que la parenté?

R. C'est le lien qui unit les personnes descendant réellement ou fictivement d'un auteur commun.

D. Combien en distingue-t-on d'espèces?

R. Celle civile et celle naturelle, l'agnation et la cognation proprement dite.

D. Qu'est-ce que la parenté civile?

R. Celle qui unit des personnes descendant d'un mâle, auteur commun, exclusivement par l'intermédiaire de mâles.

D. Comment la descendance est elle fictive?

R. Par l'adoption et l'assignation d'enfant.

D. Qu'est-ce que la parenté naturelle?

R. Celle des personnes qui, ayant un auteur commun, n'en descendent pas exclusivement par des mâles. La présence d'une femme parmi les chainons de la parenté suffit pour lui empêcher l'agnation.

D. La cognation peut-elle exister par l'effet d'une descendance fictive?

R. Oui, ensuite de l'adoption, ou de la *manus*, qui vous rend agnat : on ne peut être agnat sans être cognat.

D. Comment détermine-t-on la parenté?

R. A l'aide des deux notions allégoriques de la ligne et des degrés.

D. Faites-les comprendre ?

R. On feint que les diverses personnes, dont les existences se succèdent dans le temps, sont assises sur le penchant d'une échelle et y occupent chacune un degré.

D. Combien distingue-t-on de lignes?

R. Il y en a deux espèces : celle directe, figurée par une échelle verticale; celle collatérale, figurée par une échelle coudée en angle aigu, en forme d'**A**.

D. La ligne directe ne se subdivise-t-elle pas ?

R. Oui, en se plaçant à un degré quelconque de l'échelle, on peut l'envisager dans sa partie supérieure ou inférieure. On a ainsi la ligne directe ascendante et celle directe descendante. Toutes ces notions sont identiquement reçues en droit français (C.c. 735 s.)

D. Comment se comptent les degrés ?

R. Chaque génération en fait un.

D. Comment faut-il entendre ce mot ?

R. Dans son sens grammatical, et non littéraire. La génération, cela veut dire un fait de génération. Ainsi, du père au fils, il n'y a qu'un degré. De votre bisaïeul a vous, trois.

D. Comment se comptent les degrés en ligne collatérale ?

R. De la même façon. Il y a du reste un procédé mécanique, consistant à placer les parents sur l'échelle généalogique, à compter tous les degrés sur l'une des branches, en montant, en y ajoutant ceux qu'on trouve sur l'autre, en descendant, sans compter le degré de l'auteur commun, occupant le sommet.

D. Pourquoi cette omission ?

R. Parce qu'on trouverait un degré de trop. Le motif rationnel, c'est qu'on ne s'occupe pas de la génération de cette personne : on la prend comme préexistante, comme auteur. Le motif, au point de vue du procédé, c'est qu'en supputant la distance d'un lieu à un autre, par un troisième endroit, si l'on compte les pierres milliaires de la route et des trois places, on trouve un mille de plus que la distance.

D. Les dénominations des parentés sont-elles aussi nombreuses chez nous qu'en droit romain?

R. Non. Les besoins sont identiques; mais la langue latine, plus riche que la nôtre, les satisfait mieux. Chacun des parents des lignes directe et collatérale, à peu près, avait sa dénomination particulière, jusqu'au sixième degré. Pour nous, au-delà du troisième, nous sommes généralement obligés d'employer des périphrases.

D. Quels sont les parents de la ligne directe descendante?

R. Le fils et la fille, au premier degré; le petit-fils, la petite-fille, au second *(nepos, neptis)*; l'arrière-petit-fils et l'arrière petite-fille, au troisième degré *(pronepos, proneptis)*; l'enfant de l'un ou de l'autre, au quatrième degré *(abnepos, abneptis)*; le petit-enfant de l'un ou de l'autre, au cinquième degré *(adnepos, adneptis)*; l'arrière-petit-enfant de l'un ou de l'autre des arrière-petits-enfants, au sixième degré *(trinepos, trineptis)*.

D. Quels sont les parents de la ligne directe ascendante?

R. Le père et la mère, au premier degré; l'aïeul et l'aïeule au second degré *(avus, avia)*; les bisaïeuls, au troisième degré *(proavus, proavia)*; les trisaïeuls, au quatrième degré *(abavus, abavia)*; le père et la mère des trisaïeuls, au cinquième degré *(atavus, atavia)*; l'aïeul et l'aïeul des trisaïeuls au sixième degré *(tritavus, tritavia)*.

D. A quel degré commence la ligne collatérale?

R. Au second seulement, parce qu'il ne peut y avoir des parents collatéraux plus rapprochés que les frères, qui sont parents au second degré, et parce que, suivant notre allégorie, pour qu'il y ait échelle coudée, il faut supposer au moins un degré à chaque jambage.

D. Quels sont les parents en ligne collatérale?

R. Au second degré, les frères et sœurs. Troi-

sième degré, les neveux et nièces *(fratris, sororisve filius, filia)*; les parents qu'on appelle *thii*, c'est-à-dire les oncles, paternel *(patruus)* et maternel *(avunculus)*; les tantes, paternelle *(amita)*, et maternelle *(matertera)*. Quatrième degré : les petits-neveux et petites nièces; les grands oncles *(patruus, avunculus, magnus)*, tantes *(amita, matertera, magna)* et *thii*, les cousins germains, (*consobrini*). Cinquième degré : les arrière-petits-neveux et petites-nièces; les arrière-grands oncles *(propatruus, proavunculus)*, et arrière-grand' tantes *(proumita, promatertera)*; les enfants d'un cousin germain. Sixième degré : les enfants des arrière-petits-neveux et petites-nièces; le père et la mère des arrière grands oncles *(abpatruus, abavunculus* et arrière grand' tantes *(abamita, abmatertera)*; les cousins issus de germains *(sobrini)*.

D. N'y a-t-il pas une distinction à faire entre les frères et sœurs, comme entre les oncles et tantes?

R. Oui, on les divise souvent en deux ou trois classes. La division bipartite comprend d'une part les frères et sœurs qui n'ont qu'un de leurs auteurs immédiats communs, (ce que les Anglais appellent aujourd'hui *half blood brothers and sisters)*, et ceux qui ont le père et la mère communs, ce qui, dans les lois de succession moderne, a constitué *le privilège du double lien*. D'après la division tripartite, on distingue, en subdivisant la première classe : les germains, qui ont les mêmes auteurs; les consanguins, qui ont le même père; les utérins, la même mère.

D. N'y a-t-il pas de divisions parmi les cousins?

R. Oui. Les enfants de deux frères sont entre eux *fratres patrueles*, *sorores patrueles*; ceux de deux sœurs, *consobrini*, *consobrinæ* (de *cum*, *soror*). Quant aux cousins issus, les uns d'un frère, les autres d'une sœur, il paraît que les premiers appelaient les derniers *amitini*, parce qu'ils descendaient de leur *amita*, et que ceux-ci traitaient de *consobrini* les fils de leur *avunculus*. Ces distinctions étaient négligées dans la langue du droit sous Justinien.

TITRE VII

De la succession (passive) des affranchis.

Section 1re. — *Sous les XII Tables.*

D. Qui succédait alors à l'affranchi?

R. Pour résoudre cette question, surtout au point de vue de la succession testamentaire, il importe de tenir compte du sexe, tant de la personne défunte que de celle qui lui avait donné la liberté.

D. N'y a-t-il pas cependant une règle générale?

R. Oui, les affranchis ont, en principe, les mêmes successeurs que les ingénus : les héritiers siens, un ordre d'agnats, les gentils dans certaine opinion.

D. Quelles personnes forment ordre d'agnats?

R. C'était la famille du patron, parce que l'affranchi, quand bien même il fût né ingénu, ne pouvait avoir de lien d'agnation avec aucun parent collatéral,

D. En cas de prédécès du patron, quelles personnes exerçaient son droit de succession?

R. Ses descendants.

D. Faisait-on entre eux des différences, à raison du sexe ou du degré?

R. Aucune à raison du sexe; mais beaucoup quant au degré. Cette succession étant attribuée à un

ordre d'agnats et non de descendants, la représentation n'y était pas admise et le plus proche des descendants excluait les autres.

D. Qui succédait à la femme affranchie ?

R. Comme l'ingénue, elle ne pouvait avoir d'héritiers siens ; ses seuls successeurs étaient donc sans famille patronale.

D. Cette succession s'ouvrait-elle fréquemment ?

R. Beaucoup plus que toute autre. L'affranchie, placée en la tutelle de son patron et de ses descendants mâles demeurés agnats, ne pouvait valablement tester sans leur consentement et obtenait sans doute fort rarement l'autorisation de les frustrer.

D. Quels successeurs pouvait avoir l'affranchi ?

R. Il pouvait avoir d'abord des successeurs testamentaires, tout comme un ingénu. Mort intestat, il pouvait avoir des héritiers siens, primant la famille patronale.

D. Quelle différence y a-t-il donc, sous cette première période, entre la succession passive de la femme et de l'homme affranchis ?

R. C'est que le patron n'a que dans celle de la femme l'assurance de n'être pas frustré, soit par des héritiers siens, soit par un testament.

D. La femme, dans la succession active, c'est-à-dire la patronne, n'a-t-elle pas une situation inférieure, comme dans la succession passive ?

R. Oui, en ce que le droit de patronage s'éteint avec elle, hors dans le cas peut-être où, par l'effet de la *manus*, elle aurait des enfants agnats.

D. Pourquoi n'ajoutez-vous pas qu'elle peut être frustrée librement par le testament d'une *liberta* ?

R. On le dit communément, mais à tort. La *liberta* ne peut tester sans autorisation d'un tuteur atilien, qu'elle est forcée de demander et qui sauvegarde le droit de légitime patronale.

D. La patronne n'avait-elle donc nul moyen de perpétuer les avantages du patronage ?

R. Elle pouvait seulement, si elle s'était fait promettre les *operæ*, transmettre cette créance à son héritier ou à son légataire; mais cela est tout à fait étranger à la succession de l'affranchi.

D. N'arrivait-il pas parfois que les enfants de l'affranchie fussent préférés à ses patrons?

R. Oui, quand l'une ou l'autre des femmes subit la *capitis deminutio*, même *minima*, l'agnation était rompue et l'ordre des agnats, représenté par la patronne, faisant défaut, la succession était vacante. C'est en ce cas, comme on l'a vu, que le préteur appelait son ordre des cognats, où les enfants issus de l'affranchie défunte recueillaient ses biens. Le même effet devait évidemment se produire à l'encontre du patron; mais, comme on ne tient pas compte de la *cognatio servilis*, le *libertus* n'a jamais de cognat; sauf des cas fort rares, par exemple la survivance *in extraneâ familiâ* de l'enfant qu'il a donné en adoption, la naissance d'un frère, de neveux, etc., après son affranchissement.

Section 2e. — *Sous le droit prétorien.*

D. Quels inconvénients présentait ce régime?

R. Les deux plus saillants, quant au *libertus*, c'est qu'il avait pu exclure son patron ou sa patronne, soit en testant, soit, plus sûrement encore, quand il n'avait pas de postérité, en se donnant des héritiers siens par l'adoption ou l'*in manum conventio*.

D. Qu'a fait le droit prétorien?

R. Il a obvié à ce double inconvénient, quant au patron, par une double disposition.

D. Que portait l'édit quant aux héritiers siens?

R. Le préteur, entre les descendants héritiers

siens et ceux qui sont sortis de puissance de façon à pouvoir demander la *bonorum possessio*, distingue ceux qui sont natifs, *naturales*, et ceux qui n'ont que l'agnation. Les premiers seuls peuvent exclure le patron et sa descendance, quand ils viennent soit comme héritiers civils, soit comme *bonorum possessores*. Quant aux autres, s'ils sont sortis de la puissance du *de cujus*, nous savons déjà qu'ils sont sans droit; mais, s'ils y demeurent, le préteur décide qu'ils n'auront qu'une vocation à la moitié des biens.

D. Quelle est la disposition quant au testament?

R. Un droit de légitime, de moitié aussi, constitué au patron, et par l'effet duquel il peut, à due concurrence, faire tomber le testament de l'affranchi, à l'aide de la *bonorum possessio contra tabulas*.

D. Pourquoi cette quotité?

R. Parce que l'usage s'était introduit dans l'édit d'octroyer au patron une action *pro socio*, à raison de certaine clause tacite, usuelle même, d'association, par l'effet de laquelle l'affranchi devait rapporter la moitié de ses acquêts à la famille, clause qui avait fini cependant par être condamnée comme contraire aux mœurs, ainsi que je l'ai dit.

D. Le préteur fit-il quelque changement à la succession passive des affranchies?

R. Non, dit-on communément. Il est probable cependant qu'il restitua le patron contre l'effet de la *capitis deminutio*, qui éteignait ses droits, et qu'il accorda aux enfants mâles de la patronne les droits de leur mère (argt. Gaïus III, 51, 53). En tous cas, j'ai signalé les dispositions de tutelle admises vis-à-vis des affranchies.

D. N'y a-t-il pas des réformes certaines qu'introduisit le préteur, par les *bonorum possessiones*?

R. Oui, par celle *tanquam ex familia*, à défaut de descendants du patron, ses agnats recueillent ses droits; et ses cognats même, par celle *unde cognati manumissoris*.

D. La situation de la femme, dans la succession active, c'est-à-dire de la patronne, n'est-elle pas inférieure à celle de l'homme, durant cette période?

R. Oui, puisque la principale réforme du prétour ne la concerne pas. Si elle a affranchi un homme, elle continue à être frustrée, soit par son testament, soit par l'agnation spontanée d'héritiers simplement civils. Si elle a affranchi une femme, en cas de *capitis demimutio*, elle est également déchue irrévocablement de ses droits.

D. Cette réforme du préteur n'est-elle pas contraire aux femmes sur un autre point?

R. Oui, il s'agit des descendantes du patron. Les réformes prétoriennes, en dehors du patron, étaient étendues à sa descendance, mais seulement masculine; si bien que le filles et petites-filles n'avaient point la *bonorum possessio dimidiæ partis*, pour attaquer, soit le testament d'un *liberius* de leur père et aïeul, soit ses adoptions.

D. La jurisprudence dut être plus rigoureuse encore pour les femmes. Ne furent-elles pas entièrement exclues du concours avec les mâles, comme les agnates dans les successions d'ingénus?

R. C'est possible; mais, comme il n'y a pas identité de motifs, la loi Voconia ne fut peut-être pas étendue ici.

Section 3e. — *Sous le droit impérial antéjustinien.*

D. Quelles sont les premières dispositions du droit impérial qui vinrent, avant Justinien, modifier gravement notre matière?

R. Celles d'Auguste, les lois *Papia Poppæa*, *Junia Norbana* et *Ælia Sentia*.

D. Que décident les deux dernières?

R. Comme nous l'avons vu, elles crée**rent trois classes d'affranchis, ce qui donna lieu dorénavant** à deux espèces de successions passives, celle des affranchis citoyens romains, celle des latins juniens.

D. Que dispose la loi *Papia Poppea ?*

R. Elle est fort imparfaitement connue, même pour notre matière et c'est ce à quoi Justinien fait allusion en traitant le droit de succession patronal d'*obscurum et nube plenum*. Ce qu'on sait le mieux est propre au patron, relativement au *libertus*.

D. Quelle est donc cette disposition ?

R. Il faut distinguer les *liberti* en deux classes, eu égard à leur fortune ; la ligne de démarcation est fixée au chiffre de 100,000 sesterces (environ 21,000 fr.).

D. Que fait la loi quant à la classe inférieure?

R. Elle n'innove rien.

D. Que fait-elle pour l'affranchi opulent?

R. Elle accroît les droits du patron. Pour l'exclure de l'hérédité, il ne suffira plus qu'il y ait postérité naturelle ; il faudra au moins trois enfants. Au dessus de ce nombre le patron demeure entièrement exclu. Au-dessous, il prend part avec les enfants.

D. Cette disposition profite-t-elle au patron seul ?

R. Egalement à sa descendance.

D. Relativement à la succession active et passive des femmes, que savez-vous de la loi Papia ?

R. Il y a quatre dispositions connues, fondées sur le *jus liberorum*, sur le nombre d'accouchements :

1° La fille du patron, à laquelle, pas plus qu'à la petite fille, le préteur n'avait voulu accorder sa vocation ancienne *dimidiæ partis*, jouira même de la nouvelle, qui peut aller aux deux tiers, si elle a le *jus liberorum*, qui s'obtient par trois accouchements ; mais la fille seule, paraît-il.

2° L'affranchie qui a eu quatre enfants est libérée de la tutelle. Elle peut alors tester, sauf la réserve d'une part d'enfant à la famille patronale. Le tribut

qu'elle y paie est donc d'autant plus léger que sa postérité est plus nombreuse.

3° La patronne ayant le *jus liberorum* obtient l'ancienne vocation prétorienne, *contra tabulas*, et peut même, en certains cas, arriver à la légitime papienne, c'est-à-dire le concours avec un ou deux enfants du *de cujus* opulent.

4° Sa fille acquérant le *jus liberorum*, par un seul accouchement, succède à ses droits.

D. N'y a-t-il pas ici une distinction à faire, eu égard à la condition de la patronne, qui peut être ingénue, ou affranchie elle-même?

R. Oui bien et à deux points de vue :

1° A celui du nombre des enfants; pour obtenir la prérogative prétorienne, (non le concours par moitié avec les héritiers siens purement civils, mais seulement la *bonorum possessio dimidiæ partis*, contre l'héritier testamentaire,) l'ingénue acquiert le *jus liberorum* par deux enfants et l'affranchie par trois;

2° Quant à la prérogative papienne, la patronne ingénue pouvait seule y être admise, si elle avait trois enfants, jamais l'affranchie (Gaïus III, 50).

D. Pourquoi le concours n'est-il admis qu'avec les descendants du *libertus*?

R. Parce que la *liberta* n'a pas d'héritiers siens ou d'enfants assimilés. Toute sa descendance passe avant ou après la patronne, selon que le droit de patronage est entier ou non.

D. En quoi l'hérédité du latin, homme ou femme, diffère-t-elle de celle des affranchis citoyens?

R. La dernière est acquise à la famille patronale par un véritable droit de succession, la première par une sorte de retrait, de droit de pécule, puisque le latin meurt esclave. Il y a six différences à signaler entre les deux successions.

D. Quelle est la première différence?

R. Le latin ne peut tester et par conséquent son patron ou sa patronne ne peut être exclu ou réduit par nul héritier testamentaire.

D. Quelle est la seconde?

R. Le latin ne peut avoir d'héritier sien, n'ayant pas la puissance paternelle civile.

D. N'y a-t-il pas cependant un cas où l'affranchi meurt latin et le patron se voit exclu par un héritier sien?

R. Oui, c'est celui où, à sa place, sa veuve, ayant un fils âgé d'un an, en provoque la légitimation. Cet enfant doit avoir les mêmes prérogatives que s'il eût vécu en la puissance de son père, tout comme les postumes et c'est sans doute ce qu'expliquait Gaïus dans un texte lacéré (Gaï. I, 32).

D. Quelle est la troisième différence?

R. L'hérédité du citoyen, si le patron est prédécédé, n'appartient jamais qu'à ses héritiers siens ou enfants assimilés, même exhérédés, d'ailleurs. Au contraire, les biens du latin reviennent à tous les enfants non exhérédés et même à l'*hœres extraneus*.

D. Qu'est-ce qui explique cette différence?

R. Ce qu'on a dit plus haut. En instituant l'*extraneus*, en déshéritant les enfants siens, le patron défunt a transmis à l'un et enlevé aux autres les biens du latin son esclave en droit strict, faisant partie de sa propre hérédité; mais son testament n'a pu avoir le même effet pour ceux du *libertus civis romanus*, formant une hérédité distincte et non ouverte.

D. Quelle est la quatrième différence?

R. Si l'affranchi avait plusieurs copropriétaires, devenus patrons, les biens leur sont dévolus par tête, s'il était citoyen, et *pro parte dominii*, s'il était latin.

D. Citez la cinquième différence.

R. Le partage des biens du romain se fait sans représentation, comme on l'a vu, et, par conséquent ils se partagent par tête entre les ayants droit. C'est le contraire pour ceux du latin. Supposons qu'un patron copropriétaire ait survécu, tandis que l'autre est prédécédé laissant des enfants, le premier seul est ap-

pelé, comme *proximus agnatus*. De même si le patron unique prédécédé a laissé des descendants de degrés inégaux, le plus proche prime les autres. Relativement aux biens du latin, pour l'attribution desquels la représentation est admise, dans ces divers cas il y aurait concours et partage par souche ou refente.

D. Citez la dernière différence.

R. La part vacante d'un héritier, dans l'hérédité du romain, à raison des règles de la succession, appartient aux autres copartageants, par droit d'accroissement. Dans les biens du latin, elle revient au fisc.

D. La troisième règle que vous avez signalée, relativement à l'attribution des biens du latin à l'*heres extraneus*, n'a-t-elle pas été modifiée?

R. Oui; par le sénatus-consulte Largien, rendu sous Claude.

D. Quelle est sa disposition?

R. Il décide que les héritiers externes du patron seront primés par ses descendants, à moins qu'il les ait expressément exhérédés.

D. Quelles applications peut-on en faire?

R. Je citerai les suivantes:

1° Un citoyen laisse un fils émancipé et, conformément aux prescriptions du droit civil, exhérédé par sa simple prétérition au testament; cela suffit, sauf le droit prétorien, pour lui enlever l'hérédité, mais non les biens de l'affranchi latin de son père;

2° Le patron avait une fille ou un petit-fils, qu'il a pu se contenter de déshériter *inter cæteros*; comme ce n'est pas là une exhérédation expresse, elle n'enlève pas les biens du latin à l'exhérédé.

D. Les règles sur l'attribution des biens du latin ne s'appliquent-elles pas parfois à la succession de l'affranchi citoyen?

R. Oui, dans le cas d'un affranchi latin qui aurait obtenu le droit de cité à l'insu ou contre le gré de son patron. En ce cas, dit une constitution de Trajan,

l'octroi du droit de cité par la faveur impériale sera toujours tacitement fait *salvo jure patroni*.

D. Cette réserve et son effet ne tomberaient-ils pas si, d'ailleurs, le latin remplissait l'une des conditions auxquelles est attachée l'obtention de la cité?

R. Oui, le bon sens l'indique et cette interprétation est confirmée par un sénatus-consulte rendu sur la proposition de l'empereur Adrien.

D. Quelles étaient les règles sur la succession de l'affranchi déditice?

R. Il n'y en avait pas de spéciales et on se référait à celles indiquées plus haut.

D. Comment se détermine cette assimilation?

R. En faisant abstraction de la tache qui déshonore le déditice. D'après les conditions de l'affranchissement, on arrive à le regarder soit comme un latin junien, soit comme un citoyen romain.

D. L'assimilation sur ce dernier point peut-elle être entière?

R. Non : il y a toujours ces deux différences fort importantes, 1° que le déditice ne peut tester, 2° qu'il n'a jamais *in manu* sa bru ou son épouse; qu'il ne peut davantage obtenir la puissance paternelle, quand même son épouse légitimerait les enfants communs, par l'*erroris causæ probatio*; que la légitimation par la *causæ probatio* ne leur compète pas, et que, de toutes façons, il ne peut avoir d'héritiers siens.

D. N'y a-t-il pas encore d'autres dispositions du droit impérial à citer?

R. Oui, des dispositions de droit commun et une spéciale à la succession d'affranchi.

D. Quelles sont les premières?

R. 1° La vocation des enfants de l'affranchie, par le sénatus-consulte Orphitien, de préférence au patron ou à la patronne, même agnat;

2° La vocation des petits-enfants des mêmes et celle des petits-enfants *ex filia* du *libertus*, d'après la constitution théodosienne de 389.

D. Quelle est la disposition spéciale?

R. Une constitution de 447 ap. J.-C. renfermant des innovations importantes dont on fait communément à tort honneur à Justinien :

1° L'assimilation du *libertus* et de la *liberta* ;

2° Dans la succession testamentaire, réservo d'un tiers pour le patron et ses descendants, sur les biens de l'affranchi, homme ou femme, mort sans postérité. Les dispositions ultérieures de Justinien portent à penser que le texte de cette constitution est incomplet, en omettant de faire acception de la fortune du *de cujus* ;

3° Dans la succession ab intestat, quand, à défaut d'enfant, le *de cujus* laisse ses père, mère, frères ou sœurs, la succession est dédoublée par fente entre ses parents, d'une part, et les descendants du patron, de l'autre.

Section 4e. — *Sous Justinien*

D. Justinien a-t-il remanié la législation en cette matière?

R. Oui, par plusieurs dispositions importantes.

D. Signalez sa première réforme.

R. C'est la suppression des diverses classes d'affranchis, entraînant celle des distinctions pour l'attribution des biens des latins et des affranchis citoyens ; tous ont maintenant ce titre.

D. Quelle est sa deuxième réforme?

R. Il a supprimé de même les distinctions, à raison du sexe, soit entre les affranchis, soit entre les patrons, soit entre les descendants de ces derniers, ce qui parfait une grande simplification, déjà commencée par la constitution valentinienne de 447.

D. Quelle est la troisième réforme?

R. C'est le droit de patronage étendu à tous les héritiers légitimes du patron et de la patronne.

D. N'y a-t-il pas une limite?

R. Oui, celle que nous avons déjà citée. La vocation de l'ordre des cognats est limitée à un degré de moins dans cette succession qu'en celle des ingénus.

D. Cette succession comporte-t-elle la représentation et la dévolution?

R. La représentation n'y est admise, comme jadis, que pour la descendance du *de cujus*, non pour celle du patron, formant l'ordre des agnats, ni pour les cognats. Quant à la dévolution, elle est générale.

D. Quels sont, en résumé, les divers ordres d'héritiers légitimes des affranchis?

R. La constitution originale de Justinien, *de jure patronatus*, a été perdue et la matière demeure obscure. Nous pensons qu'on peut s'arrêter à cette théorie, qui est assez bien d'accord avec l'équité. Les ordres seraient : 1o les descendants, 2o le patron, la patronne et leur descendance, 3o les père et mère du *de cujus*, 4o ses frères et sœurs; 5o les cognats du patron jusqu'aux 5e et 6e degrés; 6o les cognats du *de cujus*; il faut tenir compte de la *cognatio servilis*.

D. Vous appelez au 6e rang les parents de l'affranchi, au 5e ceux du patron. N'est-il pas étrange que ses aïeuls, ses neveux, du 2e et 3e degrés, soient primés par les parents aux 5e et 6e degrés du patron?

R. Très-étrange. Les commentateurs n'assignent nul rang en général aux cognats du *de cujus* et n'en font point un ordre. Peut-être n'y avait-il qu'un ordre et appelait-on ensemble les cognats de l'affranchi et du patron, eu égard à leur degré. Peut-être mieux, et ceux qui naissent de l'opposition des textes, faut-il admettre deux successions, par la fente entre la famille du patron et celle de l'affranchi, d'après la constitution de 447.

D. Justinien n'a-t-il pas aussi étendu ses dispositions à la succession testamentaire ?

R. Oui et aussi d'une manière simple en reproduisant sans doute entièrement la constitution valentinienne : de telle sorte qu'on ne sait comment expliquer ce qu'il dit de la nouveauté de son système (Inst. hic § 3) et notamment ces mots, *non dimidiam*.

D. Quelles sont ici ses dispositions ?

R. On distingue les affranchis opulents, qui ont plus de cent sous d'or, et ceux de moindre fortune. Ces derniers, hommes ou femmes, ont pu tester librement, sauf l'observation des règles de droit commun. Pour ceux opulents, sous-distinguons. Ou l'affranchi a des enfants, et alors encore il est libre dans ses dispositions. Ou il n'a pas d'enfants : en ce cas, le patron, la patronne, a une légitime d'un tiers.

D. Dans quel cas serait-on s'il y avait des enfants indignes ou justement exhérédés ?

R. Ces enfants ne faisant pas obstacle à la vocation ab intestat, le patron aurait droit au tiers à l'encontre de l'institué.

D. Qu'y a-t-il de fort remarquable, dans cette série de dispositions ?

R. Leur importance pour les femmes, relevées de leur infériorité. L'affranchie peut tester tout aussi librement que le *libertus* ; la patronne est légitimaire dans le même cas que le patron.

TITRE VIII

Du droit de succession chez les descendants du patron.) De l'assignation d'affranchi.

Section 1re. — *Droits héréditaires des descendants des patrons.*

D. Quels étaient les droits héréditaires des descendants du patron et de la patronne, sur les biens des affranchis défunts?

R. Comme on l'a vu au titre précédent, on ne peut résoudre cette question sans faire acception de diverses périodes: et, du reste, les droits des descendants sont plus incertains, à quelque époque, que ceux des patrons mêmes.

D. Quels sont ces droits, sous les XII Tables?

R. La vocation pour les descendants légitimes et agnats, même adoptifs du patron, est la même que pour lui. Elle est nulle, au contraire, pour ceux émancipés et donnés en adoption. Elle est nulle de même pour les enfants naturels, les *spurii*.

D. Les descendants appelés le sont-ils tous, sans acception de sexe, de degré, de souche?

R. On ne fait pas acception du sexe; mais le degré est une cause d'exclusion pour les moins proches, parce qu'il y a ici succession d'agnats, par conséquent

sans représentation ; leur souche aussi est une cause d'exclusion pour les petits-enfants *ex filia*.

D. Quels sont les droits des descendants, d'après les dispositions prétoriennes ?

R. Comme on l'a vu, le préteur donne aux descendants mâles des patrons, des droits plus étendus que la loi des XII Tables, dans la succession testamentaire ou *ab intestat* de l'affranchi mâle, savoir la *bonorum possessio dimidiæ partis*, à l'encontre soit de l'héritier institué, soit des héritiers siens civils. En outre, les descendants de la patronne étant frustrés par la loi des XII Tables, il donne, mais aux mâles seulement, les droits de leur mère et aïeule.

D. Le préteur n'a-t-il pas restitué les descendants du patron contre la dation en adoption ou l'émancipation, comme pour la succession d'ingénu ?

R. Pas directement. Nous sommes ici dans une succession d'agnats, et le préteur ne faisait point de restitution pour cet ordre. Il se contente d'appeler tous les descendants devenus cognats, le patron et la patronne même, déchus de l'agnation, dans sa huitième possession de biens, *unde patronus*, etc.

D. Quel est le droit de la loi Papia Poppea pour les descendants ?

R. Il y a alors trois classes de descendants, eu égard à leur sexe et à leur degré :

1° Les descendants mâles de patron, d'abord, qui ont la légitime et la vocation papienne dans les successions testamentaires ou *ab intestat* d'affranchi ou d'affranchie, savoir : part d'enfant avec ceux de l'affranchi qui laisse une grande fortune à une petite famille et part d'enfant avec ceux, quel que soit leur nombre, de l'affranchie libérée de la tutelle ; les descendants de patronne par des mâles qui succèdent aussi aux droits de leur aïeule ;

2° La fille de patron ou de patronne, qui, à l'aide du *jus liberorum*, peut obtenir l'entier droit de succession et de légitime de son auteur ;

3° **Les petites-filles et arrière-petites-filles, qui demeurent toujours privées de droit à l'encontrede la postérité de l'affranchi, et plus tard de l'affranchie.**

D. La disposition à laquelle vous faites maintenant allusion ne doit-elle pas être mentionnée dans ce résumé?

R. Oui. C'est le sénatus-consulte Orphitien, que la constitution théodosienne de 389 étendit aux descendants de degré reculé, sans distinction de sexe. Les *neptes* des patrons eurent dès lors le même droit que les *nepotes* et les *pronептes* que les *pronepotes*.

D. Quels sont les droits des descendants sous Justinien?

R. Il y a une entière assimilation entre ceux de patron et ceux de patronne, comme entre leurs auteurs. Le sexe n'est plus une cause d'infériorité et le degré n'a d'effet, en ce sens, que par suite du défaut de représentation.

Section 2e. — *De l'assignation d'affranchi.*

D. N'a-t-il pas été admis de dérogation, à une certaine époque, aux règles ci-dessus résumées.

R. Oui, par l'assignation d'affranchi?

D. Qu'est-ce que cette institution?

R. C'est la disposition par laquelle un patron désigne l'un de ses descendants en puissance, pour lui succéder seul dans l'exercice de ses droits vis-à-vis de tel affranchi, homme ou femme. Elle nous rappelle l'assignation d'enfant.

D. Quelle est l'origine de cette faculté?

R. Un sénatus-consulte rendu sous Claude.

D. L'assignation n'a-t-elle d'effet que pour la succession?

R. Elle transmet à l'assignataire tous les droits de patronage. S'il est en état de gérer cette fonction, par exemple, il sera tuteur de l'affranchie assignée. Lui et sa race, auront seuls la gentilité vis-à-vis de la race de l'affranchi mâle, si on admet que telle soit la nature de la gentilité.

D. Qui peut faire l'assignation ?

R. Tout *paterfamilias* ayant ou pouvant avoir plus d'un descendant.

D. Pourquoi dites-vous *ayant ou pouvant avoir plus d'un descendant?*

R. *Plus d'un...* parce qu'il n'y a pas d'intérêt à l'assignation, s'il n'y a qu'un descendant, qui est nécessairement assignataire. *Pouvant avoir....* parce qu'au temps de Claude les dispositions pour les posthumes siens, aquilliens et velléiens étaient admises.

D. Vous dites encore *paterfamilias*. La patronne ne peut donc faire l'assignation ?

R. En effet. La patronne ne pouvait que transmettre son droit aux *operæ*, sans modifier la vocation qu'avaient reçue ses descendants des deux sexes.

D. A qui peut se faire l'assignation ?

R. A l'une quelconque des personnes en puissance ou appelés, sans acception de sexe ni de degré.

D. Comment sont-ils indifférents ?

R. Le degré, en ce qu'on peut assigner au petit-fils de préférence au fils, qui, autrement, l'exclurait; le sexe, en ce qu'on peut assigner à l'une des descendantes ou à la femme *in manu*.

D. La femme ne peut cependant avoir l'intégralité des droits du patron, la tutelle sur une affranchie.

R. Il est vrai ; mais celui qui remplira la fonction ne pourra autoriser l'affranchie à tester au préjudice de l'assignataire.

D. L'assignation est-elle nécessairement une mesure d'exclusion ?

R. Elle peut avoir, au contraire, pour but de réparer l'exclusion dont les principes énoncés plus

haut frappèrent certains des descendants de patron.

D. Quelles applications en peut-on faire ainsi?

R. En voici trois, dont la première est indiquée au Digeste :

1° On peut assigner à un émancipé concurremment avec un enfant sien ou avec tous ;

2° Aux filles ou petites-filles, avec les mâles de leur degré, ou l'un d'eux, pour qu'elles aient les mêmes prérogatives,

3° Aux petits-enfants, concurremment avec les fils survivants ou l'un d'eux, pour qu'ils ne soient pas primés, faute de représentation.

Le *paterfamilias* qui aurait plusieurs fils, pourrait même, prévoyant l'hypothèse du prédécès de l'un ou de plusieurs, assigner aux survivants avec tous les petits-enfants de souche indéterminée. Ce serait valable en vertu de la loi *Junia Velleia*.

D. Le peut-on à un émancipé seul, à une fille?

R. L'assignataire isolé doit avoir vocation éventuelle. Donc l'assignation faite à l'émancipé serait nulle et celle à la fille ne lui assurerait que les droits résultant des XII Tables et de la loi Papia, non ceux que le préteur accorde au patron et que celui-ci pourrait assigner à un mâle.

D. Quelle est la forme de l'assignation?

R. Sauf les conditions énoncées de puissance paternelle chez l'assignant et de vocation éventuelle chez l'assignataire isolé, il n'y a nulle règle de forme extrinsèque ou intrinsèque. On peut assigner à titre de donation à cause de mort, de testament, par *nuncupatio quibuscumque verbis* ou même *nutu*.

D. De quelle manière s'éteint l'assignation?

R. Trois causes la font évanouir :

1° La révocation, dans une forme quelconque;

2° La *capitis deminutio*, même *minima*, frappant l'assignataire, ensuite de son émancipation, etc.;

3° Son prédécès sans postérité, ou, s'il en a laissé, le prédécès de ses descendants avant le patron.

D. Que se passe-t-il quand l'assignataire laisse des enfants survivant au patron ?

R. Comme il est censé seul patron, sa postérité recueille ses droits d'après les règles fixées plus haut.

D. Quel est l'effet de l'extinction ?

R. Elle bénéficie à ceux qui auraient souffert de l'assignation. Ceux qu'elle eût relevés de leur exclusion restent exclus. Dans le cas où elle aurait créé une simple cause de préférence, l'égalité reprend entre les descendants.

TITRE IX

Des possessions de biens.

Section 1re. — *Généralités.*

D. Qu'est-ce que la *bonorum possessio ?*

R. C'est le droit octroyé par le préteur de détenir les corps et d'exercer les droits dépendant d'une hérédité. C'est l'investiture d'héritier donnée par le magistrat.

D. Cette investiture suffit-elle pour rendre héritier?

R. Non. La loi seule, et non le préteur, confère ce titre. Mais il donne la détention des biens, le domaine bonitaire, l'interdit *quorum bonorum*, suite

d'action possessoire pour défendre sa possession, et, quand la *bonorum possessio* est effective, elle a pour celui que le préteur seul appelle, en dehors du droit civil, la même efficacité que l'hérédité.

D. Comment les *possessores* peuvent-ils exercer les actions héréditaires et sont-ils poursuivis?

R. Le préteur a créé pour eux une pétition d'hérédité particulière, la *possessoria hereditatis petitio*; il leur donne l'action *familiæ erciscundæ* utile et toutes les autres à titre fictif, c'est-à-dire en posant en hypothèse qu'ils sont héritiers.

D. Quelle est l'origine de la *bonorum possessio?*

R. Dans les actions réelles de l'ancienne procédure, le magistrat était chargé de statuer sur la possession intérimaire, c'est-à-dire de donner à l'une des parties, pour la durée du litige, la détention et la jouissance de ce qui en faisait l'objet. Bien qu'il y ait vn autre système, fondé même sur le texte des Instituts, cet usage de procédure me semble être la source de l'hérédité prétorienne. Dans la pétition d'hérédité, qui est une action réelle, le magistrat attribuait la possession des biens du *de cujus* à celui qui, d'après ses vues, était préférable. S'il était dénué de titre ou de preuve, l'adversaire ne pouvait les recouvrer. En établissant ses rapports civils avec le défunt et sa vocation légale, il triomphait de celui qui avait eu le succès préjudiciel et qui devait alors restituer l'hérédité. Mais aussi, peu à peu le préteur s'enhardit dans ses préférences et refuse d'ordonner la restitution à ceux des héritiers légitimes dont la vocation était le moins respectable aux yeux de l'opinion. Tels sont les agnats vis-à-vis des descendants émancipés ou donnés en adoption, les gentils vis-à-vis des cognats.

D. N'y a-t-il pas une institution prétorienne qu'il importe de distinguer de la *bonorum possessio?*

R. Oui, parce que son nom offre avec ce mot une

extrême analogie. C'est la *possessio bonorum* ou envoi en possession, que nous trouvons dans certaines procédures, notamment dans la *bonorum venditio*.

D. Comment divise-t-on les *bonorum possessiones?*

R. On en donne principalement quatre classifications, prises de points de vue différents. Elles sont contraires ou conformes au droit civil, — édictales ou décrétales, — testamentaires ou *ab intestat*, — effectives ou non.

D. Reprenez la première division.

R. La *bonorum possessio* est conforme au droit civil, quand le préteur la donne à l'héritier appelé par la loi ; contraire, quand on l'accorde à un autre.

D. L'héritier qu'appelle le droit civil, pourvu que le préteur s'abstienne de le combattre, n'a-t-il pas une vocation parfaitement effective ?

R. On comprend que l'investiture ne lui est pas inutile. Gaïus fait quelque allusion à des avantages oubliés ; il renonce à en signaler d'autres que celui de l'interdit *quorum bonorum*. Il était fort commode à l'héritier civil de se défendre, au possessoire seulement, contre qui lui contestait le droit aux corps ou créances héréditaires ; à obliger ses adversaires à produire leur prétention comme demandeurs, en leur rejetant le faix de la preuve. C'est, toutefois, un point obscur que la portée de l'interdit *quorum bonorum*.

D. Ne donne-t-on pas généralement, à ce premier point de vue, une division tripartite des *bonorum possessiones?*

R. Oui ; d'après les Instituts mêmes, elles sont créées *confirmandi, vel supplendi, vel emendandi, veteris juris gratia*.

D. Donnez des exemples des trois espèces.

R. Le préteur confirme le droit ancien, quand il donne son hérédité aux agnats, au patron. Il y supplée, quand il appelle les émancipés avec les héritiers siens ; et, mieux encore, les cognats à défaut d'agnats

ou de gentils, pour enlever au caprice de l'usucapion lucrative des biens que l'insuffisance de l'ancien droit laisserait vacants. Le préteur, enfin, combat l'ancien droit, quand il appelle les enfants émancipés, avant les agnats, et les cognats à l'exclusion des gentils.

D. Que sont les possessions de biens édictales?

R. Ce sont celles que le préteur accorde sans instruction, d'après la simple notoriété du titre du demandeur, conformément aux conditions déterminées d'une façon réglementaire, dans l'édit. Ainsi, le préteur promet aux agnats la possession *unde legitimi*. Tout agnat, s'il n'est primé, est sûr de l'obtenir. La délivrance est un acte de juridiction gracieuse.

D. Qu'est-ce que les possessions de biens décrétales?

R. Celles qui ne sont point annoncées dans l'édit, ou, en tout cas, n'y sont point promises d'une façon générale. La délivrance est un acte de la juridiction contentieuse; elle n'a lieu qu'après instruction et appréciation des circonstances, qui peuvent y donner lieu. Elle ne résulte que d'un jugement, *decretum*, rendu dans un litige.

D. Citez des exemples de telles possessions.

R. 1° Quand on dispute une hérédité à un impubère en contestant son état; si le débat est sérieux, la décision doit en être remise à la puberté du défendeur, pour qu'il puisse soutenir ses intérêts mieux que ne le ferait probablement son tuteur. Dans l'intervalle, l'édit carbonien indique qu'on donnera la possession de l'hérédité à l'impubère, s'il y a lieu.

2° Quand une femme se prétend grosse d'un enfant qui aurait droit à quelque possession de biens édictale, le préteur peut donner la possession provisoire *ventris nomine*, en jugeant d'abord, sur les allégations adverses, si la grossesse existe effectivement, si elle doit être rapportée à celui dont le part peut tirer sa vocation.

D. Reprenez la troisième division.

extrême analogie. C'est la *possessio bonorum* ou envoi en possession, que nous trouvons dans certaines procédures, notamment dans la *bonorum venditio*.

D. Comment divise-t-on les *bonorum possessiones?*

R. On en donne principalement quatre classifications, prises de points de vue différents. Elles sont contraires ou conformes au droit civil, — édictales ou décrétales, — testamentaires ou *ab intestat*, — effectives ou non.

D. Reprenez la première division.

R. La *bonorum possessio* est conforme au droit civil, quand le préteur la donne à l'héritier appelé par la loi; contraire, quand on l'accorde à un autre.

D. L'héritier qu'appelle le droit civil, pourvu que le préteur s'abstienne de le combattre, n'a-t-il pas une vocation parfaitement effective?

R. On comprend que l'investiture ne lui est pas inutile. Gaïus fait quelque allusion à des avantages oubliés; il renonce à en signaler d'autres que celui de l'interdit *quorum bonorum*. Il était fort commode à l'héritier civil de se défendre, au possessoire seulement, contre qui lui contestait le droit aux corps ou créances héréditaires; à obliger ses adversaires à produire leur prétention comme demandeurs, en leur rejetant le faix de la preuve. C'est, toutefois, un point obscur que la portée de l'interdit *quorum bonorum*.

D. Ne donne-t-on pas généralement, à ce premier point de vue, une division tripartite des *bonorum possessiones?*

R. Oui; d'après les Instituts mêmes, elles sont créées *confirmandi, vel supplendi, vel emendandi, veteris juris gratia*.

D. Donnez des exemples des trois espèces.

R. Le préteur confirme le droit ancien, quand il donne son hérédité aux agnats, au patron. Il y supplée, quand il appelle les émancipés avec les héritiers siens; et, mieux encore, les cognats à défaut d'agnats

ou de gentils, pour enlever au caprice de l'usucapion lucrative des biens que l'insuffisance de l'ancien droit laisserait vacants. Le préteur, enfin, combat l'ancien droit, quand il appelle les enfants émancipés, avant les agnats, et les cognats à l'exclusion des gentils.

D. Que sont les possessions de biens édictales?

R. Ce sont celles que le préteur accorde sans instruction, d'après la simple notoriété du titre du demandeur, conformément aux conditions déterminées d'une façon réglementaire, dans l'édit. Ainsi, le préteur promet aux agnats la possession *unde legitimi.* Tout agnat, s'il n'est primé, est sûr de l'obtenir. La délivrance est un acte de juridiction gracieuse.

D. Qu'est-ce que les possessions de biens décrétales?

R. Celles qui ne sont point annoncées dans l'édit, ou, en tout cas, n'y sont point promises d'une façon générale. La délivrance est un acte de la juridiction contentieuse; elle n'a lieu qu'après instruction et appréciation des circonstances, qui peuvent y donner lieu. Elle ne résulte que d'un jugement, *decretum*, rendu dans un litige.

D. Citez des exemples de telles possessions.

R. 1° Quand on dispute une hérédité à un impubère en contestant son état; si le débat est sérieux, la décision doit en être remise à la puberté du défendeur, pour qu'il puisse soutenir ses intérêts mieux que ne le ferait probablement son tuteur. Dans l'intervalle, l'édit carbonien indique qu'on donnera la possession de l'hérédité à l'impubère, s'il y a lieu.

2° Quand une femme se prétend grosse d'un enfant qui aurait droit à quelque possession de biens édictale, le préteur peut donner la possession provisoire *ventris nomine*, en jugeant d'abord, sur les allégations adverses, si la grossesse existe effectivement, si elle doit être rapportée à celui dont le part peut tirer sa vocation.

D. Reprenez la troisième division.

R. Les *bonorum possessiones* sont testamentaires ou *ab intestat*, suivant le caractère de la succession où le préteur les accorde.

D. Quand les possessions sont-elles effectives ?

R. Lorsqu'à l'aide de l'interdit *quorum bonorum* l'héritier prétorien doit, vis-à-vis de tous, obtenir leur délivrance et n'a pas à craindre d'en être dépouillé par les héritiers du droit civil. Dans le cas contraire, la possession est inefficace, *sine re*.

D. Citez des exemples de possession effective ?

R. Dans la succession testamentaire :

1° Un testament régulier a été rompu par l'agnation d'un enfant du *de cujus* ; mais cet enfant est mort, ou il survit sans demander la *bonorum possessio contra tabulas ;* ou bien encore, c'était un enfant émancipé qui, s'étant adrogé, se trouve toujours *in adoptiva familia*, et s'il demande la *bonorum possessio*, le préteur la lui refusera : parce qu'il n'est plus censé enfant. L'héritier a la *bonorum possessio cum re*.

Dans la succession *ab intestat*, exemples :

1° L'héritier légitime a demandé la possession ;

2° Les émancipés sont appelés par la possession *unde liberi*, en concours avec des *héritiers siens*, et les cognats, à défaut d'héritier civil, par celle *unde cognati*. Nul ne peut venir leur ravir les biens.

D. Ces possessions de biens ont-elles toujours été effectives, quand la première était donnée seulement en présence d'agnats et la seconde de gentils ?

R. A l'origine, certes non. Dans les deux cas, il y avait des héritiers légitimes à qui le préteur ne devait pas refuser la restitution des biens ; mais il y arriva de bonne heure, et le moyen de procédure servit d'acheminement à une réforme de la législation.

D. Citez des exemples de possession *sine re*.

R. Dans la succession testamentaire :

1° Quand l'héritier régulièrement institué s'empare des biens sans forme de procédure, les héritiers

légitimes, que le préteur voit dans son prédire, obtiendront la *bonorum possessio* ; mais quand ils exerceront l'interdit *quorum bonorum*, s'ils n'y sont pas paralysés par une exception, ils n'y trouveront nulle utilité, la succession devant, en définitive, rester à celui qui l'a occupée ;

2° Quand un testament n'est valable que d'après le droit prétorien, l'institué obtient la *bonorum possessio* ; mais l'héritier légitime est fondé à se prévaloir du défaut de testament aux yeux de la loi ;

3° De même au cas de *testamentum ruptum*, que le préteur confirme, faute de droit ou de diligence du descendant par l'agnation duquel il y a eu rupture ;

4° De même pour le testament où est institué un postume externe.

Dans la succession *ab intestat* :

1° Quand les héritiers siens occupent l'hérédité et que le plus proche agnat se présente seul ;

2° De même quand les cognats se présentent, y ayant des agnats.

D. Quelle peut être l'utilité d'une *bonorum possessio*, comportant l'obligation de rendre ainsi ?

R. Celui qui la demande est naturellement de bonne foi, donc il retient les fruits consommés. Mais, en outre, comme le nombre des héritiers légitimes est fort restreint, surtout quand le préteur, aidant aux mœurs, a supprimé l'ordre des gentils, il peut se faire qu'il ne s'en présente aucun. Ainsi, le *de cujus* a institué un postume externe, ou fait un testament prétorien, et il laisse des agnats, des cognats et sa veuve ; si le plus proche agnat demande l'hérédité, la *bonorum possessio* donnée à l'institué demeure *sine re* ; mais si l'agnat s'abstient, décède avant l'adition, elle est effective. Le préteur proclame la déchéance des agnats refuse, puis la possession aux cognats et à la veuve. De même, un testament régulier est rompu par l'agnation d'un héritier sien abstenant. Les agnats sont écartés par sa présence, et l'héritier jouit en paix avec une possession *sine re*.

D. Comment devient-on *bonorum possessor* ?

R. Il faut une demande au préteur ou président de province, pour laquelle on suivait, à l'origine, un formalisme rigoureux, en disant : « *Da mihi hanc bonorum possessionem*, » les erreurs entraînant la perte de la possession à laquelle on avait droit. Deux constitutions de Constance sont venues réformer ce droit, en décidant, d'une part, qu'il suffit de faire la demande aux juges de toute qualité, et, d'autre part, qu'on restituera ceux qui, par ignorance, auraient négligé cette formalité.

D. Ne faut-il pas aussi observer certains délais ?

R. Oui ; nous avons vu que le préteur avait créé plusieurs possessions de biens. Il y en avait huit pour les successions *ab intestat*, la plupart comportant plusieurs ordres d'appelés. Pour éviter les conflits, ainsi que le péril des biens, dettes et créances héréditaires, le préteur avait fixé des délais, pour chaque ordre.

D. Quels étaient ces délais ?

R. D'après les Instituts, un an pour les ascendants et descendants, cent jours pour tous autres.

D. Quelle est la nature de ces délais ?

R. Ils sont utiles, courant seulement *a quo potuerit*, avec omission des jours néfastes.

D. Comment perd-on le droit à la *bonorum possessio* ?

R. De plusieurs manières : 1° par la renonciation, 2° les inexactitudes dans la demande, 3° la perte de capacité, par décès ou autrement, 4° l'expiration du délai. Dans les trois premiers cas, le délai commence prématurément à courir, pour les prochains appelés, *a quo scire potuerint*.

D. Quels sont les prochains appelés ?

R. Ils sont déterminés par l'accroissement, la dévolution et l'ordre des *bonorum possessiones*.

D. Expliquez cela.

R. S'il y avait pluralité d'appelés du même degré, le défaut de l'un d'eux profite aux autres. S'il

n'y en avait qu'un, on passe, en général, au degré prochain ; mais pas toujours : ainsi, dans la possession de biens donnée aux héritiers légitimes, la loi ancienne n'admettant pas la dévolution, le préteur l'écarte. Enfin, les possessions de biens ne comprennent pas toutes plusieurs degrés. Celle donnée au conjoint survivant n'admet même qu'une seule personne. On ne peut attendre, en ce cas, que les appelés de la possession suivante.

Section 2e. — *Explication des possessions de biens édictales.*

D. Combien y a-t-il de ces possessions de biens ?

R. Onze, avant Justinien et divisées en deux groupes : celles testamentaires, celles *ab intestat*.

D. Quelles sont les possessions testamentaires ?

R. 1° *Contra tabulas*, et 2° *Secundum tabulas*.

D. Leur rang est-il indifférent ?

R. Non. Le préteur recherche, logiquement, d'abord, si quelqu'un doit avoir le titre d'héritier prétorien, contrairement au testament ; ensuite, à défaut, conformément au testament.

D. Qui peut invoquer la *bonorum possessio contra tabulas* ?

R. Ce sont les descendants en puissance directe omis dans le testament de leur *parens* ou irrégulièrement exhérédès, lorsqu'ils avaient l'agnation ou sont en droit de se la faire restituer.

D. Quels sont ces descendants ?

R. Ceux qui avaient encore l'agnation sont les héritiers siens. Ceux qui peuvent se la faire restituer sont, comme nous l'avons vu, les descendants éman-

cipés, ceux mis en adoption et les filles mises *in manu*, s'ils sont sortis de l'*extranea familia* avant la mort du *parens naturalis*. Dans le cas contraire, il n'y a pas de restitution. En un mot, cette possession, propre à la succession testamentaire, est réglée comme nous l'avons vu pour celle *unde liberi*, dans la succession légitime.

D. Mais, alors qu'il y a testament, ne faut-il pas, parfois, demander la possession *unde liberi?*

R. Oui, puisque nous savons qu'il ne suffit pas de l'existence de fait d'un testament pour rendre la succession testamentaire. Supposez un citoyen, testant dans la forme purement civile, sans mentionner ses descendants siens. Ce testament n'existe pas aux yeux du préteur, et, en droit civil, l'omission des héritiers siens le rend nul aussi; dès lors, il y a succession *ab intestat*, à tous les points de vue. Mais supposez que ce testament, omettant les héritiers siens, soit fait en forme prétorienne, ou qu'il n'omette que des enfants émancipés, le préteur en fait acception pour le méconnaître, la succession est testamentaire au moins à ses yeux, et c'est la possession *contra tabulas* qu'il faut lui demander.

D. La *bonorum possessio contra tabulas* ne reçoit-elle pas une autre application?

R. Oui; comme nous l'avons vu, c'est la sanction du droit de réserve, donné au patron et à ses fils contre l'héritier institué par le *libertus*, et même par la *liberta* exempte de tutelle.

D. Cette possession est-elle propre à la succession d'ingénu?

R. Non, puisque les affranchis ont aussi la puissance paternelle, dont les rapports lui servent de base; mais, pour ce même motif, elle est propre aux hérédités des mâles.

D. Est-elle contraire ou conforme au droit civil?

R. L'un et l'autre, suivant ses applications. Elle

confirme le droit civil, quand le préteur la donne aux héritiers siens omis. Elle y est contraire, quand il le donne à ceux qui ont perdu l'agnation ou au patronat; parce que, d'après le droit civil, ces personnes sont régulièrement omises et frustrées.

D. Expliquez la *possessio secundum tabulas*.

R. C'est celle que le préteur donne à l'héritier institué, quand il n'y a pas lieu à la précédente et que, d'après sa jurisprudence, il doit confirmer le testament.

D. Quand le testament doit-il être confirmé?

R. Quand il remplit les conditions prétoriennes. On sait que le préteur est moins rigoureux que le droit civil sur les règles de forme intrinsèque et extrinsèque, par exemple :

1° Sur la capacité de l'institué : il admet que ce soit un postume externe ;

2° Sur la capacité du testateur : ses dispositions sont maintenues quand même, après les avoir écrites, il aurait subi la *capitis deminutio*, s'il décède *paterfamilias*;

3° Pour la confection même, où il se contente des cachets de sept témoins sur des tablettes écrites.

D. Cette possession est-elle conforme au droit ?

R. Conforme ou contraire, selon l'application. Quand l'institué l'est conformément au droit civil, le préteur confirme la loi en le reconnaissant. Quand il ne l'est qu'en la forme prétorienne, lui donner le titre d'héritier à l'encontre de ceux appelés *ab intestat*, c'est combattre le droit civil. La possession, en ce cas, du reste, est *sine re*.

D. Quelles sont les possessions *ab intestat* ?

R. Elles sont au nombre de huit classées et une hors rang. Les premières sont : 3. *Unde liberi*, — 4. *Unde legitimi*, — 5. *Unde decem personæ*, — 6. *Unde cognati*, — 7. *Tum quem ex familia* ou *Tanquam ex familia*, — 8. *Unde patronus, patrona, liberi eorum et parentes*, — 9. *Unde vir et uxor*, —

10. *Unde cognati manumissoris.* La dernière est : *Tum quibus ex legibus.*

D. Comment peut-on subdiviser les huit possessions *ab intestat* classées ?

R. Quatre sont propres aux successions d'affranchis, les 5e, 7e, 8e et 10e. Les autres sont communes à toutes les successions.

D. Expliquez celle *unde liberi.*

R. Son application est bien claire, d'après ce que nous avons dit au sujet de la succession des descendants et de la *possessio contra tabulas.*

D. Est-elle conforme au droit civil ?

R. Oui ou non, selon ses applications, comme on l'a vu pour la *bonorum possessio contra tabulas*, celle-ci se donnant aux mêmes descendants.

D. Vous avez montré qu'il est souvent difficile de distinguer laquelle de ces deux possessions ils doivent demander. Quel intérêt y a-t-il à le faire ?

R. Cet intérêt existe, à plusieurs points de vue :

1° A celui de l'exactitude de la demande ;

2° A celui des délais, la vocation à la seconde possession pouvant ne s'ouvrir qu'après le laps de temps fixé pour demander celles testamentaires ;

3° Au point de vue de certaines dispositions de dernière volonté, à l'exécution desquelles les descendants, non héritiers siens, simples *bonorum possessores*, sont tenus de contribuer quand ils viennent par la possession *contra tabulas*, et non tenus s'ils ont la possession *unde liberi.*

D. Expliquez la *possessio unde legitimi.*

R. C'est celle que le préteur accorde à tous les héritiers appelés *ab intestat* par les lois des successions anciennes ou nouvelles, suivant leur ordre de vocation. Elle sert donc subsidiairement aux descendants ayant négligé la possession qui leur était propre. Elle peut être ainsi demandée par la mère, d'après le sénatus-consulte Tertullien, par les enfants d'après l'Orphitien, et les petits-enfants en

vertu de la constitution théodosienne, de 389 : par le patron resté agnat et ses descendants, sauf, si je ne me trompe, le *manumissor extraneus*.

D. Cette possession est-elle conforme au droit ?

R. Oui, toujours.

D. Expliquez celle *unde decem personæ*.

R. Je l'ai fait plus haut. Comme on l'a vu, elle n'était pas relative à une véritable succession d'affranchi, et le *manumissor extraneus* de l'ingénu que son *parens* a mancipé sans contrat de fiducie, n'est pas un véritable patron. C'est la jurisprudence qui l'appelle plutôt que la loi. Voilà pourquoi je pense que la possession de biens *unde legitimi* ne lui compétait pas. Il y en a une autre raison, c'est qu'un *capite diminutus* ne peut pas avoir de patron agnat. De toutes façons, il faut bien que ce *manumissor* vienne après les *decem personæ* qui sont au 5e rang, sans quoi il primerait les mêmes personnes que cette possession a pour but unique de mettre avant lui.

D. Cette possession est-elle conforme au droit ?

R. Elle est contraire à une vocation qui est tirée du droit civil.

D. Expliquez la *possessio unde cognati*.

R. Je l'ai fait dans le titre qui y est spécial.

D. Expliquez la possession *tanquam ex familia*.

R. Cette possession appelle, (*tum quem ex familia*), alors, celui qu'il faut choisir dans la famille (du patron), ou (*tanquam ex familia*) ceux qui semblent être de la famille (de l'affranchi). La seconde version est préférable ; mais les deux donnent le même sens pratiquement. On appelle ici les agnats composant la famille patronale, qui tiennent lieu d'agnats à la *liberta*, et même au *libertus* dénué de descendants. Le patron agnat et ses enfants peuvent venir subsidiairement par cette voie, s'ils ont manqué le 4e rang, *unde legitimi*.

D. Cette possession est-elle conforme au droit ?

R. Elle y supplée, en complétant la vocation

qu'Ulpien nous dit résulter des XII Tables en faveur du patron.

D. Enoncez et expliquez la huitième possession.

R. Il y en a deux explications et deux énoncés différents. Chaque système prend celui qui lui fournit un argument de texte. Le système allemand la nomme *unde patronus, patrona, liberi et parentes eorum* (Inst. *hic.*, § 3, Ulpien, *coll. legum mos. et rom.* XVI, IX, § 1, *reg.* XXVIII, § 7). Il pense qu'il s'agit ici de la succession d'un affranchi d'affranchi, et qu'après les enfants du patron-affranchi, on appelle le premier patron et ses parents qui lui servent de *familia*. On ne peut autrement, dit-on, expliquer les textes d'Ulpien, disant qu'après la famille du patron on appelle le patron !

D. Admettez-vous ce système ?

R. Je suivrai celui qui intitule cette possession : *unde liberi patroni, patronæ et parentes eorum* (Inst. *hic.*, § 5). La rubrique précédente s'explique du reste très-bien aussi. Je pense qu'on appelle au 7e rang les agnats de la famille patronale, subsidiairement le patron agnat lui-même, au 8e rang les cognats proches et privilégiés de cette même famille, comprenant le patron, la patronne, eux-mêmes, quand il y a eu, de part ou d'autre, *capitis deminutio*, leurs descendants et leurs ascendants cognats. On a soin de mentionner les parents de la patronne, ce qu'on ne fait pas partout, précisément parce que ses ascendants et descendants, en général, ne lui sont pas agnats. L'explication des textes d'Ulpien ressort très-simplement de l'opposition des mots *familia*, indiquant la famille civile, *liberi et parentes*, énonçant le fait de génération et l'idée de nue parenté.

D. Cette possession est-elle conforme au droit ?

R. Il n'y a plus, à ce rang, d'héritier légitime. Les *bonorum possessiones* ne peuvent plus ni confirmer ni combattre le droit civil ; elles y suppléent.

D. Expliquez la possession *unde vir et uxor*.

R. C'est celle d'où résulte, pour le conjoint survivant, la vocation dont j'ai parlé.

D. A quelles conditions se donne-t-elle?

R. Qu'il y ait eu *justum matrimonium* et dissous seulement par la mort du *de cujus*. La possession ne compète ni aux concubins, ni aux divorcés.

D. Expliquez la possession *unde cognati manumissoris*.

R. C'est celle par laquelle le préteur appelait à la succession de l'affranchi tous les cognats du patron et de la patronne, autres que les ascendants ou descendants, et ceux-la mêmes, subsidiairement.

D. N'y a-t-il pas une limite à cette vocation?

R. Oui, celle admise d'une façon générale par le préteur a partout la limitation aux 6e et 7e degrés.

D. Expliquez *la possession tum quibus ex legibus*.

R. C'est celle que promet le préteur à toute personne qui sera appelée expressément comme héritier civil et prétorien, par une disposition législative, loi, sénatus-consulte, constitution.

D. Mais quelle différence faites-vous entre cette possession et celle *unde legitimi*, qui embrasse précisément les héritiers civils?

R. C'est, suivant le Digeste, que certaines dispositions législatives en appelant des héritiers, ajoutaient qu'ils recevraient la *bonorum possessio*.

D. Ne la reçoivent-ils donc qu'à défaut du cognat, du conjoint survivant?

R. Non. Chaque héritier la reçoit au rang où le place la loi, et c'est ce pourquoi cette possession est en dehors du classement.

D. Exposez la gradation des possessions de biens *ab intestat* pour l'ingénu.

R. Il faut distinguer s'il a ou non été émancipé, et, au premier cas, si ç'a été avec ou sans fiducie. Pour le non-émancipé, il n'y a que les 4 possessions indiquées plus haut, les 3e, 4e, 6e et 9e. Pour l'émancipé sans fiducie, la 5e, *unde decem personæ*, et toutes

celles des vraies successions d'affranchi, sauf peut-être *tanquam familia*, à cause de l'émancipation.

D. Quelle est la gradation dans les successions d'affranchis, des *bonorum possessiones?*

R. Toutes les huit peuvent s'y trouver, sauf *unde decem personæ*. Les descendants sont appelés par les possessions *unde liberi* et *unde legitimi* ; les descendants de la *liberta* et les patrons seulement par la seconde. Les agnats, si on en veut supposer, viennent ensuite avant les agnats du patron, puis ses cognats privilégiés, l'époux survivant, enfin les cognats ordinaires du patron, ceux de sa ligne collatérale avec ceux de l'affranchi.

Section 3e. — *Réformes de Justinien.*

D. Justinien a-t-il remanié cette matière?

R. Oui, quant aux possessions de biens *ab intestat*, où il a supprimé toutes celles que nous avons signalées commes propre aux successions d'affranchi.

D. Exposez les motifs de cette suppression.

R. La possession de biens *unde decem personæ* était devenue sans objet, du moment où Justinien suppléait la fiducie dans toutes les émancipations. Pour les 7e et 8e, *tanquam ex familia* et *unde patronus* etc., l'empereur pose cette alternative (hic § 5) : ou les patrons et leurs parents sont agnats, cas auquel ils pourront invoquer la possession *unde legitimi* ; ou ils sont cognats entre eux, et, alors, bien que déchus de l'agnation, il est permis de les regarder comme parents naturels de l'affranchi, d'où suit qu'ils ont assez de la possesssion *unde cognati*. Cela prouve clairement l'exactitude du système que j'ai suivi sur la 8e possession de biens. Enfin, la dernière partie du raisonnement précité rend inutile la 10e, *unde co-*

gnati manumissoris et confirme ma supposition que, sous Justinien, les cognats du patron sont appelés en concours, sauf leurs degrés respectifs, avec ceux de l'affranchi.

D. Y a-t-il d'autres réformes de Justinien ?

R. C'est ici le lieu de rappeler l'admission de la dévolution. A son époque aussi, on pense que toutes les *bonorum possessiones* sont effectives. Cela semble ressortir de l'harmonie où vivent le droit civil et le droit prétorien, ainsi que de la comparaison d'un passage de Gaïus avec celui correspondant des Institutes de Justinien. (Gaïus II, 147, Inst. II, XVII, § 6.)

D. N'y a-t-il pas aussi une réforme sur l'obtention des possessions de biens ?

R. C'est une question embarrassante et sur laquelle il y a deux systèmes, également soutenables d'après le texte (hic § 10.)

D. Exposez ces systèmes.

R. 1er *Si admittentis*, etc. Ce passage montre, dit-on, que, pour rester *bonorum possessor* aussi bien qu'héritier, il suffit d'en faire acte ; ce que confirment encore les expressions *pro petenda nemo curet*.

2° Ces derniers mots ne sont qu'une allusion aux embarras que causait aux parties la complication « inextricable » des possessions de biens. *Sed benè anteriores principes huic causæ providerunt* ; ce passage montre qu'au fond Justinien se borne à confirmer les constitutions mentionnées plus haut et qui maintenaient la nécessité d'une demande.

D. Quelle importance a cette controverse ?

R. Beaucoup, quant à l'histoire des possessions de biens. Dans le premier système, Justinien les aurait supprimées, en réalité, et, dès lors, on ne comprendrait guère son remaniement. Dans le second, elles subsistent, pour donner l'investiture aux héritiers, comportent le contrôle de leur titre par le magistrat et se lient naturellement à l'institution française de l'envoi en possession (C. C. 770 et s.)

TITRE IX (bis)

(Système successoral de *Justinien.*)

D. Où se trouve le système de Justinien?

R. Dans la novelle 118 rendue en 543 ou 544 et légèrement remaniée, quatre ans après, par la novelle 127.

D. Quel rôle y joue l'agnation?

R. Ce vieux principe des lois des successions ci-ciennes, amoindri successivement dans les nouvelles, **est entièrement mis** de côté.

D. Quel a été l'effet de cette révolution?

R. En face d'un système successoral fondé sur l'affection présumée des morts et s'attachant à remplir leurs dernières volontés les plus naturelles, l'usage général de tester s'est vite perdu, et, dans la suite des siècles, les nations d'Europe ont spontanément adopté la législation successorale justinienne.

D. Combien comporte-t-elle d'ordres?

R. Trois principaux: les descendants, les ascendants, les collatéraux: mais il y en a cinq, en réalité, parce que le dernier est subdivisé en trois. Chez nous, il y a les mêmes ordres principaux et la subdivision des deux derniers élève aussi à cinq le nombre général.

D. Quel est le premier ordre appelé?

R. Les descendants, sans égard au sexe, au lit,

au degré, à la souche, à la *suitas*; sans distinguer s'ils sont *sui juris* ou *alieni*, et sans infériorité pour aucun, que celle mentionnée plus haut, pour les *spurii* dans les successions de femme et les enfants naturels dans celle d'hommes.

D. Expliquez ces mots : à la souche, à la *suitas*?

R. A la *souche*.... peu importe que les petits-enfants soient reliés au *de cujus* par un fils ou une fille. A la *suitas*... toute différence est supprimée entre les descendants qui sont ou non siens.

D. Pourquoi ne fait-on pas acception de degré ?

R. Par suite de la représentation, qui reçoit encore ici les trois applications que j'ai mentionnées.

D. Ne doit-on pas en admettre une quatrième ?

R. C'est au cas où le conjoint survivant, et, en tous cas, la veuve pauvre et non dotée, doit venir prendre part d'enfant : quand il n'y a que des descendants du 2e ou 3e degré, cette part d'enfant serait injustement réduite si le partage se faisait par tête et non par souche, ensuite de la représentation.

D. On ne tient pas compte, dites-vous, de ce qu'un des appelés serait *alieni juris*. Mais supposez qu'un descendant a été donné en adoption à un ascendant ; il est sorti de la famille du *pater naturalis* et ne doit pas lui succéder ?

R. Il a retenu la cognation et elle est la base de cette succession nouvelle. Les Novelles modifient encore les effets de l'adoption. Si le successible est *alieni juris*, il en résulte qu'il recueille sa part en nue-propriété, son *parens* en ayant l'usufruit.

D. Mais si le *paterfamilias* refuse le *jussus* ?

R. Le successible mâle pourra *adire arbitrio suo* et acquerra ainsi sa part en pleine propriété, comme péculo adventice irrégulier. Pour la femme, je ne sais ce qu'on décide sous les Novelles.

D. Quelle différence présente cette succession avec celle du même ordre en droit français ?

R. Je n'en vois aucune, sauf ce que j'ai dit pour

la représentation en faveur de la veuve, et les descendants *alieni juris.* (C. C. art. 740, 745,)

D. Quels héritiers sont ensuite appelés?

R. Les ascendants, soit seuls, soit en concours avec certains collatéraux privilégiés.

D. Y a-t-il des ascendants privilégiés?

R. Non. Tous sont égaux, sauf le degré. Le plus proche prime tous les autres, sans égard au sexe ou à la souche. A égalité de degré, ils concourent.

D. Comment partagent-ils?

R. Il faut distinguer si plusieurs ascendants de même degré, qui se présentent, appartiennent à la même souche, paternelle ou maternelle; si, au contraire, ils sont répartis entre les deux. Au premier cas, il y a partage par tête; au second, par souche. Une moitié des biens va à chaque ligne, quel que soit le nombre des ascendants en ordre utile.

D. Ne peuvent-ils pour cela niveler les degrés?

R. Non; la représentation en descendant n'est pas admise. (C. C. art. 741.)

D. Quelle différence y a-t-il entre la succession des ascendants, en droit romain et chez nous?

R. 1° En droit français, il y a deux ordres d'ascendants et ceux privilégiés concourent seuls avec les collatéraux privilégiés;

2° La fente a toujours lieu entre les *lignes* paternelle et maternelle; l'héritier le plus proche de l'une ne peut ainsi exclure ceux de l'autre;

3° Enfin, (ce qui est une conséquence de la fente), un ascendant quel qu'il soit ne peut avoir au-delà de la moitié de la succession, si ce n'est en usufruit (C. civ. 746 et s. 754.)

D. Comment se divise l'ordre des collatéraux?

R. 1° Frères, sœurs germains et leurs enfants;

2° Les frères et sœurs consanguins ou utérins et leurs enfants;

3° Tous autres collatéraux.

D. La représentation y est-elle admise?

R. Elle l'est dans les deux premières divisions, en faveur du 3e degré, pour que les neveux et nièces concourent avec leurs oncles et tantes, les frères et sœurs survivants, ou fassent un partage plus juste.

D. Vous voulez dire, comme dans l'ordre des héritiers siens de jadis, que la représentation, et le partage par souche, qui en est la suite, sont parfois imposés aux neveux et nièces qui n'en ont pas besoin. Dans quels cas cela ?

R. 1o Les frères et sœurs, étant tous décédés, ont laissé 12 neveux ou nièces du *de cujus*. Bien qu'on l'ait contesté, ces collatéraux sont évidemment appelés, par l'esprit de la novelle 127, avec les ascendants. Il ont tous intérêt à faire le partage par tête, mais l'équité veut qu'il ait lieu par souche;

2o De même, bien qu'il y ait eu aussi controverse, si les ascendants font défaut et que les 12 neveux ou nièces partagent seulement entre eux : il ne faut pas qu'à raison d'un plus grand nombre d'enfants la souche de l'un des frères soit apportionnée plus largement que les autres.

D. Quel est le privilége du premier ordre de collatéraux ?

R. De concourir avec les ascendants, par tête et d'exclure les autres frères ou sœurs. C'est ce qu'on a nommé le privilége du double lien.

D. Chaque ascendant a-t-il toujours autant que chaque frère ou sœur?

R. Non, parcequ'il ne faut pas oublier le principe de la fente entre les lignes paternelle et maternelle, quand il y a des ascendants en ordre utile dans toutes deux.

D. Quelle disposition particulière à noter ici?

R. C'est que, lorsqu'un des ascendants a la puissance paternelle sur quelqu'un des collatéraux, sa part n'est pas soumise à l'usufruit légal, qui romprait l'égalité entre eux. C'est l'un des cas de pécule adventice irrégulier.

D. A défaut d'ascendants et de collatéraux du double lien, quels héritiers succèdent ?

R. Les frères et sœurs du simple lien et leurs enfants. Ce que nous venons de dire sur la représentation s'applique de même ici.

D. A leur défaut, quels héritiers viennent ?

R. Les collatéraux ordinaires, comprenant tous les autres, jusqu'aux 6e et 7e degrés.

D. Enfin, à défaut de collatéraux ?

R. Le conjoint survivant. S'il ne se remarie pas, la novelle 127 (c. 3), l'appelle même à prendre part d'enfant dans l'ordre des descendants, comme on l'a vu. Mais c'est là une disposition exagérée et, en outre, incomplète, car on ne voit pas si et comment ce concours aurait lieu avec les héritiers d'autres ordres: l'une des mauvaises dispositions de Justinien et qui sans doute fut abrogée ensuite.

D. Quelle différence y a-t-il pour les collatéraux privilégiés, en droit romain et en droit français?

R. 1o Chez nous, le privilège du double lien est abrogé; il n'y a qu'un ordre de collatéraux privilégiés;

2o Cet ordre comprend tous les frères et sœurs et leur descendance à l'infini, par représentation ;

3o Pour tenir compte du double lien, on procède par fente, dans toute succession collatérale ;

4o Quand les collatéraux privilégiés concourent avec les ascendants, on fait une première fente entre les deux ordres, afin de donner au dernier définitivement un quart pour chaque ligne (C. C. 733, 750 et s.)

D. Et parmi les collatéraux ordinaires ?

R. 1o Chez nous, ils peuvent, d'une ligne à l'autre, concourir avec les ascendants, sauf, si ce concours s'établit avec un ascendant privilégié, une réduction qu'ils subissent en usufruit (C. C. 753 et s.) ;

2o Ils sont appelés jusqu'au 12e degré (C. C. 755.)

D. Et pour le conjoint survivant ?

R. 1o Nous ne l'appelons chez nous qu'après le 12e degré ;

2° Il n'a jamais de réserve, **ni de concours avec** aucun héritier (C. C. 767 et s.).

D. Quelles dispositions restent à citer ?

R. Justinien dispose encore dans les novelles :

1° Que ces règles sur la vocation successorale serviront également pour celle à la tutelle, sauf l'incapacité des femmes, autres que les ascendantes ;

2° Que ces dispositions s'appliquent aux catholiques seuls.

TITRE X

De l'acquisition par l'adrogation (et l'*in manum conventio*.)

Section 1re. — *Ancien droit.*

D. Pourquoi revient-on ici à l'adrogation ?

R. Parce qu'un *paterfamilias* ou une *materfamilias*, en s'adrogeant, faisait acquérir à l'*adrogator* l'universalité de ses biens corporels et incorporels, ce qui forme un mode de succession.

D. Cette acquisition est-elle intégrale ?

R. Elle comporte deux ordres d'exceptions :

1° Pour certains droits perdus, qui s'éteignent par la *capitis deminutio minima*, qu'entraîne de l'adrogation, exception analogue à celle signalée dans la succession proprement dite pour les droits éteints par suite de la mort naturelle ;

2° Pour certains droits actifs et passifs, qui demeurent attachés à la personne de l'adrogé ;

3° Pour les dettes qui subsistent, il n'y a pas

non plus de succession ; parce que l'adrogeant devient *parens* pour l'adrogé et que le *parens* ne saurait, en général, être obligé pour les engagements de ses descendants en puissance.

D. D'après cet aperçu, vous auriez plusieurs classes de droits à dresser, pour exposer les effets de l'adrogation ?

R. C'est juste. Il faut distinguer :

1° Les droits qu'éteint l'adrogation,

2° Ceux qui subsistent et restent à l'adrogé,

3° Enfin ceux qui subsistent et passent à l'adrogeant, pour lesquels cette succession lui constitue un titre et un mode d'acquisition.

D. Quels droits éteints par l'adrogation ?

R. Tous ceux qui périssent par la *capitis deminutio minima*, qu'elle entraîne. Ce sont le nom, les *sacra*, l'agnation, le patronage, la gentilité ; toutes ces manifestations de la famille civile, et les droits de tutelle, succession et autres qui s'y rattachent, notamment la puissance paternelle et toutes ses prérogatives, — les servitudes personnelles ou du moins quelques unes, l'usufruit, l'usage, — le testament, et, sauf l'exécution fidéicommissaire, comme on l'a vu, la substitution pupillaire faite pour l'adrogé, — les créances résultant de l'adstipulation, de l'*operarum jurata promissio*, — la dette de *sponsor*, — le droit personnel issu du gain d'un *legitimum judicium*, — les obligations de toute nature existant entre l'adrogeant et l'adrogé.

D. Quels droits restent à l'adrogé ?

R. 1° Toutes les prérogatives tenant au droit politique et attachées à sa personne publique, qui n'est nullement amoindrie ;

2° Son mariage et les droits d'aliments, etc.

3° La cognation et ce qui en découle, les successions légitimes nouvelles et celles prétoriennes ;

4° La puissance paternelle éventuelle et de seconde main, sur ses descendants non ultérieurement libérés par l'*adrogator* ;

5° Certaines servitudes personnelles, l'habitation, les *operæ servorum*;

6° Les obligations actives et passives attachées à la personne, tels que les droits réels ou personnels de faire, comme la servitude de passage, les prestations alimentaires, la dette née d'un délit ou quasi-délit, les droits d'associé;

7° Les obligations naturelles, dégénérées, de *sponsor*, *d'adstipulator* ou qui existaient entre l'*adrogator* et l'adrogé, toutes civiles avant l'adrogation;

8° Les droits réels et personnels acquis à l'adrogé comme soldat ou officier du palais, et les dettes correspondantes, formant un patrimoine à part et qui devient son pécule castrense ou quasi-castrense.

D. Quels droits passent à l'adrogeant?

R. 1° Les droits d'agnation et de puissance paternelle, sur tous les descendants en puissance de l'adrogé (outre les mêmes droits naissant vis-à-vis de lui) et sur les femmes qu'il avait *in manu*;

2° La puissance dominicale sur ses esclaves et le *mancipium* sur les individus qu'il tenait à ce titre;

3° Les droits de propriété, de possession, de servitude prédiale, d'hypothèque, de superficie, d'emphythéose, en général;

4° L'hérédité et le legs ou fidéicommis non encore acceptés, purs ou conditionnels, mais pour le cas seulement où la condition arriverait pendant que l'adrogé est dans la famille;

5° Tous les droits personnels, seulement en actif, qui ne sont pas éteints par la *capitis deminutio*.

D. Pourquoi dites-vous: seulement en actif?

R. Car les dettes ne passent pas à l'adrogeant.

D. N'y a-t-il pas des exceptions?

R. 1° Les dettes des hérédités, à raison de l'usage: *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*, et cela d'après Gaïus s'étendrait même au passif d'une succession acquise avant l'adrogation (Gaïus III, 84).

2° Celles que l'adrogeant aurait donné l'ordre de contracter, ou naissant de contrats dont il aurait tiré parti, en un mot dans les divers cas où il aura mis le préteur à même de délivrer contre lui l'une des actions expliquées au titre *quod cum eo*, etc.

D. Hors de là, les créanciers demeurent-ils donc frustrés ?

R. Certainement oui, à l'origine. Mais il y avait là un scandale auquel le préteur devait porter remède, et, rescindant la *minima capitis deminutio*, il donnait purement et simplement, à titre fictif, les actions que les créanciers de l'adrogé eussent pu précédemment intenter contre lui.

D. Mais les fils de famille ne peuvent plaider, en général. Comment l'adrogé se défendra-t-il ?

R. L'*adrogator* doit répondre aux créanciers.

D. Et s'il ne le fait pas, par spéculation ou par suite d'absence ?

R. Ce sont deux cas dans lesquels le préteur donne la *bonorum venditio* : et, conséquent avec sa fiction que l'adrogé est encore *sui juris*, il permet aux créanciers de faire la vente de tout ce qui lui appartenait, même des droits réels ou personnels éteints.

D. Hors de ce cas, le préteur les fait-il revivre ?

R. Non, en général ; les parties ont à voir si, à ce prix, l'adrogation est avantageuse ou non, et c'est notamment ce que les pontifes examinaient dans celle des puberes. Toutefois, on peut citer les cas suivants où il y aura restitution :

1° Un mineur fait rescinder son adrogation,

2° Un mineur adrogé est émancipé sans une donation désintéressante,

3° Ou bien il est libéré par la mort du *parens* insolvable, ou par une condamnation qui entraîne contre l'*adrogator* la perte de la cité et la confiscation.

D. Quelles sont les conséquences de l'*in manum conventio* ?

R. Celles mêmes, autant qu'on connaît ce sujet, que j'ai exposées, à de légères différences près.

D. Quelles différences avez-vous à signaler ?

R. Ces différences tiennent seulement au sexe, et non à la nature disparate de l'adrogation et de l'*in manum conventio*. On commença à les observer dès que les femmes purent être l'objet de l'adrogation. Ce sont les suivantes :

1° La femme, n'ayant sur personne la puissance paternelle, la *manus* ni le *mancipium*, ne fait acquérir de pouvoir à l'*adrogator* ou au *coemptionator* que sur elle et ses esclaves ;

2° Elle n'a point de priviléges politiques :

3° Ni de biens qui puissent lui constituer immédiatement un pécule.

Section 2e. — *Droit de Justinien*

D. Quelles modifications y a-t-il à signaler dans les sujets que nous traitons, à cette époque ?

R. Il ne peut plus être question que de l'adrogation, parce que la *manus* a disparu.

D. Et quant à l'adrogation ?

R. Il y a des réformes de droit commun et d'autres spéciales.

D. Quelle est celle sur la succession ?

R. C'est que l'adrogation laisse à l'adrogé tous ses biens, comme naguère pour les acquisitions militaires, savoir à titre de pécule adventice, dont l'*adrogator* n'a que l'usufruit.

D. L'acquisition ne se trouve-t-elle cependant pas étendue en un certain point ?

R. Oui, sous Justinien, nulle servitude personnelle ne s'éteint pas la *capitis deminutio minima*, et, toutes ayant le caractère de jouissance, elles sont acquises à l'*adrogator*, qui n'en recueillait aucune.

D. Que décide Justinien quant aux dettes ?

R. Il restait peu à faire après la réforme prétorienne. L'empereur se borne donc à décider que l'action sera donnée directement contre l'*adrogator*, à raison des dettes de l'adrogé. A défaut de défense, les créanciers, bien que la *bonorum venditio* n'existe plus, passeront outre aux exécutions sur les biens qui, sans fiction maintenant, sont à l'adrogé. Dans la vente, bien entendu, on ne distraira pas l'usufruit.

TITRE XI

De l'Addiction, pour sauver les affranchissements.

D. Qu'est-ce que l'addiction en faveur de la liberté ?

R. C'est la succession anormale qui a lieu, quand, à défaut de tous héritiers légitimes ou testamentaires, le prêteur attribue à quelqu'un les biens d'un citoyen défunt, qui a fait des affranchissements, pour en assurer l'exécution, tout en payant les créanciers.

R. Qui a créé cette institution ?

R. C'est un rescrit de Marc-Aurèle, rapporté aux Instituts et duquel ressortent suffisamment les considérations qui l'ont déterminé.

D. Exposez-les.

R. Virginius Valens était mort insolvable, laissant un testament, par lequel il donnait la liberté à divers esclaves et instituait un citoyen, qui répudia l'hérédité. L'un des affranchis demandait qu'on lui attribuât les biens à titre d'héritier, promettant de

satisfaire tous les intéressés : les créanciers, par le paiement; ses compagnons de servitude, par l'octroi de la liberté; en épargnant, en outre, à la mémoire du défunt l'ignominie de la *bonorum venditio*, qui aboutit aussi à l'*addictio*, mais désavantageuse.

D. De quelles conditions faut-il justifier au prêteur?

R. 1° Il faut un testament qui, sans l'institution d'aucun *servus proprius*, contienne des affranchissements;

2° Défaut de l'institué, des substitués, de tout héritier légitime;

3° Demande d'addiction par l'un des esclaves;

4° Promesse de sa part de maintenir tous les affranchissements;

5° Satisdation fournie aux créanciers pour leur paiement intégral.

D. Pourquoi le défaut d'un héritier nécessaire, testamentaire ou légitime?

R. Parce que l'envoi en possession qu'accorde le prêteur n'est autorisé qu'en vertu du droit reconnu pour lui par la jurisprudence de régler les hérédités vacantes. Quand il y a un héritier libre, institué ou légitime, tous les avantages, d'ailleurs, qu'on rechercherait dans l'addiction, sont obtenus : conservation des affranchissements, de *l'existimatio* et paiement intégral des créanciers. Au cas d'institution d'un *servus proprius*, il n'en est pas ainsi. La mémoire du défunt est sauve; mais les créanciers, tout en faisant vendre en vertu de la loi Ælia Sentia, ceux qu'on peut appeler *statu-liberi*, peuvent demeurer impayés. Néanmoins, à raison du principe, le rescrit n'autorise pas l'addiction dans cette hypothèse.

D. Lorsqu'elle a lieu, sous le patronage de qui sont les esclaves libérés?

R. Le rescrit résoud cette question par une distinction. On sait que l'affranchissement est direct, faisant des *liberti orcini*, ou fidéicommissaire, faisant

des *liberti heredis* ou *legatarii*. Il faut donc distinguer si les affranchissements sauvés par l'addiction étaient ou non directs. Au premier cas, ils demeurent *liberti orcini*, à moins que, pour décider un de leurs compagnons à entreprendre la liquidation, comme héritier, ils consentent à le reconnaître pour patron. Quant aux autres, il en est toujours ainsi.

D. Quel est l'effet de l'addiction?

R. De créer une véritable succession: mais prétorienne, malgré son origine impériale. L'adjudicataire obtient *in bonis* tous les biens du défunt, sauf ceux qui, s'éteignant par la mort sont exceptés de toute succession proprement dite, et les affranchis.

D. Le principe du rescrit n'a-t-il pas été étendu?

R. Oui, successivement. Il y a d'abord une disposition complémentaire et remarquable dans le rescrit même de Marc-Aurèle. Ses successeurs ont fait des interprétations libérales du principe et l'ont, en outre, développé par des innovations importantes.

D. Quelle est la disposition complémentaire?

R. Si, après l'addiction accordée, les agents du fisc veulent réclamer la succession comme vacante, d'après leur droit légitime, ils doivent maintenir les affranchissements auxquels les esclaves ont une sorte de droit acquis. C'est comme l'abrogation partielle de la loi Ælia Sentia, qui donne aux créanciers le droit de demander l'annulation des affranchissements.

R. De quelles interprétations parliez-vous?

D. Quatre hypothèses délicates se présentent et toutes sont résolues en faveur de la liberté. Un citoyen intestat laisse des affranchissements écrits dans un codicille. Il n'y a ni testament, ni affranchissements testamentaires; on décide néanmoins que le rescrit s'appliquera. De même, l'opinion semble indiquée (L. 50 pr. *de manum. testam.*) que le prétoir accordait l'addiction non-seulement au cas où, par le refus de l'héritier, un testament serait *destitutum*, mais dans d'autres cas où l'héritier ne pourrait *adire hereditatem*.

D. Quelle est la troisième hypothèse?

R. Un héritier sien, légitime ou testamentaire, s'abstient, un mineur refuse. Comme ils peuvent revenir sur leur détermination, il n'est pas exact, surtout au premier cas, de dire qu'il n'y a pas d'héritier, et, par conséquent, que les conditions du rescrit sont remplies. Un sénatus-consulte permet de l'appliquer.

D. Quelle est la quatrième hypothèse?

R. Celle précisément où le *suus* cesse de s'abstenir, où le mineur demande, par voie de restitution, à accepter la succession ou le bénéfice du testament. Eh bien, la faveur de la liberté l'emportant sur celle qu'on accorde à ces deux classes d'héritiers, on leur impose le respect du fait accompli et la perte des esclaves libérés.

D. Quelles réformes annonciez-vous?

R. L'une est de Gordien, les autres de Justinien.

D. Quelle est celle de Gordien?

R. Il devait arriver souvent, à raison de leur détresse, que nul des esclaves ne pût trouver caution et entreprendre la liquidation d'un patrimoine généralement très-obéré. Il fallait qu'en lui promettant leurs pécules, leur travail, les redevances et hommages d'affranchi, ils décidassent quelque capitaliste à entreprendre l'opération. Gordien régularise et facilite cette pratique, en disposant que toute personne pourra demander l'addiction, aussi bien que les *statu-liberi*.

D. Quelle est la première réforme de Justinien?

R. Le défunt pouvait avoir fait ses affranchissements par donation à cause de mort ou, pour écarter les soupçons de fraude, par disposition entièrement entre-vifs. Les affranchis avaient à craindre alors que, demandant l'envoi en possession des biens de leur débiteur, les créanciers fissent tomber ces dispositions par l'action paulienne réelle et revendiquassent leurs personnes en propriété, comme frauduleusement détournées du patrimoine. Après avoir assi-

milé les affranchissements codicillaires et sans institution, à ceux contenus au testament, on pouvait faire un pas encore, et Justinien le fit en décidant que l'addictio: peut être demandée pour sauver les affranchissements non émanés de la dernière volonté.

D. Quelle est sa seconde réforme?

R. On discutait si l'addiction en faveur de la liberté et la *bonorum venditio* étaient exclusives l'une de l'autre, de telle sorte que la première dût être refusée quand les créanciers avaient commencé et surtout consommé leur liquidation. Justinien tranche encore cette controverse en faveur de la liberté, en disposant que la demande d'*addictio* arrêtera en tout temps les exécutions et qu'elle sera recevable, contre l'adjudicataire de la *bonorum venditio* dans le délai d'une année après leur achèvement.

D. Quelle est la dernière réforme de Justinien?

R. Comme on l'a vu, le rescrit exigeait que le demandeur s'engageât à exécuter toutes les dispositions de liberté et à payer intégralement les dettes. Cette double exigence pouvait nuire à ceux-là mêmes dont la faveur l'avait dictée; car il se pouvait que, devant la perspective de payer tout le passif et de perdre en partie l'actif du patrimoine, personne ne voulût entreprendre la liquidation et qu'en vendant tous les esclaves, les créanciers ne retirassent encore de cet actif qu'un maigre dividende. Il valait mieux que, laissant le champ libre aux offres, le magistrat écoutat également les creanciers, prompts à condamner celles insuffisantes et les affranchis disposés aux plus grands efforts pour obtenir l'addiction. C'est cette idée que Justinien, consacre en disposant que l'addiction pourra s'obtenir en offrant de satisfaire seulement partie des libérés et partiellement les créanciers.

D. Mais comment aura-t-on raison des offres insuffisantes?

R. D'une part, les creanciers peuvent insister

auprès du préteur, pour obtenir le jugement d'envoi en possession, préalable à la *bonorum venditio*, s'ils se flattent d'obtenir un dividende supérieur à l'offre du demandeur en *addictio*. D'autre part, il y a enchère ouverte; tout le monde peut soumissionner, même les créanciers, par conséquent. Du reste, on comprend qu'ils ont tout à gagner à la demande d'*addictio*, chaque esclave étant prêt à donner plus que son prix pour sa libération.

D. Comment se font les offres et les enchères?

R. De deux manières, en désignant les affranchissements qu'on entend exécuter et le dividende qu'on servira à tout créancier. Chacun peut enchérir soit en augmentant le nombre des libérés, soit en forçant le dividende, soit des deux façons à la fois.

D. Combien de temps l'enchère est-elle ouverte?

R. Non-seulement jusqu'à ce que le préteur ait prononcé l'*addictio*, mais encore au-delà et dans le délai d'un an après la première demande. Les adjudicataires dépouillés des biens, si c'étaient des affranchis, ne le sont jamais de la liberté.

TITRE XII

(Autres) successions, supprimées (ou subsistantes).

SECTION 1re. — *Du sénatus-consulte Claudien et de l'acquisition, en général, d'une personne libre à titre d'esclave.*

D. Dans quel cas acquérait-on légalement une personne libre, à titre d'esclave?

R. 1o Par la *manus injectio*, des XII Tables;

2o Dans le cas du sénatus-consulte Claudien;

3o Dans celui du majeur de vingt ans, qui s'est laissé vendre, *ad participandum pretium*;

4o De l'affranchi ingrat remis à son patron;

5o Jadis aussi, sans doute, en cas de vol manifeste.

D. Donnez une idée de la *manus injectio*.

R. Les débiteurs, obligés par le *nexum* ou par une condamnation, s'ils ne s'exécutaient pas dans le délai de trente jours fixé par la loi des XII Tables, étaient *addicti*, remis en la puissance de leur créancier. Celui-ci les détenait soixante jours, et après les avoir exposés à trois reprises, au marché public de Rome, avec affiche annonçant les causes de l'exécution, il les acquérait en propriété ainsi que leurs biens et pouvait vendre le tout.

D. Quelle était la disposition du sénatus-consulte Claudien?

R. Il décidait qu'une femme libre tomberait en captivité si elle persévérait, contre le gré du maître, dans le mariage (*contubernium*) qu'elle aurait noué avec l'esclave d'autrui.

D. La femme perd-elle sa liberté de plein droit?

R. Non, le maître du *servus alienus* doit lui donner trois sommations et s'adresser ensuite au préteur qui la lui attribue. C'est un cas d'addiction.

D. L'addiction est-elle toujours prononcée au profit du demandeur, maître de l'esclave?

R. Non, il faut distinguer si la femme est ingénue ou affranchie. Dans le premier cas, elle est toujours attribuée au demandeur; dans le second cas, il ne l'acquiert que si le *contubernium* a été noué ou entretenu à l'insu du patron.

D. Pourquoi cette distinction?

R. Parce que l'addiction d'une *liberta* entraîne la perte des droits du patron, nécessairement, et qu'il ne dépend pas de l'affranchi de le dépouiller.

D. N'y a-t-il pas des exceptions?

R. 1° Le sénatus-consulte n'atteint pas la fille de famille, à raison des droits du *parens*;

2° La femme qui se croyait esclave et celle qui vivait avec un esclave, le croyant affranchi ou ingénu, n'étaient point adjugées. La bonne foi s'établit par la conduite de la femme ensuite des sommations; mais il y a dispense de sommations pour les municipes, en ce cas elle pourra prouver autrement sa bonne foi;

3° L'affranchie demeurant dans la maison en *contubernium* avec un esclave du maître commun;

4° La femme à laquelle le demandeur devait des égards, sa mère, sa patronne, par exemple, etc.

D. Le sénatus-consulte est-il encore en vigueur?

R. Justinien l'a abrogé.

D. Quelles conditions faut-il pour qu'un homme libre, se faisant vendre frauduleusement pour esclave, soit retenu en servitude?

1° Que l'homme vendu eût vingt ans révolus, pour bien comprendre l'odieux de son escroquerie;

2° Que l'acheteur fût réellement trompé;

3° Qu'il eût réellement payé son prix;

4° Que l'homme libre en eût voulu le partage.

D. Quels sont les autres cas de servitude, que vous rappeliez?

R. Ce sont encore deux cas d'*addictio*. D'après la loi des Douze-Tables, l'auteur d'un vol manifeste est mis en la puissance de la victime; mais Gaïus ne sait dire si c'est en puissance dominicale ou en *mancipium* (Gaïus III, § 189). D'autre part, nous avons vu que le préteur annule la libération de l'affranchi ingrat et le rend à son patron. Ajoutons que les descendants successibles du patron doivent avoir le même droit, et qu'il s'étend aussi, peut-être dans une mesure moindre, aux descendants d'affranchis.

D. Quels sont les effets de addictions?

R. 1° La *magna capitis deminutio*, avec ses conséquences religieuses, publiques et privées;

2° La perte de la cognation et des successions prétoriennes ou légitimes, nouvelles même, qui s'y rattachent;

3° La transmission de tous les droits actifs, sauf ceux attachés à la personne matérielle et ceux éteints par la dégradation d'état.

D. Cette succession n'était-elle pas plus étendue, à l'origine, que celle proprement dite par décès?

R. Oui; car, à l'époque où les personnes en puissance étaient regardées comme choses de la *familia* du *paterfamilias*, celui à qui l'*addictus* était acquis devait devenir propriétaire de ses descendants en puissance paternelle et des femmes *in manu*. Cela est certain, tout au moins quant à la réduction en puissance dominicale de l'affranchi ingrat et quant au citoyen *addictus per manus injectionem*.

D. Y a-t-il transmission des droits passifs?

R. Pas plus que dans la succession par adroga

tion, cela ne se pouvait, et par le même motif, savoir que l'*addictus* devient esclave, et que son maître ne saurait être, même rétroactivement, obligé par ses engagements. La jurisprudence avait admis le contraire en laissant subsister les actions, et plus largement encore que dans le cas d'adrogation, parce que l'acquisition est ici généralement plus lucrative. Les créanciers peuvent agir directement contre le nouveau maître de l'*addictus*. (L. 2, *de capite minutis.*)

D. Vous avez rapproché la *conventio in manum* de l'adrogation, à raison de l'analogie qu'il y a entre la *manus* et la puissance paternelle. De même, le *mancipium* ressemble à la servitude. Quand on acquiert une personne libre en un tel pouvoir, n'y a-t-il pas succession, comme au cas d'esclavage?

R. Non; en droit, plusieurs textes tendent à prouver qu'il n'y avait pas des effets identiques, notamment celui de Gaïus relatif au voleur manifeste et ceux des Douze-Tables sur la *manus injectio*. Dans la première période de cette procédure, le *nexus* ou *judicatus* est *in mancipio*, et l'on indique qu'il conserve la propriété de ses biens: *de suo vivito.*

D. Justinien a-t-il, comme l'indiquerait la rubrique de ce titre, supprimé la succession qui résulte de l'acquisition d'une personne libre, en esclavage?

R. Non. Justinien a supprimé la réduction en vertu du sénatus-consulte Claudien, et, dans les novelles, celle du condamné aux mines, dont les biens étaient acquis au fisc; la *manus injectio* a été remplacée par la contrainte par corps avec des exécutions isolées sur les biens. Néanmoins, la succession que nous venons d'étudier se rencontre encore dans l'hypothèse de l'affranchi ingrat et la disposition pénale, d'une fort rare application sans doute, édictée contre l'homme libre qui se fait vendre par spéculation.

Section 2e — De la *bonorum sectio* et de la *bonorum venditio*.

D. Qu'est-ce que la *bonorum sectio* ?

R. C'est la vente en bloc, à la requête du trésor public ou du prince, des biens d'un particulier.

D. Quand a lieu cette vente ?

R. Notamment quand un citoyen est frappé de confiscation, ou lorsque ses biens sont saisis à raison d'une condamnation au profit du trésor, non acquittée.

D. Comment a-t-elle lieu, quel en est l'effet ?

R. Aux enchères publiques, dans le prétoire et *sub hastâ* en face de la lance, symbole de propriété. L'adjudicataire, *bonorum sector*, acquiert, *ex jure quiritium*, tous les biens du patrimoine, sauf ceux attachés à la personne et ceux qu'éteindrait la *magna capitis deminutio*, si la confiscation accompagnait une peine portant perte de la liberté ou de la cité.

D. Qu'est-ce que la *bonorum venditio* ?

R. Le transport, en faveur d'un adjudicataire et en vertu de l'*addictio*, de tous les droits actifs et passifs d'un débiteur, à la requête des particuliers.

D. Quelle est l'origine de cette procédure ?

R. Elle a été instituée à l'imitation de la *bonorum sectio*, par le préteur Publius Rutilius, pour transporter sur la personnalité juridique du débiteur, les exécutions, que, comme on l'a vu, la loi des XII Tables faisait porter principalement sur son individu.

D. Quand a lieu la *bonorum venditio?*

R. Gaïus donne cette division, importante quant aux délais et aux effets de cette procédure, qu'elle peut avoir lieu, soit contre le vivant, soit contre les morts.

D. Dans quel cas contre les vivants?

R. Gaïus cite, peut-être à titre simplement énonciatif, les cas suivants :

1° Quand le défendeur ne se présente point, soit par mauvaise volonté, soit par l'effet de son absence;

2° Quand un débiteur a fait cession de biens;

3° Quand le condamné ne s'est pas exécuté dans le délai de trente jours, indiqué par les XII Tables et prorogé par le droit prétorien.

D. Dans quels cas contre un mort?

R. Quand il ne se présente aucun successeur légitime ou prétorien.

D. Quelles sont les formes de la *bonorum venditio?*

R. C'est une procédure assez compliquée. Il y est rendu quatre jugements, qui y marquent autant de périodes.

D. Quelle est la première?

R. Les créanciers, ou l'un d'eux seulement, demandent, et le magistrat octroie un envoi en possession, *rei conservandæ causa*, qui donne aux envoyés un droit de gage sur les biens, et a pour effet de dessaisir le débiteur. Ils nomment un curateur pour pourvoir à l'administration, et par l'action paulienne réelle, ils peuvent faire annuler tout acte de disposition consommé par le saisi.

D. Combien dure cette première période et comment se termine-t-elle?

R. Elle dure quinze jours, quand la *bonorum venditio* est poursuivie contre un mort, et trente jours quand elle l'est contre un vivant. A l'expiration de ce délai, plus tôt, si la connaissance qu'ils ont acquise des affaires de leur débiteur le permet, les créanciers font afficher la mise en vente de son patrimoine, ce qui rappelle la *proscriptio* des Douze-Tables.

D. Pourquoi les délais de la période de possession sont-ils de durée différente?

R. Pour sauvegarder les intérêts de l'absent qui est parti sans constituer de mandataire.

D. Que fait-on dans la seconde période?

R. Les créanciers sont convoqués, et, une fois réunis, nomment l'un d'eux pour syndic (*magister*). Le syndic dresse le bilan, ou tableau de l'actif et du passif du débiteur exécuté, avec un cahier des charges (*lex bonorum vendendorum*), indiquant notamment la mise à prix pour les futures enchères. On ne connaît pas la durée de cette période, la plus importante et la plus longue sans doute, parce qu'on doit y reconnaître et estimer tous les biens du débiteur, y vérifier tous ses créanciers.

D. Quelle est la troisième période?

R. Un troisième jugement homologue le bilan, ainsi que le cahier des charges et fixe la vente, pour avoir lieu dans un délai de vingt ou trente jours, selon la distinction précitée.

D. Quelle est la dernière période?

R. Celle des enchères, qui ont lieu au jour fixé et aboutissent à l'adjudication (*addictio*), prononcée en faveur du plus offrant, par un quatrième *decretum*.

D. Comment se font les enchères?

R. Originairement elles se faisaient comme dans la *bonorum sectio*, c'est-à-dire en indiquant le prix qu'on offrait de l'ensemble du patrimoine. Ensuite on les fit en misant au-dessus du dividende, demandé par le *magister* dans la *lex bonorum vendendorum*, pour chacune des créances portées au bilan.

D. Quelles dénominations donne-t-on à la *bonorum venditio*, communes à la *bonorum sectio*?

R. Ces deux ventes publiques sont dites *auctio*, à raison des enchères, ou *subhastatio*, à cause de la lance qui y présidait.

D. Quel sont les effets de la *bonorum venditio*, quant à celui qui l'a subie?

R. Ce citoyen (qu'on appelait encore, au moyen-âge, le subhasté), est dessaisi définitivement de tous ses droits, sauf ceux attachés à la personne, le mariage, la puissance paternelle, l'agnation, le patronage, les obligations actives d'un fait. En outre, il est noté

d'infamie. Cet effet atteint, dans sa mémoire, le mort qui échappe au premier.

D. Quelle est l'origine de cet effet, l'infamie?

R. Il découle sans doute de l'imitation à laquelle est due la *bonorum venditio*, de la *manus injectio*, emportant la réduction en esclavage. De là vient aussi, bien que la *bonorum venditio* n'entraîne pas même la *capitis deminutio minima*, l'idée de dévestissement, de mort, de succession, qui s'y attache.

D. Quelle est la portée et l'étendue de l'infamie?

R. Elle atteint tout débiteur ainsi exécuté, même le *servus necessarius heres*, qui sauve par là la mémoire de son maître. Toutefois, le droit impérial en excepte le débiteur qui a été reçu à faire cession de biens. Quant aux conséquences, c'est la privation du droit de voter, de tester, d'être témoin ou *procurator*, de gérer nulle charge, je l'ai dit, etc.

D. Quels sont les effets quant à l'adjudicataire?

R. L'adjudicataire, *bonorum emptor*, est saisi de tous les droits actifs et passifs, personnels et réels, de celui dont la succession est ouverte. Mais, à la différence du *bonorum sector*, il n'est qu'un successeur prétorien; il n'a que l'*in bonis*, avec un juste titre pour usucaper.

D. Quelle est l'étendue de cette succession?

R. Elle ne comprend pas plus que celles étudiées plus haut. En effet, s'il n'y a pas lieu d'en excepter les droits qu'éteint la *capitis deminutio*, il faut toujours réserver ceux attachés à la personne, et la nature de tous ces droits est commune.

D. Comment s'exercent les actions dépendant du patrimoine vendu?

R. Elles continuent à résider sur la tête de l'ancien intéressé; comme pour le *bonorum possessor*, elles ne peuvent qu'à titre fictice passer à l'*emptor* ou contre lui. Il y a pour cela deux procédés : le premier, déjà signalé, consiste à introduire dans la formule d'action l'hypothèse que l'*emptor* fût l'héri-

R. Les créanciers sont convoqués, et, une fois réunis, nomment l'un d'eux pour syndic (*magister*). Le syndic dresse le bilan, ou tableau de l'actif et du passif du débiteur exécuté, avec un cahier des charges (*lex bonorum vendendorum*), indiquant notamment la mise à prix pour les futures enchères. On ne connaît pas la durée de cette période, la plus importante et la plus longue sans doute, parce qu'on doit y reconnaître et estimer tous les biens du débiteur, y vérifier tous ses créanciers.

D. Quelle est la troisième période?

R. Un troisième jugement homologue le bilan, ainsi que le cahier des charges et fixe la vente, pour avoir lieu dans un délai de vingt ou trente jours, selon la distinction précitée.

D. Quelle est la dernière période?

R. Celle des enchères, qui ont lieu au jour fixé et aboutissent à l'adjudication (*addictio*), prononcée en faveur du plus offrant, par un quatrième *decretum*.

D. Comment se font les enchères?

R. Originairement elles se faisaient comme dans la *bonorum sectio*, c'est-à-dire en indiquant le prix qu'on offrait de l'ensemble du patrimoine. Ensuite on les fit en misant au-dessus du dividende, demandé par le *magister* dans la *lex bonorum vendendorum*, pour chacune des créances portées au bilan.

D. Quelles dénominations donne-t-on à la *bonorum venditio*, communes à la *bonorum sectio*?

R. Ces deux ventes publiques sont dites *auctio*, à raison des enchères, ou *subhastatio*, à cause de la lance qui y présidait.

D. Quel sont les effets de la *bonorum venditio*, quant à celui qui l'a subie?

R. Ce citoyen (qu'on appelait encore, au moyen-âge, le subhasté), est dessaisi définitivement de tous ses droits, sauf ceux attachés à la personne, le mariage, la puissance paternelle, l'agnation, le patronage, les obligations actives d'un fait. En outre, il est noté

d'infamie. Cet effet atteint, dans sa mémoire, le mort qui échappe au premier.

D. Quelle est l'origine de cet effet, l'infamie?

R. Il découle sans doute de l'imitation à laquelle est due la *bonorum venditio*, de la *manus injectio*, emportant la réduction en esclavage. De là vient aussi, bien que la *bonorum venditio* n'entraîne pas même la *capitis deminutio minima*, l'idée de dévestissement, de mort, de succession, qui s'y attache.

D. Quelle est la portée et l'étendue de l'infamie?

R. Elle atteint tout débiteur ainsi exécuté, même le *servus necessarius heres*, qui sauve par là la mémoire de son maître. Toutefois, le droit impérial en excepte le débiteur qui a été reçu à faire cession de biens. Quant aux conséquences, c'est la privation du droit de voter, de tester, d'être témoin ou *procurator*, de gérer nulle charge, je l'ai dit, etc.

D. Quels sont les effets quant à l'adjudicataire?

R. L'adjudicataire, *bonorum emptor*, est saisi de tous les droits actifs et passifs, personnels et réels, de celui dont la succession est ouverte. Mais, à la différence du *bonorum sector*, il n'est qu'un successeur prétorien; il n'a que l'*in bonis*, avec un juste titre pour usucaper.

D. Quelle est l'étendue de cette succession?

R. Elle ne comprend pas plus que celles étudiées plus haut. En effet, s'il n'y a pas lieu d'en excepter les droits qu'éteint la *capitis deminutio*, il faut toujours réserver ceux attachés à la personne, et la nature de tous ces droits est commune.

D. Comment s'exercent les actions dépendant du patrimoine vendu?

R. Elles continuent à résider sur la tête de l'ancien intéressé; comme pour le *bonorum possessor*, elles ne peuvent qu'à titre fictice passer à l'*emptor* ou contre lui. Il y a pour cela deux procédés : le premier, déjà signalé, consiste à introduire dans la formule d'action l'hypothèse que l'*emptor* fût l'héri-

tier du *dominus* vendu, ou lui-même, selon que ce dernier est mort ou survivant. Le second, employé pour les mandataires judiciaires, *procuratores*, est la formule rutilienne, créée par l'auteur de la *bonorum venditio*, et précisément peut-être pour l'*emptor*.

D. Comment l'*emptor*, demeuré adjudicataire *pro portione*, pour un dividende, échappera-t-il à une condamnation *in solidum* sous le coup de l'action fictice des créanciers vendeurs?

R. A l'aide d'une exception, tirée du pacte judiciaire intervenu entre eux et lui.

D. Le subhasté peut-il être actionné pour le solde?

R. Gaïus aux Instituts résoud la question affirmativement, et Venuleïus négativement, au Digeste. Les deux opinions, du reste, se concilient, au moyen du bénéfice de compétence, créé par le préteur et qui permettait au débiteur d'échapper à de nouvelles condamnations, tant que les ressources acquises par lui ne dépassaient pas la mesure de ses besoins.

D. Le créancier qui n'avait point figuré au bilan pouvait-il actionner ceux qui y figuraient, le débiteur originaire et l'*emptor*?

R. Contre l'*emptor*, nulle recherche ne lui est certainement permise, puisque celui-ci ne saurait être tenu au-delà de son enchère. Contre les co-créanciers, la question est douteuse ; contre le débiteur, elle doit être résolue affirmativement, sauf le bénéfice de compétence.

D. Justinien a-t-il maintenu la *bonorum venditio*?

R. Elle avait été supprimée plus de 200 ans avant lui, par Dioclétien, en même temps que le système de procédure formulaire auquel cette exécution se rattachait. On procède alors à la *distractio*, ou vente isolée des biens saisis, qui n'engage plus aucune idée d'universalité ni de succession pour l'acquéreur, de personnalité ni d'honneur pour le débiteur saisi.

D. N'y a-t-il pas, dans le droit moderne, une institution qui offre avec la *bonorum venditio* une frappante analogie ?

R. Oui, c'est la faillite, avec la banqueroute qui s'y rattache. En Italie, au moyen-âge, les négociants avaient, comme les *argentarii* de Rome, leur banc sur la place publique. Celui qui cessait ses paiements voyait le sien brisé (*banca rotta*), son avoir enlevé, son nom déshonoré et le monde commercial fermé pour lui. Aujourd'hui, les juges consulaires déclarent la faillite, sur la demande d'un ou plusieurs créanciers et nomment des syndics provisoires, qui remplacent le débiteur dessaisi, comme les anciens *curatores*. Ces syndics font place à ceux définitifs qui, à l'instar du *magister*, procèdent à la convocation des créanciers, à la vérification de leurs titres, à la composition du bilan définitif, et, à défaut de concordat, à la vente de l'avoir entier du failli. La situation du concordataire est l'image de celle du *bonorum emptor*. Enfin, le failli est flétri, mort pour le monde commercial et ne peut reparaître à la bourse.

TITRE XIII

Des obligations.

Section 1re. — *Généralités.*

D. Qu'est-ce que l'obligation ?

R. Un lien juridique, imposant, soit dans le for intérieur, soit avec des moyens de coercition, l'accomplissement de certains faits à une personne vis-à-vis d'une autre, en dehors de tout rapport de sujétion entre elles.

D. Comment se nomment ces personnes ?

R. Créancier et débiteur.

D. Comment se nomme le droit du créancier ?

R. Créance, droit personnel, et, d'une façon générale (bien que l'expression soit inexacte, dans l'obligation d'un fait positif ou négatif), *jus ad rem.*

D. Pourquoi *en dehors de tout rapport de sujétion?*

R. Parce que l'esclavage, la *manus*, le *mancipium*, imposent à ceux qui y sont soumis l'accomplissement de certains faits vis-à-vis du maître, ce qui constitue en sa faveur un droit, personnel aussi, mais tout différent.

D. Pourquoi *soit dans le for intérieur*, etc. ?

R. Parce que la première division des obligations consiste à distinguer celles proprement dites, où le créancier peut poursuivre et obtenir satisfaction, avec l'intervention des pouvoirs publics, qu'on

nomme l'action, et celles naturelles, où il n'a pas de moyens de contrainte.

D. N'y a-t-il pas diverses espèces d'obligations proprement dites?

R. On les divise en civiles, prétoriennes et civiles pures. On nomme prétoriennes, celles qui tiennent l'action, du préteur; civiles, celles qui la tiennent des sénatus-consultes, constitutions et autres sources du droit proprement dit. On appelle civiles pures, des obligations auxquelles le droit civil attache la poursuite, mais où le préteur l'entrave.

D. Si le créancier ne peut aboutir, ne sont-ce pas des obligations naturelles ?

R. Non, un engagement a été contracté par suite d'une surprise, ou par un mineur qui en est lésé. Il est valable en droit strict, mais le préteur le rescinde, précisément parce qu'il est désavoué par l'équité et l'honnêteté, qui lui recommandent au contraire les obligations naturelles.

D. Les obligations prétoriennes ne peuvent-elles naître que du préteur ?

R. Elles peuvent venir d'autres magistrats ayant le *jus edicendi*, aussi les dit-on encore *honoraires*. L'obligation, par exemple, de reprendre une chose qu'on a vendue, infectée de vices rédhibitoires et d'en rembourser le prix, est une obligation honoraire, créée par l'édit des édiles.

D. N'y a-t-il pas d'autres divisions des obligations ?

R. On les distingue encore quant à leurs sources et quant à leur objet. Quant à leurs sources, elles découlent des conventions (pactes et contrats), des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits.

D. Comment se divisent les obligations, quant à leur objet ?

R. Elles tendent *ad dandum*, *ad faciendum*, *ad præstandum*, c'est-à-dire qu'elles imposent au débiteur la tradition d'une chose, à titre de propriété

(*dare*), à titre de jouissance, etc. (*præstare*), ou l'accomplissement, un fait (action ou d'abstention).

D. Quels effets a l'obligation proprement dite?

R. Ils sont nombreux, mais le plus important est sa sanction, l'action.

D. Qu'est-ce que l'action ?

R. On peut dire ici, que c'est le droit de recourir au magistrat pour en obtenir l'intervention du pouvoir public en notre faveur, contre celui qui ne veut pas s'acquitter de ce qu'il nous doit.

D. Quelles sont les divisions des actions ?

R. Il y en a beaucoup, mais il suffit dans la matière des obligations de mentionner que les actions sont réelles ou personnelles, civiles ou prétoriennes, directes ou utiles, directes ou contraires, de droit strict ou de bonne foi, *in jus* ou *in factum conceptæ*.

D. Reprenez la première division.

R. Les actions réelles sont la sanction d'un droit réel, et les actions personnelles celles d'un droit personnel. C'est assez dire que toutes les actions qui ont pour objet l'exécution de l'obligation sont personnelles, puisque c'est un droit personnel.

D. Reprenez la deuxième division ?

R. Les actions sont civiles et prétoriennes, suivant qu'elles sont nées du droit honoraire ou des autres sources du droit. Les obligations prétoriennes sont sanctionnées par des actions prétoriennes, celles civiles le sont plus particulièrement par les actions civiles. Il y a quelquefois concours, sur ce dernier point. Dans la vente, par exemple, l'acheteur a le choix, s'il veut poursuivre la reprise pour vice redhibitoire, entre l'action civile et celle édilitienne.

D. Reprenez la troisième division.

R. On dit qu'une action est directe, quand elle est appliquée comme la loi l'a expressément entendu et d'après sa lettre; utile, lorsqu'elle l'est d'après son esprit, d'après une interprétation plus ou moins large et à des cas que la loi n'a pas prévus. Les ac-

tions directes sont nécessairement civiles ; celles utiles sont l'une des classes d'actions prétoriennes.

D. Reprenez votre quatrième division.

R. On appelle encore directes, des actions formant sanction de l'obligation née *ab initio*, dans un contrat synallagmatique. L'action contraire y assure l'exécution des obligations nées *ex post facto*.

D. Reprenez la cinquième division indiquée.

R. On distingue les actions de droit strict et de bonne foi, d'après l'étendue des pouvoirs du juge, chargé de faire respecter la convention, et qui est tantôt renfermé dans ses termes, tantôt appelé à statuer *ex æquo et bono*.

D. Reprenez la dernière division énoncée.

R. On nomme *in jus* les actions où le juge est appelé à trancher une question de droit ; *in factum*, l'action où il n'a à rechercher que l'existence des faits et qui ne se rattachent pas aux lois.

D. Quels effets produit l'obligation naturelle ?

R. Ce sont, en général, ceux de l'obligation proprement dite, sauf le principal, l'action.

Nous pouvons les ramener à six ;

1° Il y a dette ; quand le créancier en reçoit le montant, ce n'est point une libéralité que lui fait le débiteur, il ne peut ensuite attaquer ce paiement fait spontanément ou par erreur ;

2° Si le créancier est attaqué par le débiteur, pour quelque autre obligation, il peut se faire un moyen de défense de sa créance ; par exemple, l'opposer en compensation. Si l'obligation naturelle ne donne pas l'action, elle fournit du moins l'exception ;

3° Elle peut être l'objet d'une novation ;

4° De même d'une fidéjussion ;

5° De même d'un constitut, sorte d'engagement qui offre de l'analogie avec la novation, la fidéjussion, et qui suppose une obligation préexistante ;

6° Enfin, on peut y attacher d'autres garanties : le gage, l'hypothèque, la clause pénale, sûretés ac-

cessoires qui se rattachent à une obligation principale.

D. Dans quel cas naît l'obligation naturelle ?

R. C'est, communément, une obligation civile manquée, faute de quelque condition, de capacité ou de forme. Les contrats des esclaves, des pupilles ou femmes non assistées, ne peuvent leur créer que des obligations naturelles. Il en est de même du prêt fait au fils de famille par qui a connu sa condition.

D. Une obligation naturelle peut-elle devenir obligation proprement dite ?

R. Oui, par l'effet de la novation ; elle deviendra civile, et honoraire, par l'effet du constitut, pacte que le préteur a muni d'action.

D. La réciproque peut-elle se présenter ?

R. Oui ; un citoyen, réellement tenu d'une obligation civile ou prétorienne, en est relevé s'il jure, en justice ou ailleurs, qu'il ne doit rien, si la procédure formée contre lui tombe en péremption, si le juge l'absout, s'il subit une dégradation d'état. Dans tous ces cas pourtant, on pourra invoquer encore contre lui plusieurs des effets indiqués plus haut de l'obligation dont il reste tenu, en équité.

D. Dans les époques du droit romain, certaines obligations n'ont-elles pas changé de caractère ?

R. En effet ; à l'origine, les pactes ne produisaient jamais l'obligation proprement dite. Plusieurs d'entre eux y ont été successivement élevés, soit par le préteur, et alors ils ont créé des obligations prétoriennes ; soit par la coutume ou les dispositions législatives, et il en est sorti des obligations civiles.

D. Citez d'autres exemples ?

R. L'obligation édilitienne relative aux vices rédhibitoires est devenue civile. De même, l'effet de la perte d'état était jadis d'enlever leur sanction à la plupart des obligations de celui qui la subissait. Le préteur a corrigé cet effet. Il a maintenu les actions anciennes à titre fitice, en cas de *minima*, et sans

doute de *media capitis deminutio*. L'obligation civile, qui devenait autrefois naturelle, devient ici prétorienne.

Section 2e. — *De la convention.*

D. Qu'est-ce que la convention?

R. L'accord de plusieurs personnes, en vue de créer des rapports de droit entre elles.

D. Tout accord n'est donc pas une convention ?

R. Sans doute, dans le sens étymologique de ce mot, mais non dans son sens juridique. Si nous convenons que la terre est ronde, ou que nous ferons un voyage d'agrément, il n'y a pas là une convention proprement dite, elle ne se rencontre que dans les accords *ad rem contrahendam*, pour traiter une affaire.

D. Comment nomme-t-on ceux qui conviennent?

R. *Rei*, du mot *res*, précisément; c'est ce qu'on nomme en français les parties: l'un est le *creditor*, l'autre le *debitor*. Parfois, ils sont tous créanciers et débiteurs à la fois. Enfin, dans diverses espèces de conventions, chacune des parties reçoit un nom particulier, par exemple: vendeur, locateur, associé, etc. Chaque convention est précédée des pourparlers des parties, tout au moins par l'offre de l'une. C'est ce qu'on appelle pollicitation. La convention n'est formée et il n'y a d'obligation parfaite ou naturelle que si l'offre du fait à accomplir a été acceptée par celui qui en doit profiter ou par les personnes en sa puissance ou même, dans certaines conventions, par un tiers.

D. N'y a-t-il pas d'exception à la règle que la pollicitation n'est jamais obligatoire par elle-même?

R. Oui, dans certains cas, notamment quand elle est faite au profit des municipes, ce qui a été admis par faveur à cause de leur impersonnalité physique.

D. Suffit-il de l'accord, dans la convention, pour qu'elle produise des obligations proprement dites?

R. Non, il faut en outre qu'il s'y rencontre ces cinq conditions : le consentement, la capacité entière des parties, au moins du débiteur, une chose faisant l'objet de la convention, une cause licite à chaque obligation, enfin une source d'action *(causa civilis)*.

D. Comment pourrait il se faire qu'il manquât une chose faisant l'objet de la convention ?

R. Parce que cette chose n'aurait jamais existé ou aurait péri. Ajoutons : pourrait n'être pas suffisamment déterminée par genre, espèce ou individu. La promesse de livrer tel cheval, individuellement et celle de livrer un cheval qui est déterminé dès lors quant à son espèce, sont valables. Mais celle de livrer un animal est nulle, faute d'une chose déterminée autrement que par le genre (C. C. art. 1129).

D. Qu'entendez-vous par la cause, licite ?

R. La cause de l'obligation est ce en vue de quoi le débiteur s'est obligé, le résultat qu'il a voulu obtenir, le fait qu'il a voulu reconnaître en s'obligeant. Ainsi l'acheteur s'oblige à payer pour avoir la chose vendue. La cause doit être licite, c'est-à-dire le fait ou le résultat permis par les lois. La promesse à un *grassator*, pour qu'il arrête des voyageurs, est nulle.

D. Qu'appelez-vous source d'action?

R. Ce dont dérive l'effet coercitif pour certaines conventions, car il en est qui ne produisent que des obligations naturelles.

D. Comment se divisent donc les conventions ?

R. En pactes et contrats.

D. Qu'est-ce qui les différencie ?

R. Dans l'ancien droit, c'est la présence de l'action. Les obligations auxquelles le vieux droit romain attachait l'action naissaient exclusivement des contrats et on appelait pactes les conventions où le créancier n'avait pas le droit de poursuite. Plus tard, diverses espèces de pactes ont obtenu l'action sans

recevoir le nom de contrats. Ce qui continue de les en séparer, c'est qu'ils n'ont pas pour leurs obligations la *causa civilis* et le *nomen*.

D. Qu'est ce que c'est que cette nouvelle cause ?

R. La *causa* (état, manière d'être), est un fait, un rite exigé par le droit civil; outre le consentement des parties, en principe, en dehors duquel il ne naissait d'obligations d'aucune convention.

D. Qu'est-ce que le nom ?

R. C'est une dénomination propre, du contrat appliquée à la fois à l'affaire et à l'action, pour indiquer que cette convention faisait partie de la liste exclusive qu'avaient dressée les Romains et à laquelle, jusqu'au temps de Zénon il ne fut rien ajouté.

Section 3e. — *De l'effet et de l'interprétation des conventions.*

D. A qui s'étend l'effet des conventions ?

R. Il ne dépasse pas les parties, leurs ayants-droit, leurs ayants-cause. La convention ne peut ni servir, ni nuire aux tiers.

D. Qui sont les tiers, qu'entendez-vous par là ?

R. Les tiers sont toutes personnes autres que les parties, excepté celles qui en ont acquis et leur succèdent ainsi, à titre particulier ou universel, les uns les ayants-cause, les autres les ayants-droit.

D. Expliquez cela par un exemple ?

R. Titius me promet la maison de Sempronius. Pour l'avoir, je m'adresse à celui-ci, en arguant de ma convention ; il me répondra par la règle : *Res inter alios acta nemini nocere nec prodesse potest.* Si, au contraire, ce même Sempronius est l'héritier de Titius, c'est-à-dire un ayant-droit, il doit respecter la promesse qu'il n'a pas faite.

D. Cela revient à la règle que la convention n'excède pas les personnes qui y prennent part ?

R. Oui, car Sempronius n'est autre que Titius, en définitive, dont la personnalité civile s'est fixée sur lui.

D. Mais vous avez dit que, des tiers, il faut excepter aussi les ayants-cause, ou acquéreurs à titre particulier; ceux-là ne représentent pas les parties?

R. Il est vrai. Aussi ne peut-on leur opposer les droits personnels nés de la convention; mais nous avons vu qu'ils doivent respecter ceux réels; or, des droits réels peuvent naître d'une convention, médiatement ou immédiatement.

D. Expliquez-cela par un exemple ?

R. Titius a hypothéqué sa maison à Lælius et l'a vendue ensuite à Sempronius. Lælius demande son paiement à ce dernier. Que lui oppose-t-il ? Le droit réel qu'il a sur la maison, non son droit personnel contre Titius; mais ce droit dérive de la convention; c'est bien la convention dont Sempronius subit l'effet.

D. Alors, quelle distinction faites-vous, à ce point de vue, entre les ayants-droit et les avants-cause?

R. C'est que les premiers succèdent, activement et passivement, à l'effet de toutes les conventions passées par leur auteur, tandis que les autres ne les invoquent ou ne les subissent qu'en tant qu'il en résulte un droit réel à l'encontre ou en faveur de la chose qu'ils ont acquise.

D. Si vous me promettez de payer cent sous d'or à Lælius, qui n'a d'autre titre que d'être mon ami, il ne peut donc invoquer la convention ?

R. En effet ; il n'est pas partie, et, partant, pas créancier. Vous-même, vous êtes sans action, étant sans intérêt, au moins matériel. C'est la règle que Justinien énonce à la matière de la stipulation (III, XIX §§ 4, 19) et que reproduit le C. C. art. 1119.

D. Celà comporte-t-il des exceptions ?

R. 1° Suivant un système très-accrédité aujourd'hui, dans tous les contrats dits de bonne foi, il suffirait

au créancier de l'intérêt moral. Si je stipule de vous cent sous d'or, pour mon frère ou mon ami, je n'ai pas d'action; mais, si je vous achète votre maison pour lui, j'acquiers l'action du contrat de vente qui est de bonne foi (L. 54 D. *mandati* et 71 *de eviction*).

2° Je peux aussi, en vous vendant ma maison, stipuler que vous paierez le prix à mon ami (C. C. art. 1121). On est arrivé à lui concéder à lui-même l'action, non directe, mais utile.

3° Tout intérêt matériel et pécuniaire suffit pour donner action au stipulant, dans les contrats même de droit strict; ainsi je fais cette stipulation que vous paierez à mes créanciers le prix de mon champ; chargé par Titius de lui acheter un esclave, je vous fais promettre de remplir ce mandat; tuteur avec Mævius, je stipule de lui, *rem pupilli salvam fore*, en lui remettant l'administration..... dans toutes ces hypothèses, mon intérêt est évident et j'ai l'action.

D. N'est-il pas un moyen aisé de sauver, par cette considération, la stipulation pour autrui?

R. Oui; pour cela on stipule une clause pénale: « Promets-tu de vendre ta maison à mon ami? » Stipulation nulle! Mais ajoutez: « Sinon, me promets-tu cent? » Elle est valable.

D. N'est-il pas inutile de promettre pour autrui?

R. En effet, cela découle du principe de la personnalité des conventions. Le stipulant ne peut agir ni contre le tiers, étranger au contrat, ni contre vous, qui n'avez réellement rien promis.

D. N'y a-t-il pas aussi des exceptions là?

R. Il suffit pour cela que le promettant s'engage en quelque chose. L'action naît alors, non contre le tiers, mais contre lui.

D. Comment peut-il s'engager?

R. De deux manières: 1° en promettant soi-même, personnellement, le fait du tiers. C'est ce qu'on appelle l'engagement de porte-fort, dont on est relevé quand le tiers ratifie; 2° en consentant une

clause pénale, qu'on doit payer à défaut de l'exécution, qui, en ce cas, peut seule vous décharger.

D. Parlez de l'interprétation des conventions ?

R. Les régles du droit romain, sur ce point, textuellement admises chez nous (C. C. art. 1156 et s. s.) sont principalement :

1° Les clauses ambigües ou obscures doivent s'entendre d'après la lecture de l'acte entier,

2° Et contre le stipulant,

3° Préférablement dans le sens où elles seront valables et produiront un effet,

4° La convention ne doit pas être étendue au-delà de ce qui en fait l'objet.

Section 4e. — *Des Contrats.*

D. Qu'est-ce qu'un contrat?

R. C'est une convention, munie d'un nom, d'une *causa civilis* et d'une action propre.

D. Comment se divisent les contrats?

R. On en donne plusieurs divisions, tirées du nom, de la *causa*, de l'étendue des obligations, des pouvoirs du juge dans l'action, de la nature d'avantage qu'offre la cause du contrat.

D. Dites la division au point de vue du nom?

R. Les commentateurs divisent les contrats en nommés et innommés, mais c'est une invention inutile et assez peu exacte : historiquement et logiquement, une convention sans nom ne saurait être un contrat, c'est un pacte.

D. Dites la division au point de vue de l'étendue des obligations.

R. Certains contrats n'en font naître que d'un côté : on les appelle unilatéraux. Dans d'autres, que l'on nomme bilatéraux, il en naît des deux parts.

Elles sont réciproques et corrélatives. On appelle encore ces contrats synallagmatiques et on les sous-distingue. Les uns sont synallagmatiques parfaits : par suite du contrat même et dès qu'il est noué, naissent des obligations réciproques. D'autres sont synallagmatiques imparfaits, dans lesquels l'un est obligé à l'origine et en vertu du contrat même, l'autre ne le devenant qu'à raison des faits ultérieurs.

D. Dites la division au point de vue de la nature d'avantage qu'offre la cause du contrat.

R. Les uns sont à titre onéreux. On ne s'y engage qu'en considération d'un profit, né ou à naître, certain ou aléatoire. D'autres sont à titre gratuit ; le promettant ne s'engage qu'en vue de la satisfaction de gratifier l'autre partie.

D. Et quant à l'étendue des pouvoirs du juge.

R. A ce point de vue, les contrats sont de droit strict ou de bonne foi. Dans ceux de droit strict, l'obligation n'existe que dans la mesure expressément déterminée. Dans ceux de bonne foi, l'obligation est censée comprendre, en outre, les suites que l'usage y attache, et le juge doit obliger les parties à se faire compte *ex æquo et bono* de tout ce que l'honnêteté demande d'elles (conf., art. 1135 et 1160.) Cette distinction, outre son intérêt de procédure, en a beaucoup quant à l'effet des pactes qui peuvent être adjoints au contrat.

D. Quelle est la distinction tirée de la *causa?*

R. La *causa* est de quatre espèces, et les contrats se divisent à ce point de vue en quatre classes. Dans les trois premières, l'action dérive de la tradition, des paroles prononcées solennellement, des écrits passés en forme rituelle. Dans la quatrième, qui ne date sûrement pas des origines de Rome, c'est le consentement même, que l'usage assimile à une *causa civilis*, génerative d'obligations.

D. Quelle est l'importance de cette division ?

R. Elle forme dans cette partie le plan des

Instituts, où l'on étudie successivement les contrats réels, verbaux, littéraux, consensuels.

Section 5e. — *Prestation des fautes.*

D. Quel est l'objet de la théorie ainsi nommée ?

R. De rechercher dans quels cas l'une des parties doit réparer le dommage qu'a subi l'autre.

D. Qu'est-ce que le dommage ?

R. Toute diminution du patrimoine, la perte ou détérioration d'une chose, l'extinction d'un droit réel ou personnel et leurs conséquences directes.

D. Quelles sont les causes du dommage ?

R. Au point de vue de la prestation des fautes, cela revient à ces trois idées : dol, faute, cas fortuit.

D. Qu'est-ce ici que le dol, et quand doit-on le réparer ?

R. Le dommage est causé par dol, quand il y a intention, dessein, calcul de l'auteur. Il en doit la réparation dans tous les cas. Une convention où l'on promettrait de l'en décharger serait nulle, sur ce point, faute de cause licite.

D. Qu'est-ce que le cas fortuit ?

R. Le cas fortuit, dont on distingue parfois *placitum principis*, *vis major*, est un fait indépendant de la volonté de celui à qui on en demanderait compte, qu'il n'a pu prévoir ou contre lequel il n'a pu lutter.

D. Doit-on réparer le cas fortuit?

R. Non, en principe, et sauf dans trois hypothèses :

1° Quand on a promis la garde d'une chose, en garantissant le maître ou possesseur ;

2° Quand l'événement n'est que la conséquence d'une faute, comme si l'on avait lié au pied d'un arbre isolé le cheval que la foudre a frappé ;

3° Quand il s'agit du débiteur en demeure.

D. Est-il donc alors toujours responsable ?

R. Il faut encore distinguer entre le risque absolu et celui relatif. Le risque absolu eût atteint en tout état la chose périe ou endommagée, par exemple, un champ rongé du fleuve. Le risque est relatif qui a fait périr la chose ici et ne l'eût point atteinte là; comme quand le cheval a péri par le feu dans l'écurie du débiteur en demeure (C. C. art. 1302).

D. Qu'est-ce que la faute?

R. La faute est un fait dommageable et non calculé, résultant de l'imprudence ou négligence du défendeur à la responsabilité. Le fait fautif peut-être d'action ou d'abstention; on distingue ainsi la faute *in committendo* et celle *in omittendo*.

D. Ne doit-on donc la réparation du préjudice causé par sa faute qu'aux personnes avec qui on est lié par les rapports d'un contrat ?

R. Nullement. Nous verrons que la faute donne action en dehors même de ces rapports, mais seulement celle positive, *in committendo*. Entre parties, au contraire, les deux espèces de fautes y donnent lieu. Telle est la portée de la distinction entre le fait actif et le fait négatif, l'imprudence et la négligence.

D. Dans les rapports du contrat, les parties se doivent donc la prestation de toutes fautes ?

R. Non, mais suivant leur gravité. A cet égard, les Romains ont suivi des distinctions multiples, probablement variables, qu'on a cherché, peut-être bien vainement, à ériger en système. Les deux principaux consistent à reconnaître, soit deux, soit trois espèces de fautes : la faute lourde, celle légère, de plus, celle très-légère. La division tripartite est assez bien fondée sur des textes et sur la logique éminente des Romains. Elle doit être connue, tout au moins parce que c'est le système classique.

D. Exposez-la.

R. La faute lourde est celle qu'éviterait l'homme le plus simple, le plus négligent; le fait, par exemple,

de parquer un cheval une nuit d'hiver, de confier des pierreries à un petit enfant. La faute très-légère est celle qu'on ne peut éviter qu'en usant de grande attention, de diligence. La faute légère est celle que prévient la prudence du commun des hommes.

D. Expliquez maintenant la théorie classique.

R. Il est sage et équitable de proportionner la responsabilité des fautes de chaque partie à l'avantage qu'elle doit, en principe, retirer du contrat; or, dans tous les contrats, on observe que l'avantage est tout pour l'une des parties ou qu'il est pour les deux. Les fautes des trois degrés sont réglées symétriquement, d'après ces trois degrés d'avantage. Dans un contrat où il est tout pour l'une des parties, elle doit prester la faute très-légère, l'autre seulement la faute lourde. Dans un contrat où les deux parties sont intéressées, elles se doivent la prestation de leurs fautes légères ; dans la vente, la société, par exemple.

D. Cette théorie est-elle d'accord avec les données que nous avons sur la responsabilité ?

R. Non, si l'on ne tient compte de certaines exceptions, ou plutôt de règles secondaires dont il faut compléter cet exposé. Ces règles sont celles-ci:

1° La responsabilité de celui qui a pris la garde d'une chose, l'ayant à sa discrétion, est appréciée, en général, plus rigoureusement : dans le louage, contrat où les deux parties sont également intéressées, le locataire preste la faute très-légère (conf., art. 17, p. 1733 et s.). C'est ce qu'on nomme la *custodia* ;

2° Celui qui a offert spontanément sa personne ou sa chose doit prester la faute très-légère, soit pour les vices de la chose, soit pour les négligences ; par exemple, dans le quasi-contrat de gestion d'affaire ;

3° Dans certains contrats, au lieu d'apprécier la gravité de la faute, d'après un type de prudence, *diligentissimus paterfamilias*, *in abstracto*, on la juge *in concreto*, d'après les habitudes mêmes du défendeur. Telle faute, qui serait lourde, considérée *in*

abstracto et à la responsabilité de laquelle il n'échapperait pas plus qu'à celle du dol, peut ainsi passer pour légère; telle faute légère, pour très-légère, et le défendeur sera déchargé: par exemple, dans le contrat de dépôt. Dans celui de société, où l'on se preste d'après les principes toute faute légère, telle négligence de l'associé pourra, à ce point de vue, n'être que très-légère, et il en sera relevé.

TITRE XIV

Des contrats réels.

Section Ire. — *Généralités.*

D. Qu'est-ce qu'une obligation formée *re*?

R. C'est celle qui a une source matérielle, qui n'a pu dériver que d'un fait accompli. Tel est le sens général de cette expression. Et, à ce point de vue, les obligations issues des quasi-contrats, des délits et quasi-délits, d'une classe de pactes et d'une classe de contrats, sont toutes également formée *re*; mais, dans un sens plus étroit, on réserve ce terme pour désigner seulement celles naissant de cette sorte de contrats.

D. Quels sont-ils donc?

R. Ceux que les Romains appelaient spécialement de crédit *(res creditæ)*, et que les commentateurs ont nommés contrats réels.

D. Qu'est-ce qu'un contrat réel?

R. C'est celui dont la cause civile consiste dans la tradition de la chose, objet de la convention. La

radition est l'un des faits accomplis dont je parlais.

D. Pourquoi, dans ces contrats, la naissance de l'obligation est-elle subordonnée à la remise ?

R. Parce que la principale obligation à laquelle donnent immédiatement naissance tous les contrats réels, est celle de rendre.

D. N'y a-t-il pas aussi une raison historique ?

R. Oui, elle se trouve dans le *nexum*, contrat originaire et sans doute unique du droit romain, comprenant la translation de la propriété quiritaire, soit pure, soit accompagnée de clauses qui faisaient la loi des parties.

D. Quel rapport y a-t-il donc entre le *nexum* et les contrats réels ?

R. Dans tous on retrouve le souvenir de la mancipation, abandonnée, et remplacée par la tradition ; mais la perfection du contrat et la naissance de l'obligation sont subordonnées, à cette nouvelle formalité, comme elles l'étaient à l'ancienne. Aussi toute convention relative à l'objet d'un contrat réel, en dehors de sa remise, est dépourvue d'effet civil. La simple promesse de prêter ne lie pas un citoyen, quand même elle serait faite ou établie par écrit.

D. Suffit-il donc qu'on ait remis à quelqu'un une chose, qui ne doit pas lui demeurer, pour qu'il y ait contrat réel entre vous ?

R. Non ; du moment où il doit rendre, il y a bien obligation formée *re* ; mais on ne reconnaît le contrat réel qu'autant que la remise a eu lieu en exécution d'une convention classée sous le nom de l'un de contrats réels. La tradition, qui est la *causa civilis*, ne suffit pas ; puisque, dans tout contrat, outre cet élément, on trouve encore le nom et le consentement. Si donc vous me remettez, ou à mon esclave, sans accord, de l'argent que vous pensez me prêter, je ne suis pas obligé de le rendre à titre d'emprunt. Vous pouvez le revendiquer.

D. Combien y a-t-il de contrats réels ?

R. Quatre : le *mutuum*, le commodat, le dépôt, le gage.

Section 2e. — *Du mutuum.*

D. Qu'est-ce que le *mutuum* ?

R. C'est un contrat comportant la remise, à titre de propriété, de choses fongibles, remise par l'effet de laquelle l'*accipiens* est obligé d'en rendre autant, de même qualité, au terme fixé. On l'appelle, chez nous, prêt de consommation (Voyez C. C. art. 1892).

D. Quel est le caractère du *mutuum* ?

R. C'est un contrat réel, unilatéral, à titre gratuit, à moins que le créancier s'y soit préparé un émolument.

D. Pourquoi dites-vous *des choses fongibles* ?

R. Parce que c'est la seule chose qui puisse fournir l'objet de ce contrat.

D. Que sont donc les choses fongibles ?

R. Des choses qui se prennent indifféremment l'une pour l'autre, à qualité et quantité égales.

D. A quoi les reconnaît-on ?

R. C'est que ce sont ces choses dont la qualité se détermine communément à la vue, à la dégustation, la quantité *pondere*, *numero*, *mensurae*, qui répondent au nom général de marchandises, denrées, et sont l'objet le plus fréquent des échanges entre les hommes. Mais ce ne sont là, d'ailleurs, que des signes courants, propres à faire présumer la *fongibilité* de l'objet d'un contrat. Le véritable élément caractéristique réside dans l'intention des parties, par lesquelles des choses qui se comptent et se remplacent, de l'argent, par exemple, ont pu être envisagées individuellement *(in specie)*, tandis qu'elles auront parfois considéré comme espèce (*in genere*), des choses dont le remplacement n'est pas communément admis, et dont on n'a

coutume de se dessaisir à titre précaire qu'à charge de restitution identique, des livres, des habits, des outils.

D. L'art. 1894 du C. C écarte ce système.

R. Aussi, comme c'est celui des Romains et des vrais principes, l'art. 1894 est-il universellement critiqué.

D. Qu'est-ce qui différencie donc les choses appelées fongibles par les commentateurs et qui font l'objet du *mutuum*, de celles soumises au quasi-usufruit et que les textes nous désignent ainsi : *quæ primo usu consumuntur* ?

R. La distinction ressort de ce que nous venons de dire. C'est la nature seule des choses consommées au premier usage, qui désigne cette catégorie; tandis que celles fongibles, dont quelques-unes, le vin, l'huile, le blé, se confondent avec les précédentes, sont déterminées concurremment par la nature et par l'intention des parties.

D. N'y a-t-il pas du reste d'importantes distinctions entre le *mutuum* et le quasi-usufruit ?

R. On peut signaler les suivantes :

1° Le quasi-usufruit s'établit, d'ordinaire, par testament, tandis que le *mutuum* est un contrat.

2° Le terme de restitution est, généralement, incertain dans le quasi-usufruit et certain dans le *mutuum*.

3° Le quasi-usufruitier est tenu de donner caution, tandis que l'emprunteur ne donne que les sûretés exigées de lui.

D. Pourquoi dites-vous *à titre de propriété* ?

R. Parce que c'est là une condition essentielle du *mutuum*, qui le différencie précisément des autres contrats réels. Ici, la tradition emporte translation de propriété à celui qu'elle rend en même temps débiteur. C'est ce qu'exprime le nom même du contrat : *mutuum*, (*ex meo tuum*) ou *mutui datio*. (C. C. art. 1893.)

D. Dans quels cas la tradition pourrait-elle n'être pas translative et le contrat demeurer nul ?

R. Dans ceux où il manquerait, pour cela, quel-

que chose du consentement ou de la capacité des parties. Justinien en cite un exemple. (Inst. II, VIII, § 2). Un pupille veut prêter son argent à quelqu'un qui demande à l'emprunter ; mais, le pupille ne pouvant aliéner, l'*accipiens* ne devient point propriétaire, partant pas emprunteur ; le pupille n'est pas créancier : *non contrahit obligationem.*

D. Cependant, le détenteur doit rendre. S'il est obligé vis-à-vis du pupille, comment ce dernier n'est-il pas créancier ?

R. Le pupille a évidemment un droit sur son argent, le droit réel dont il n'a pu se dépouiller et qui subsiste jusqu'à ce qu'il y ait consommation de bonne foi. Dans ce cas, assez normal, le *mutuum* est parfait *ex post facto.*

D. Ne cite-t-on pas, cependant, des exemples où l'obligation d'emprunteur, en *mutuum*, naît vis-à-vis de celui qui n'était pas propriétaire ou n'avait pas fait la tradition ?

R. Oui ; mais ils n'ébranlent pas notre règle. Ce sont les conséquences d'exceptions remarquables.

D. Expliquez cela.

R. D'abord, il n'est pas toujours nécessaire d'être propriétaire pour aliéner. Ainsi donc le mandataire, le tuteur, le curateur, peuvent donner en *mutuum* l'argent ou le grain dont ils ne sont pas propriétaires. En second lieu, la tradition n'a pas besoin d'être effective. Elle peut être symbolique, ou encore de brève-main. Si je vous remets un meuble que je veux vendre, ou vous charge de recevoir ce que me doit un tiers, avec cet accord que, votre mandat accompli et sauf restitution, vous emploierez l'argent à vos besoins, je vous prête ainsi, sans tradition effective, des deniers dont je n'ai jamais été propriétaire. Il a manqué, pour cela, une tradition de votre part même Or, cette tradition, elle a lieu fictivement. C'est donc, en réalité, une dérogation aux principes, mais insignifiante, même contestable (cont. C. C. 1914).

D. Quelles obligations naissent du *mutuum* ?

R. Uniquement, pour l'emprunteur, celle de rendre au terme fixé.

D. N'est-il pas obligé de payer aussi l'intérêt de l'argent, au moins s'il l'a promis ?

R. L'allocation d'intérêt n'est qu'une chose accidentelle, en ce contrat. Le *mutuum* ne peut, par lui-même, créer l'obligation de rendre plus qu'il n'a été reçu. La simple promesse d'intérêt ne lierait pas non plus l'emprunteur. Il n'en naîtrait qu'une obligation naturelle qu'il pourrait acquitter, sans répétition, nover, qui entrerait en compensation, etc.

D. Prêtait-on donc sans intérêt ?

R. L'intérêt n'était pas inconnu. On le permettait même très-lourd. Les Romains le fixaient communément au *maximum* établi par la loi, *centesimæ usuræ*, 1 %, mais par mois, soit 12 % à l'année. Justinien a abaissé le *maximum* du taux de l'intérêt, suivant certaines distinctions : 12 % pour le commerce maritime (où il était jadis illimité), 8 % pour le commerce ordinaire, 6 % contre les particuliers et 4 % contre les gens illustres.

D. Mais d'où naissait l'obligation civile de payer cet intérêt ?

R. D'un contrat nécessairement autre que le *mutuum* ; contrat verbal, la stipulation, ou littéral, l'acceptilation.

D. N'est-il pas des cas où le *mutuum* porte intérêt de plein droit ou en vertu d'un simple pacte ?

R. Jamais de plein droit ; mais, en vertu de pacte, cela se rencontre :

1° Dans le *nauticum fœnus*, prêt à la grosse aventure, où le bailleur pouvait, en assurant les risques de l'argent ou des marchandises, se faire promettre, en compensation, un intérêt, jadis illimité ;

2° Dans le prêt d'argent fait par une ville ;

3° Sous le Bas-Empire, dans celui de fruits ou céréales.

D. En dehors de la promesse de restituer une quantité plus forte que celle remise, le prêt ne peut-il être intéressé?

R. Oui, comme contrat à titre onéreux ou aléatoire; parce que, à raison du cours variable des marchandises et de l'époque indiquée pour la restitution, il est possible de présumer ou de calculer qu'elles seront d'une valeur plus forte.

D. Les parties, pour éviter cette inégalité, peuvent-elles convenir que, pour 100 sacs de blé, remis, par exemple, il n'en sera rendu que 85?

R. Oui. Cet accord sera toujours obligatoire, même sans l'emploi de la stipulation. Le simple pacte qui ne peut aggraver ici l'obligation née de la tradition, vaut, au contraire, pour l'atténuer.

D. Si la valeur monétaire venait à être changée, entre le jour où a été fait le *mutuum* et le temps du remboursement, le débiteur doit-il rendre le même nombre d'écus donnés ou la même valeur nominale?

R. Il doit la même valeur. L'hypothèse est prévue et réglée de même en droit français (art. 1895).

D. A qui sont les risques de la chose prêtée?

R. Au débiteur, par application de la règle: *res perit domino*, puisqu'elle lui appartient. Il n'est nullement question de *custodia*, dans ce contrat, à l'encontre de ceux qui vont suivre. Le débiteur d'un corps certain est, en général, libéré par la perte; mais le débiteur l'est de genre, dans le *mutuum*.

D. Ne peut-il donc jamais y être question de la responsabilité des fautes?

R. Si fait. Le *tradens* a, par exemple, livré des marchandises avariées dont le *mutuataire* n'a pu tirer parti, ce qui ne le libère pas de l'obligation d'en rendre de bonnes. Le vice a pu même être tel, dans le vin, je le suppose, qu'il y a eu perte d'autres marchandises avec lesquelles on avait fait un mélange. De même du mutuataire, à la restitution.

D. Comment s'apprécient les fautes?

R. Le *mutuum* est-il intéressé? Les deux parties se devront garantie de la faute légère positive. Est-il à titre gratuit? Le prêteur ne devra la garantie que de celle lourde, et l'emprunteur réparera la faute positive même très-légère.

D. Quelle est l'action par laquelle le prêteur recouvre sa créance?

R. La *condictio certi.*

D. Mais elle ne porte pas le nom du contrat?

R. Il est vrai. Elle ne lui est pas non plus spéciale, car elle se prête aux legs, comme on l'a vu, puis à la stipulation et à l'expensilation. Mais on indique son application particulière ici par le terme *condictio mutui*, au C. ou *condictio ex mutuo*, au D.

D. Quel est le caractère de cette action?

R. Elle est personnelle, *in jus*, de droit strict, directe (non contraire) et non spéciale au contrat.

D. Peut-elle servir au débiteur pour se faire dédommager dans les cas mentionnés plus haut?

R. Non, puisqu'elle est directe; ni au créancier puisqu'elle ne peut tendre qu'au paiement de la quantité déterminée d'avance, d'où vient son nom : *condictio certi.*

D. Quelle sera donc la ressource de l'un ou de l'autre?

R. Quand le mutuant demandera au mutuataire de bonnes denrées, en place de mauvaises, à la *condictio* le défendeur opposera une exception de dol. S'il y a eu perte d'autres marchandises, le mutuant se gardera d'agir; mais le mutuataire aura l'action *de dolo*, s'il y a eu intention; celle utile de la loi Aquilia, s'il y a eu dol ou faute positive. Le mutuant aurait ces mêmes actions pour le dommage que lui causerait la restitution (C. C., art. 1891, 1898).

Section 3e. — *Du commodat.*

D. Qu'est-ce que le commodat ?

R. C'est une convention, comportant la remise d'une chose non fongible, meuble ou immeuble, à titre de prêt et engendrant l'obligation, pour l'emprunteur, de la garder, puis, l'usage fini, de la rendre en nature. Le prêteur se nomme commodant, l'emprunteur commodataire (C. C., art. 1875).

D. Le commodat n'engendre-t-il pas d'autres obligations?

R. Non. Mais il comporte celles naissant *ex post facto* : chez le commodant, d'indemniser les dépenses faites pour la garde de la chose et de réparer le dommage, si elle avait des vices qui lui en ont causé ; chez le commodataire, de payer la valeur de la chose en cas de perte ou de détériorations imputables.

D. Quel est le caractère de ce contrat ?

R. Il est réel, synallagmatique imparfait, de bonne foi, à titre gratuit.

D. Pourquoi dites-vous qu'il doit avoir pour objet une chose non fongible ?

R. C'est ce qui le différencie du *mutuum*, qui est une autre espèce de prêt.

D. Quand donc y aura-t-il prêt de consommation et quand prêt d'usage ?

R. Il y aura prêt à usage ou commodat, quand les parties auront envisagé la chose, livrée par l'une d'elles à l'autre, de façon qu'on ne fît qu'en user, sans en disposer comme dans le *mutuum*. Tout dépend de l'intention. Les écus que je pourrais vous prêter en *mutuum*, pour vos affaires, je peux vous les commoder, seulement pour servir de jetons au jeu. Au lieu de vous livrer du vin en prêt, pour le boire ou le vendre, je puis vous le commoder *ad pompam et ostentationem*, rien que pour le montrer.

D. Pourquoi dites-vous : *l'obligation de garder et de rendre ?*

R. Cela ressort de ce qui précède. Le commodataire doit rendre, puisque la chose ne devient pas sa propriété ; et, pour qu'il puisse rendre, il faut nécessairement qu'il veille à la garde de la chose.

D. Quel est le propriétaire de l'objet commodé ?

R. Celui qui l'était avant la tradition, car elle n'a pas pour effet de déplacer la propriété. Le plus souvent, c'est le commodant. Toutefois, à la différence de l'autre espèce de prêt, il n'est point nécessaire d'avoir la propriété d'une chose pour la commoder.

D. Qui a la possession de l'objet du commodat ?

R. Il faut distinguer entre la possession naturelle et celle civile. La première, dans les deux espèces qu'on en donne, d'après M. de Savigny, possession de fait et possession *ad interdicta*, passe au commodataire, avec la chose. L'autre reste au *tradens*, qui continue d'usucaper, s'il était en voie de le faire.

D. Le commodant peut-il demander un prix ou une compensation pour la privation de sa chose ?

R. Nullement. Le commodat, qui est essentiellement gratuit, en serait altéré et dégénèrerait en louage ou en contrat innommé. Cependant, l'allocation d'un honoraire n'aurait pas ce résultat.

D. A quoi donc distinguer l'honoraire du salaire ou du prix ?

R. A ces trois signes : il est la rétribution des gens de profession libérale ; il n'est pas, communément, déterminé avant le service ; enfin, en cas de refus ou de débat sur la quotité, il y est statué par le prêteur, dans la procédure formulaire. C'est l'un des cas de *cognitio extraordinaria*.

D. L'étendue de l'usage est-elle la même dans le commodat et dans le *mutuum* ?

R. Il s'en faut beaucoup. Le mutuataire, étant maître de ce qui lui a été livré, peut en jouir de toute façon, en disposer ; mais le commodataire n'en peut

faire que l'usage déterminé par l'accord des parties expressément ou tacitement, c'est-à-dire alors d'après la nature de la chose et les circonstances. S'il excède ce droit, il est coupable d'un vol d'usage.

D. La restitution se fait-elle de même au terme?

R. Dans le *mutuum*, le terme a dû être expressément convenu entre les parties. Ici, il est généralement déterminé par l'usage. Un cheval, prêté pour labourer, doit être rendu après les semailles; un pressoir, à l'issue de la vendange. Enfin, le commodant peut réclamer sa chose avant le terme, s'il en a lui-même un sérieux besoin, tandis que cela n'est pas admis dans le *mutuum* (C. C., art. 1888, 1889, 1899).

D. A qui sont les risques de la chose commodée?

R. Au commodant, s'il est propriétaire; en tout cas jamais au commodataire, si elle a péri par un risque absolu auquel il n'ait pu résister; non seulement parce qu'il n'a pas la propriété, mais encore à raison de la règle : *debitor speciei interitu rei liberatur*. On raisonne de même pour les simples détériorations.

D. Vous faites allusion à des cas fortuits qui pourraient lasser le commodataire responsable?

R. Oui, dans les hypothèses que nous avons indiquées aux généralités.

D. Rappelez-les.

R. 1° Le risque relatif pour le débiteur en demeure;

2° Quand le cas fortuit n'est survenu ou n'a eu son effet que par suite d'une faute du débiteur;

3° Quand il a promis la garantie des cas fortuits. On interprète en ce sens la convention par laquelle les parties ont fixé une valeur à la chose. Le commodataire est censé avoir promis en ce cas de rendre tout au moins l'estimation (C. C., 1883).

D. Comment s'apprécient les fautes?

R. Comme ce contrat est tout dans l'intérêt du commodataire, il preste la faute très-légère, et le

commodant celle lourde. Si donc le débiteur n'a pas pris toutes les précautions, si surtout il a dépassé les limites de l'usage concédé, il est responsable. Ainsi, sans permission, mais par précaution, il emporte en voyage l'argenterie d'un ami; il emmène à la campagne le cheval prêté seulement pour la ville; si des voleurs enlèvent le cheval et l'argenterie, même avec violence, il est responsable.

D. S'il y a dans mon écurie, à côté de mon cheval, celui prêté par un ami, qu'au milieu d'un incendie je sauve le mien seul, et que l'autre périsse, suis-je tenu?

R. Oui, si, n'ayant le temps d'en sauver qu'un, à conditions égales, on a préféré le sien (C. C., 1882).

D. Il est donc impossible d'admettre le système qui imposerait au commodataire, en général, seulement la faute légère; mais n'y a-t-il pas des hypothèses où sa responsabilité ne va pas au-delà ou même moins loin?

R. En effet, le commodat peut se nouer dans l'intérêt des deux parties, qui se prestent alors réciproquement la faute légère, comme dans le cas où je vous offre mon argenterie, pour régaler un ami commun. On peut encore imaginer le contrat dans le seul intérêt du commodant; par exemple, quand un préteur ou un curiale, donnant un spectacle au peuple, confie des costumes aux acteurs. La responsabilité doit être alors intervertie, et le commodataire réparer seulement sa faute lourde.

D. Quelles actions naissent du contrat?

R. Il en naît deux, appelées, de son nom, *commodati directa*, *commodati contraria*; la première, pour le commodant, et l'autre pour le commodataire.

D. Quel est le caractère de ces actions?

R. Elles sont personnelles, *in jus*, de bonne foi. L'une est directe, l'autre contraire.

D. A quoi tend l'action *commodati directa*?

R. A faire obtenir au commodant l'exécution

des obligations du commodataire. On l'emploie donc, si celui-ci abuse de l'usage, dispose de la chose, refuse de la rendre, soit au terme, soit quand le commodant en a besoin, enfin pour se faire dédommager de la perte ou des détériorations imputables.

D. Quelle particularité offre cette action?

R. Malgré son caractère d'action de bonne foi, elle repousse les exceptions de rétention et de compensation; c'est-à-dire que le commodataire ne peut retenir la chose pour sûreté d'une créance qu'il aurait contre le commodant; que si le commodat consiste en denrées, ou que, par suite de perte ou détériorations de la chose, le commodataire se trouve débiteur de deniers, il ne peut opposer la compensation. Toutefois si sa créance est la suite même de la convention qui lie les parties, la rétention et la compensation seront reçues (C. C., 1293, 1885).

D. Le commodant n'a-t-il pas d'autres actions?

R. Il a la revendication, s'il est propriétaire: la publicienne, s'il n'est que possesseur *ad usucapiendum*. Il peut exercer la première de ces actions, soit contre le commodataire, soit contre les tiers auxquels il aurait livré la chose, la publicienne contre lui seul. Il aurait encore l'action *ad exhibendum*, dans ce cas, contre le débiteur, aussi bien que contre les tiers, qui, après avoir eu la possession de sa chose, l'auraient abandonnée de mauvaise foi. Enfin, dans le cas d'un vol quelconque d'usage, on peut employer cumulativement contre le commodataire, l'action *furti* pour se faire payer la peine du vol, et la *conditio furtiva* pour le faire réparer.

D. A quoi tend l'action *commodati contraria*?

R. A assurer au commodataire l'exécution des obligations du commodant: savoir, le remboursement des dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose, et la réparation du dommage qu'elle a pu lui causer, par exemple à raison de ses vices cachés. C'est pour cette créance seule que le commo-

dataire a les droits de rétention et de compensation.

D. Puisque l'action *commodati directa* est de bonne foi, c'est-à-dire que le juge y peut poser, *ex æquo et bono*, le compte des parties: que, d'autre part, le commodataire peut refuser de rendre la chose ou l'argent qu'il doit avant qu'on l'ait désintéressé, qu'a-t-il besoin d'action pour cela?

R. Dans la plupart des cas, en effet, les exceptions de rétention, de compensation, de dol, suffiront. Mais l'action est nécessaire en plusieurs autres :

1° Si on m'a prêté un animal dont la maladie contagieuse a dévasté mon troupeau, dans ce cas et autres semblables, le commodant se gardera de venir me demander un compte où il doit rester débiteur.

2° Le commodant a restitué spontanément la chose, sans penser à ses dépenses ou sans connaître encore son dommage (conf. C. C., 1886, 1890, 1891).

3° La chose a péri, et le commodant reconnaît qu'il n'y a pas de responsabilité.

4° Le juge n'a pu ou voulu connaître des compensations.

5° Le commodataire, ayant perdu la chose, en a payé la valeur. Le maître la retrouve et la garde. C'est encore l'action *commodati contraria*, qui permettra de réclamer la valeur payée sans cause.

D. Le commodataire a-t-il d'autres actions ?

R. Dans le cas de dommage, il peut préférer les actions générales : *de dolo*, s'il y a eu calcul ; de la loi *Aquilia*, s'il peut imputer au commodant une faute positive. Dans la dernière hypothèse qu'on vient de citer, si, au paiement de la chose, le commodataire s'était fait passer vente, il aurait l'action *venditi*

Section 4e. — *Du dépôt.*

D. Qu'est-ce que le dépôt?

R. Un contrat comportant la remise d'une chose mobilière, au *dépositaire*, qui s'engage à la garder gratuitement, sans en user, et à la rendre à la première réquisition du *déposant*. (C. C., 1915, 1917 et s.)

D. Quel caractère offre ce contrat?

R. Il est réel, de bonne foi, synallagmatique imparfait, à titre gratuit.

D. Pourquoi dites-vous *une chose mobilière?*

R. Parce que les immeubles ne peuvent être l'objet du dépôt, comme du commodat (C. C., 1918).

D. Pourquoi dites-vous *gratuitement?*

R. Parce que le dépôt est essentiellement gratuit, et dégénère en un autre contrat si on l'intéresse: en louage, quand c'est par un prix; en contrat innommé, quand c'est par une autre rétribution. Il y a exception, toutefois, pour l'honoraire.

D. Pourquoi dites-vous *la garder sans en user?*

R. Le dépositaire doit garder, puisqu'il doit rendre. Mais sa détention est passive; il n'en doit tirer aucun avantage, et il commet un vol d'usage s'il se sert de la chose.

D. Il n'est pas rare pourtant qu'en remettant ou après avoir remis une somme d'argent à un dépositaire, on l'autorise à l'employer, sauf à rendre autant.

R. Il est vrai, mais cela altère le dépôt. Ce pacte est si fréquent toutefois, qu'on ne refuse pas le nom de dépôt au contrat où il intervient, pour le qualifier de *mutuum*, à raison de ce que les parties ont envisagé la chose comme fongible. On le nomme dépôt irrégulier. Ce qui s'y passe présente de l'analogie avec la remise en *mutuum* par un pupille non assisté. Les deniers demeurent la propriété du déposant tant que le dépositaire les respecte; il les fait siens par la consommation.

D. N'a-t-on pas admis que cette autorisation d'emploi est de droit en certain cas?

R. Oui, quand on fait un dépôt d'argent à découvert, il y a présomption de dépôt irrégulier.

D. N'en distingue-t-on pas d'autres espèces?

R. On distingue encore, outre le dépôt ordinaire, le dépôt nécessaire et le séquestre (C. C., 1916, 1920).

D. Qu'est-ce que le dépôt nécessaire?

R. Celui qu'on fait d'urgence et sans pouvoir choisir son dépositaire, dans les circonstances calamiteuses, guerre, incendie, naufrage, etc. On le nomme vulgairement dépôt *misérable* (C. C., art. 1949).

D. Quest-ce que le séquestre?

R. C'est le dépôt judiciaire. Il est ordonné par justice ou consenti spontanément par les plaideurs, généralement à une *persona publica*. (C. C., art. 1955 et s.)

D. Quelles particularités présente-t-il?

R. Il n'est pas nécessairement gratuit, mobilier ni restitué à réquisition et au déposant. Il y a pour le dépositaire présomption du droit à un honoraire ou salaire, suivant sa profession. La restitution se fait au temps et à la personne indiqués par justice.

D. A qui appartiennent la propriété et la possession de la chose dans le dépôt.

R. Exactement comme dans le commodat. La tradition ne déplace pas la propriété, qui peut résider sur la tête d'un tiers. La possession se divise: celle naturelle, au dépositaire; celle civile, au déposant, qui peut continuer d'usucaper.

D. Quelle particularité offre encore le séquestre, à ce point de vue?

R. C'est que le déposant ne retient la possession civile qu'autant que cela est d'accord avec la décision de justice. Si c'est à lui que le juge ordonne de restituer le dépôt, il aura pu achever d'usucaper à l'aide de la possession de fait du dépositaire. Si l'on ordonne, au contraire, que le dépôt soit rendu à l'ad-

versaire, celui-ci ne pourra se voir opposer l'usucapion ; c'est le séquestre, dira-t-on, qui avait la possession civile.

D. A qui sont les risques de la chose déposée ?

R. Jamais au dépositaire, si elle périt par cas fortuit, sauf les exceptions posées plus haut.

D. Comment s'apprécie la responsabilité ?

R. Très-favorablement pour le dépositaire : il n'preste que la faute lourde, parce que le contrat n'est nullement dans son intérêt. Et encore cette faute s'apprécie *in concreto*, parce que le dépositaire a été choisi par le déposant : *sibi imputare debet*... Par contre, ce dernier preste la faute très-légère.

D. N'y a-t-il pas des exceptions ?

R. Oui, quand le contrat est dans l'intérêt des deux parties ; dans le dépôt misérable, où l'on ne peut choisir le dépositaire ; quand le débiteur s'est lui-même offert pour recevoir le dépôt ; dans le séquestre, quand il est salarié ou quand le dépositaire a été choisi par un autre que celui à qui se fait la restitution. Dans ces divers cas, on impose au débiteur la garantie de la faute légère, et peut-être même, dans quelques-uns, faut-il aller jusqu'à celle très-légère, en laissant la seule faute lourde à la charge du déposant.

D. Quelles actions naissent du contrat ?

R. Il en naît deux appelées, de son nom, *depositi directa*, *depositi contraria* ; la première pour le déposant, la seconde pour le dépositaire.

D. Quel est le caractère de ces actions ?

R. Elles sont personnelles, *in jus*, de bonne foi : l'une directe, l'autre contraire.

D. Quelles particularités offre l'action *directa* ?

R. 1° Elle entraîne l'infamie, contre le défendeur condamné, à raison de la religieuse loyauté qu'on doit apporter dans les rapports de ce contrat ;

2° Comme l'action *commodati directa*, elle repousse le droit de rétention et la compensation, sauf

quand la créance du dépositaire est relative au dépôt.

D. La même action ne présente-t-elle par encore un autre caractère anormal, dans le dépôt misérable ?

R. C'est, indépendamment de l'infamie, une condamnation au double contre le dépositaire infidèle. Sa déloyauté, à raison des circonstances dans lesquelles est remis le dépôt de cette nature, est regardée comme un danger public, auquel on a cherché à parer ainsi.

D. A quoi tend l'action directe ?

R. C'est la sanction des obligations du dépositaire. Le déposant l'emploiera donc, s'il ne prend nul soin pour la garde du dépôt, s'il en use ou en abuse, s'il refuse la restitution, sans motif légitime, enfin s'il y a eu perte ou détérioration imputable.

D. Le déposant n'a-t-il pas d'autre action?

R. Il a la revendication, en cas de propriété, et la publicienne, s'il n'était qu'en cours d'usucapion. Il peut exercer la première de ces actions contre le dépositaire même et toutes deux contre les tiers auxquels celui-ci aurait livré la chose. Il a, en outre, l'action *ad exhibendum*, directe ou utile selon qu'il est propriétaire ou possesseur de la chose, contre tous ceux qui s'en sont dessaisis de mauvaise foi. Dans le cas d'usage ou d'abus du dépôt, enfin, le déposant cumulera, chacune pour son objet propre, les actions *furti* et *condictio furtiva*

D. A quoi tend l'action *depositi contraria ?*

R. Au dédommagement du dépositaire, en lui assurant l'exécution des obligations que le déposant peut avoir contractées vis-à-vis de lui : 1° le remboursement des dépenses faites pour la conservation, la garde, même l'entretien de la chose: car, le dépositaire, n'en n'ayant pas l'usage, n'en doit pas supporter les frais courants, 2° la réparation du préjudice qu'a pu lui causer le dépôt. Comme nous l'avons vu pour le commodat, du reste, l'action *contraria* n'est utile qu'en certains cas exceptionnels. (C. C., 1947 et s.)

D. Dans ces cas le dépositaire a-t-il d'autres actions ?

R. Oui, comme le commodataire, celles *de dolo* et de la loi Aquilia.

D. Si vous aviez deux chevaux, l'un propre, l'autre déposé, et que, dans l'incendie de votre écurie, vous ne pussiez en sauver qu'un, aurait-on l'action directe contre vous pour avoir préféré le vôtre; auriez-vous l'action contraire, si vous aviez sauvé l'autre?

R. A conditions égales pour les deux animaux, si je préfère le mien, pas d'action contre moi, parce que la responsabilité, ici, est tout autre que dans le commodat. Si j'ai sauvé le dépôt, cela m'a coûté la perte de ma chose, j'en puis demander la valeur.

Section 5e. — *Du gage.*

D. Qu'est-ce que le gage?

R. C'est un contrat, comportant la remise d'une chose mobilière ou immobilière à une personne dont on est débiteur. Elle s'engage à conserver la chose et à la rendre identiquement si sa créance est éteinte, ou le solde du prix si elle l'a vendue. (C. C., 2071 et s.)

D. Quels noms prennent les parties?

R. Le créancier s'appelle le constituant du gage et le débiteur créancier gagiste. Il est créancier, en effet, d'une obligation antérieure, conventionnelle ou autre pour sûreté de laquelle, précisément, le gage lui est remis.

D. Quel est le caractère du contrat?

R. Il est réel, de bonne foi, synallagmatique imparfait, à titre onéreux, accessoire, non principal comme les autres.

D. Le mot gage n'a-t-il pas d'autre sens?

R. *Pignus*, ou gage, signifie : 1° la chose li-

vrée en garantie, 2° le droit réel que la tradition, (ou la simple convention pour l'hypothèque), confère au créancier sur cette chose, 3° le contrat d'où naît, contre lui, pour le constituant, un droit personnel, afin d'obtenir la restitution.

D. Pourquoi dites-vous *chose mobilière ou immobilière ?*

R. Parce que nous savons qu'on peut constituer en gage les meubles et les immeubles ; sous Justinien cependant, grâce à l'institution et au perfectionnement de l'hypothèque, les créanciers à qui on affectait un immeuble, satisfaits de la stabilité de leur garantie, n'en demandaient pas la remise effective. Aussi le mot gage commençait à désigner plus spécialement les meubles affectés. Chez nous, il n'a pas d'autre sens.

D. Pourquoi dire *la conserver, la rendre ?*

R. Parce que tout contrat réel emporte l'obligation de rendre et que cela suppose la garde, quand la restitution doit être faite identiquement.

D. Pourquoi dites-vous *si la créance est éteinte ?*

R. Parce que la restitution, d'après l'accord même des parties, n'aura pas toujours lieu. Il y a une obligation préexistante, au profit du débiteur, sanctionnée par un droit de rétention absolue et même de vente. La restitution n'est donc obligatoire que si, au terme convenu, l'obligation préexistante se trouve éteinte, par le paiement ou d'autre façon d'ailleurs. Ainsi supposez que le constituant dût une chose, dont la perte le libérât, il aurait droit à la restitution immédiate du gage. Quand le créancier gagiste impayé a fait vendre, son obligation dégénère en celle de faire compte du prix, et l'excédant de ce prix sur sa créance est subrogé de plein droit à la chose dans la charge de rendre. S'il n'y a pas d'excédant, d'après le pacte même qui a accompagné la remise, le débiteur dans ce contrat est libéré.

D. Le débiteur a-t-il autre chose que la garde ·

R. Oui. Il a l'*abusus* dans une certaine mesure, puisqu'il peut vendre la chose, en suivant les conditions du pacte et les formalités de procédure prescrites. Quant à l'usage et à la jouissance, il faut distinguer. Pour les meubles, il ne les a pas, à moins d'un pacte qui altérerait le contrat. Pour les immeubles, on les lui accorde, dans l'intérêt même du créancier, le débiteur constituant, pour que les fruits ne se perdent pas et sauf convention contraire.

D. Si cette concession ressort de la convention, n'est-elle pas plus étendue ?

R. Oui, il y a alors un pacte, accessoire encore, qu'on nomme l'antichrèse et qui n'a pas d'action distincte de celle du contrat de gage. La perception conventionnelle des fruits offre ces différences :

1° Elle découle d'un pacte formel ;

2° Les fruits s'imputent sur les intérêts, non sur le capital (*sors, caput*) ;

3° Le créancier est même dispensé de faire compte et prend les fruits de chaque année pour les intérêts de l'an, si le contraire n'apparait dans l'intention des parties.

D. A qui appartient le gage?

R. Jadis, on ne connaissait pas la convention de ce nom ; on transportait à son créancier, par le *nexum*, la chose qu'on voulait lui donner en garantie, avec une clause de fiducie qui l'obligeait à rétrocéder en cas d'extinction de sa créance. On peut encore agir ainsi plus tard, si l'on veut, par exemple, assurer les fruits au créancier gagiste. Un contrat pignoratif semblable serait nul en droit français. Hors de ce cas normal, la tradition n'est employée que pour transférer la possession au créancier gagiste.

D. Comment expliquer qu'il puisse vendre ce dont il n'est pas propriétaire ?

R. Cette anomalie est précisément signalée (Inst. II, VIII, § 1). Mais elle s'explique aisément. La vente, en droit romain, ne transporte pas la propriété ; donc

on peut vendre ce dont on n'est pas propriétaire; à plus forte raison lorsque, comme ici, on a mandat pour cela. Aussi n'est-il pas nécessaire d'être propriétaire pour donner en gage, pas plus qu'en commodat ou en dépôt.

D. N'arrive-t-il pas, par contre, qu'on soit propriétaire d'une chose, sans la pouvoir engager?

R. Oui, par suite d'un empêchement tenant à la personne, incapacité, ou à la chose, indisponibilité. C'est ce que le titre précité nous signale, quant à la dot immobilière, pour l'engagement de laquelle Auguste exigea le consentement de la femme et que Justinien ne permet plus d'engager, si ce n'est en cas exceptionnels. Il en est de même de la constitution de gage faite par un grevé de fidéicommis, et par tous ceux qui avaient une propriété résoluble, lorsqu'elle vient à être résolue. Enfin, les incapables, fous, prodigues, pupilles et femmes en tutelle, ne peuvent engager eux-mêmes leurs biens.

D. A qui appartient la possession du gage?

R. Outre la détention, la possession *ad interdicta* est au débiteur, le créancier. On l'a admis ainsi pour faciliter son droit de disposition. Mais celle *ad usucapiendum*, dans son intérêt encore, reste au constituant.

D. A qui sont les risques de la chose?

R. A qui? à la propriété; en général, au constituant. Le contrat pignoratif dont nous parlions plus haut a donc cet inconvénient d'en charger le créancier gagiste?

D. Comment apprécie-t-on la responsabilité des parties?

R. Le créancier preste la faute légère, conformément à la théorie générale de la prestation des fautes. Quant au débiteur, ou créancier gagiste, sa responsabilité est accrue par la *custodia* à raison de ce que la chose est à sa discrétion et il doit réparer la faute très-légère.

D. Vous combattez un système assez répandu, fondé sur le texte même des Instituts (*hic*, § 4), d'après lequel on considère que le contrat est intéressé des deux parts, d'où suit qu'il n'y aurait responsabilité, de part et d'autre, que de la faute légère.

R. Il est vrai; mais ce texte ne décharge le créancier gagiste que du cas fortuit. D'autre part, les L. 13, § 1 et 14 *de pigneratitia actione*, l'assimilent au commodataire et on ne peut y échapper qu'en bouleversant le premier texte d'une façon trop hardie.

D. Si un créancier, d'autorité, s'emparait, pour sa sûreté, d'une chose du débiteur, quelle serait sa responsabilité?

R. Celle d'un voleur. Il serait chargé même du cas fortuit.

D. Quelle action naît du contrat?

R. Il en naît deux, appelées, de son nom, *pigneratitia directa* et *pigneratitia contraria*: la première pour le constituant; la seconde, pour le créancier gagiste.

D. Quel est le caractère de ces actions?

R. Elles sont personnelles, *in jus*, de bonne foi, l'une est directe, l'autre contraire.

D. A quoi tend l'action *pigneratitia directa*?

R. C'est la sanction de l'obligation du débiteur dans le contrat, c'est-à-dire du créancier gagiste. On s'en sert pour l'empêcher d'user ou de jouir de la chose, s'il n'y a concession de l'usage ou des fruits, en tous cas de la détériorer, d'en disposer avant le terme, enfin pour en obtenir soit la restitution après le paiement de la dette, soit le solde du prix du gage vendu, soit la valeur de la chose qui aurait péri par faute.

D. Le constituant n'a-t-il pas d'autres actions?

R. Comme aux précédents contrats et dans les mêmes circonstances, il peut exercer la publicienne, la revendication, l'action *ad exhibendum*, enfin les actions *furti* et *condictio furtiva*.

D. A quoi tend l'action *commodati contraria*?

R. C'est la sanction des obligations du constituant, qui offrent la plus grande analogie avec celles du commodant et du déposant. Elle s'exerce quand le gage a été rendu ou a péri sans faute, pour obtenir le paiement des dépenses de garde et de conservation, ainsi que pour le dommage qu'aurait causé au créancier dans cette garde une faute légère du constituant.

D. Le créancier gagiste n'a, sans doute, pas plus que le commodataire et le dépositaire le droit de rétention pour une créance autre que celle-ci ?

R. C'est effectivement ce qu'indiquent les principes ; mais, à raison d'une présomption légale sur l'intention des parties, on regarde le gage comme affecté à la sûreté de toute autre dette entre les parties.

D. Quel est le caractère de cette interprétation ?

R. Elle est récente, ne datant que de Gordien. De plus, elle est rigoureuse et semble devoir être admise restrictivement, par exemple, en affectant le gage seulement à la dette chirographaire postérieure à celle contractée sans sûreté spéciale, et, tout au moins, aux dettes nées du crédit.

D. Expliquez cela par un exemple.

R. Titius a prêté 100 sous d'or à Lælius et a requis un gage. Ensuite, il lui vend et livre à crédit une maison pour 150 sous d'or. Il est dans l'intention présumable des parties que le gage soit affecté aux deux dettes. Le Code civil fait un raisonnement semblable dans l'article 2082. Mais, au contraire, après que Titius a prêté 100 sous à Lælius, il devient créancier de lui en héritant d'un tiers, ou parce que Lælius lui a tué un esclave. On ne peut supposer ici aucun accord tacite entre les parties, relativement à l'affectation du gage à la seconde dette.

D. Le créancier gagiste a-t-il d'autres actions que celle *pigneratitia contraria* ?

R. Dans les circonstances que nous avons précédemment indiquées, il aurait l'action de *dolo* ou celle de la loi *Aquilia*. Il a ensuite, pour la sanction

le son droit sur le gage, l'interdit salvien et l'action réelle dite servienne ; mais cela n'a rien de commun avec les droits personnels résultant du contrat de gage.

TITRES XV & XIX

Des contrats verbaux. Des nullités de la stipulation.

Section 1re. — *Généralités.*

D. Qu'est-ce qu'un contrat verbal ?

R. C'est celui où la *causa civilis* générative d'obligation consiste en certaines paroles déterminées, rituelles, en dehors desquelles l'engagement ne saurait naître.

D. Pour quelle raison ce formalisme ? N'est-ce pas faire injure à la bonne foi que de ne reconnaître un engagement formellement pris, s'il ne l'a été en tels termes sacramentels ?

R. Il y a de cela deux raisons, une d'histoire, une de logique.

D. Quelle est la raison historique ?

R. Celle indiquée précédemment. Le contrat verbal semble être la seconde dégradation du *nexum*. Dans les contrats réels, la tradition remplace la mancipation. On supprime ensuite même la tradition et

on s'en tient à un souvenir de la *nuncupatio* qui accompagnait jadis la mancipation ; mais encore faut-il que le rite simplifié auquel on s'arrête soit observé.

D. Quelle est la raison de logique ?

R. C'est que, dans une législation où tous les contrats sont consensuels, il est malaisé de les distinguer des pourparlers. Chez nous, quand on conclut un marché, à cette question : « Est-ce convenu? » on répond de préférence : « C'est convenu », au lieu de dire: *Oui* ou de répondre de la tête. Il s'en faut, du reste, de beaucoup, chez nous, que les contrats soient consensuels : la donation, l'hypothèque, l'institution contractuelle, le testament, fournissent à la mauvaise foi souvent la protection de leurs formes rigoureuses.

D. Ne trouve-t-on pas ces considérations dans le nom même du contrat ?

R. Oui, quelque système qu'on suive sur son étymologie. Le nom de *stipulation* vient ou de *stipis latio* (apport d'argent), souvenir de la pesée, ou de *stipulus* (solide), parce qu'on ne traite ferme que de cette façon, en général.

D. Si le contrat pèche contre les seules règles de forme, produit-il quelque effet ?

R. Oui, l'obligation naturelle.

D. Combien y a-t-il de contrats verbaux ?

R. Les Romains en ont connu trois : la *dotis dictio*, la *libertî promissio*, la stipulation

Section 2e. — *Des contrats verbaux, en dehors de la stipulation.*

D. Comment se constituait jadis la dot ?

R. De trois façons, ou par la dation c'est-à-dire la constitution immédiate de propriété, sur la tête du

mari, ou par l'un des deux contrats verbaux, la *dotis dictio* et la stipulation.

D. Qu'est-ce que la *dotis dictio?*

R. C'est un contrat par lequel, en énonçant la dot au fiancé ou mari, qui accepte expressément, on s'oblige envers lui.

D. Quel est le caractère de ce contrat ?

R. Il est verbal, unilatéral, de droit strict, à titre gratuit vis-à-vis du débiteur seulement.

D. Pourquoi dites-vous *en énonçant la dot ?*

R. Parce qu'il doit y avoir offre verbale des objets, meubles, immeubles, des genres ou sommes qu'on destine à la dot; sans cela il n'y aurait pas *dotis dictio.*

D. Pourquoi dites-vous *expressément ?*

R. L'Andrienne de Térence et l'observation d'un ancien annotateur nous apprennent qu'il fallait l'acceptation expresse, sans quoi l'énonciation demeure non avenue. C'est sans doute l'origine du rite sacramentel que nous suivons pour la donation (C. C., art. 932).

D. Quelle est l'action qui naît du contrat ?

R. C'est une action générale, la *condictio certi.*

D. Peut-on alors se servir indistinctement de la *dictio* ou de la *stipulatio* pour constituer la dot?

R. Non; la *dictio* ne peut être employée que par la femme ou fiancée *suis juris*, ses ascendants paternels et ses débiteurs délégués.

D. Comment s'est perdue la *dotis dictio ?*

R. Ruinée par l'effet obligatoire que les empereurs ont attaché au simple pacte de promesse de dot : *qualiacumque sufficere verba censemus* (Const. 6, au C. *de dotis prom.* de Théodose et Valentinien).

D. Qu'est-ce que la *liberti promissio ?*

R. C'est le contrat par lequel un affranchi promet avec serment à son patron ou aux héritiers ou à l'assignataire, les *operæ fabriles* ou des présents et redevances.

D. Pourquoi dites-vous avec serment ?

R. Parce que l'affranchi parlant seul, ce qui ne

se rencontrait qu'en ce contrat verbal et, en outre, n'employant pas de termes sacramentels, on pouvait craindre qu'il contestât son obligation, quand s'affaiblirait chez lui le souvenir de son ancien état. L'usage s'introduisit de le faire jurer, mais avant l'affranchissement. S'il avait lieu *vindicta* ou *sacrosanctis ecclesiis*, le magistrat ou le prélat y tenait la main.

D. Mais, en droit civil, le serment d'un esclave est sans valeur?

R. On se fit effectivement cette objection. Aussi les textes disent-ils qu'on s'arrêta à l'usage de deux promesses successives avec serment, l'une avant l'affranchissement pour créer l'obligation, naturelle, l'autre après, pour la nover en civile.

D. Pourquoi dites-vous *à son patron*, etc. ?

R. La promesse est faite communément au patron ; mais il est libre d'assigner l'esclave à qui bon lui semble, directement en l'affranchissant, puisqu'il lui serait si aisé de le faire indirectement en le donnant *ut manumittatur*. En outre, quand l'affranchissement naît de la mort du patron, le *libertus orcinus* ne peut promettre qu'aux héritiers les œuvres ou redevances imposées ?

D. Pourquoi dites-vous les *operæ fabriles? N'y* a-t-il pas aussi les *operæ officiales?*

R. Oui ; mais elles étaient dues de plein droit.

D. Quel est le caractère de ce contrat ?

R. Il est verbal, de droit strict, unilatéral et à titre gratuit.

D. Mais le maître ne fournit-il pas un large équivalent en sacrifiant la valeur vénale de l'esclave?

R. La liberté ne peut se taxer; ce contrat donc, comme le précédent, au point de vue de l'affranchi, seule partie qui s'engage, est bien à titre gratuit.

D. Quelle action naît du contrat ?

R. La *condictio*.

D. Ce contrat est-il aussi tombé en désuétude sous Justinien ?

R. Non ; il est souvent mentionné au *Digeste*.

Section 3e. — *De la stipulation; qui peut y figurer.*

D. Qu'est-ce que la stipulation ?

R. C'est un contrat dans lequel un citoyen en interroge un autre, qui promet, en répondant conformément et s'oblige ainsi à donner, faire ou prester.

D. Quels noms reçoivent les parties ?

R. Le créancier celui de *stipulator*, le débiteur celui de *promissor*. On dit aussi *reus stipulandi*, *reus promittendi*.

D. Pourquoi dites-vous *un citoyen ?*

R. Parce que la stipulation, à l'instar de la mancipation d'où elle dérive, était un privilége du *jus commercii*, réservé aux citoyens. C'est alors que le contrat se nomme aussi *sponsus*, *sponsio*. Mais l'on s'est d'assez bonne heure relâché de cette rigueur et notre définition n'est plus exacte que pour une forme qu'on maintint inaccessible aux pérégrins.

D. Pourquoi dites-vous *interroge ?*

R. Il ne suffit pas ici, comme dans le constitut et la *liberti promissio*, que le débiteur parle.

D. Pourquoi dites-vous *conformément ?*

R. Parce que, pour exprimer son adhésion, le débiteur doit employer, pour qu'elle ne soit pas douteuse, les termes dans lesquels on la lui demande.

D. Pourquoi dites-vous *donner, faire ou prester ?*

R. Parce que la stipulation, le contrat par excellence, se prête à toute espèce d'obligations.

D. Quel est son caractère ?

R. C'est un contrat verbal, unilatéral, de droit strict, principal ou accessoire, à titre onéreux ou gratuit, suivant la nature de l'accord dont les parties passent entre elles cette sorte d'acte verbal.

D. Quelles qualités physiques et morales faut-il avoir pour figurer dans la stipulation ?

R. Il faut être présent, pouvoir parler et entendre avec intelligence des affaires, à même de consentir pleinement, et consentant.

D. Quelle disposition Justinien a-t-il portée au sujet du défaut de présence ?

R. Pour déjouer la mauvaise foi, il décide que, lorsque la stipulation sera établie par écrit, le débiteur ne sera recevable à l'attaquer, pour défaut de présence, qu'en prouvant son absence, ou celle de son adversaire, durant toute la journée à laquelle l'acte reporte la stipulation.

D. Quelles infirmités empêchent ce contrat ?

R. Non seulement le mutisme, mais encore la surdité qui nous empêche, en réalité, de nous associer à ce que dit l'autre *vous*.

D. Suffit-il donc, à ce point de vue, de parler et d'entendre?

R. Non; il faut parler avec l'intelligence du contrat et entendre de même. La stipulation est ainsi interdite à l'*infans* et, jadis, à l'*infantiæ proximus*.

D. Qu'entendez-vous par là ?

R. J'ai expliqué cela au sujet de la tutelle. On a vu que l'*infans* est l'enfant jusqu'à 7 ans.

D. La stipulation où paraît une personne au-dessus de cet âge est-elle donc toujours valable ?

R. Non. Il faut distinguer entre les deux rôles que comporte ce contrat. La *stipulatio* est toujours valable, parce qu'elle est avantageuse à l'impubère. Pour la *promissio*, sous-distinguons. Si l'impubère est en puissance paternelle, sa parole n'a pas d'effet. S'il est en tutelle, sa promesse est nulle ou valable, selon qu'il paraît ou non avec son tuteur ; lequel, présent, doit être interrogé et répondre aussi, à l'origine, en ces termes : « *Auctorne fis? — Auctor fio.* »

D. La distinction faite pour le pupille ne s'applique-t-elle pas à d'autres incapables ?

R. Oui. Les femmes, tant qu'elles ont été en tutelle, les prodigues et aussi les esclaves. S'ils stipu-

lent, le contrat, en général, est toujours bon. S'ils promettent, il est ordinairement nul.

D. Les fous ne sont-ils pas comme les prodigues?

R. Pas identiquement, surtout ici. Il y a une autre distinction à faire pour eux. Si le fou était dans un intervalle lucide, le contrat est bon, contre lui ou en sa faveur. S'il est en démence, *nihil agit*. Promesse ou stipulation, sa parole est non avenue.

D. Les règles que vous venez d'énoncer sont-elles particulières à ce contrat?

R. Nullement, non plus que toutes celles relatives au consentement. Les Instituts en traitent ici, à cause de l'importance de ce contrat verbal. Mais nous avons déjà vu que nulle convention ne saurait être valable en dehors du consentement des parties.

D. Mais, quand le consentement est vicié, la stipulation est-elle néanmoins valable?

R. Oui, en général, plus rigoureusement que dans les contrats de bonne foi: parce que, dit-on, en droit strict, un consentement vicié suffit pour former l'appoint nécessaire à la *causa civilis*, comme source d'obligations. Du reste, il faut distinguer les divers vices, qui sont le dol, la violence, l'erreur, la lésion.

D. Quelle distinction faites-vous donc?

R. Le dol, la violence et la lésion sont sans effet, en droit civil. Pour l'erreur, on sous-distingue. Si elle est matérielle, si elle porte sur l'identité de l'objet et l'affecte *in corpore*, le contrat manque entièrement de se former et ne fournit même pas l'obligation naturelle.

D. Le contrat vicié par le dol, la violence ou la lésion, va donc s'exécuter?

R. Il y a obligation civile pure, en général, dont le prêteur arrête la poursuite à l'aide des exceptions; celle *de dolo*, pour le dol ou la violence, celle *quod metus causa*, pour ce dernier vice seul. Quant à la lésion, il n'y a d'autres ressources que la restitution, accordée par le prêteur aux mineurs de 25 ans, aux

pupilles ou femmes, (sous le régime de la tutelle), qui ont pu être lésés, même en stipulant, même par l'effet d'une erreur non matérielle.

D. N'y a-t-il pas encore, au point de vue des qualités morales des parties, un principe fécond en conséquences?

R. C'est celui qu'il faut deux personnes distinctes pour le contrat, et la règle est générale.

D. Mais elle paraît naïve?

R. Elle se rapporte à ces espèces de clans, qui composaient les éléments de la société romaine, le *paterfamilias* avec les *personnes impersonnelles* qui sont en sa dépendance et ne font qu'un avec lui. C'est pour ces individus divers, ne formant qu'une personne, qu'on pose ces règles : nul ne peut stipuler pour autrui ; il faut être deux personnes pour stipuler. De là vient, à la fois, qu'un esclave peut stipuler pour son maître et ne le peut avec lui.

D. Quelles sont les applications de la seconde règle?

R. Le *paterfamilias* ne peut contracter avec les descendants en puissance paternelle, l'épouse ou bru *in manu*, l'individu *in mancipio*, qui sont sous sa dépendance à divers titres. Ces individus ne peuvent davantage s'obliger entre eux.

D. Quel en est le motif?

R. L'impossibilité d'exécution : ils n'ont rien en propre, et l'un d'eux stipulerait nécessairement pour le patrimoine du père de famille ce que l'autre devrait tirer du même patrimoine commun, au temps de la livraison. Ce principe a même survécu à l'introduction des divers pécules.

D. Les contrats passés ainsi ne produisent-ils nul effet?

R. Ils produisent l'obligation naturelle, susceptible d'exécution, soit immédiatement sur le pécule du débiteur, s'il peut donner et le créancier acquérir, au moins en possession à part du chef; soit posté-

rieurement, après l'affranchissement ou l'émancipation, etc.

D. Peut-on employer la stipulation pour faire promettre les œuvres au patron?

R. Oui ; mais on se servait rarement de ce contrat, à raison sans doute du souvenir des rapports entre le maître et l'esclave libéré.

D. Quelle action produit la stipulation ?

R. La *condictio*.

D. Dans son application à ce contrat ne distingue-t-on pas deux espèces de la *condictio ?*

R. Oui, celle *certi* ou *certa*, celle *incerti* ou *incerta*. On appelle aussi la *condictio* action *ex stipulatu*, mais plus particulièrement quand elle est *incerta*, que l'objet n'en est pas déterminé d'avance.

D. Sur quoi repose cette distinction et quel est son intérêt ?

R. C'est un intérêt de procédure, au point de vue de la *plurispetitio*. La *condictio certi* naît de la stipulation déterminée ou *certa* ; la *condictio incerti*, de la stipulation indéterminée.

D. Quand est-ce que la stipulation est *certa* ou *incerta ?*

R. Quand l'objet en est déterminé de tous points dès l'origine ; de façon qu'on sait quelle est la nature, la qualité, la quantité de ce que doit payer le débiteur, cent muids du meilleur vin de Campanie, ou l'esclave Pamphile. Hors de là, toute stipulation est indéterminée, celle, par exemple, du blé pour les semailles ou *rem pupilli salvam fore*.

D. La stipulation *certa* n'aboutit-elle pas parfois à la *condictio incerta ?*

R. En effet. Vous m'avez promis l'esclave Stichus et vous l'avez tué ou affranchi, ce que je vous demande, à moins qu'il y eût clause pénale, ce sont des dommages-intérêts indéterminés.

D. Quelle faute prestent les parties?

R. Le débiteur devrait prester la faute lourde

seulement, puisqu'il n'est pas intéressé, ce semble, au contrat ; mais, d'une part, il a souvent la garde d'une chose à livrer et doit la *custodia*, en général. D'autre part, la stipulation est rarement un contrat isolé. C'est plutôt la confirmation d'une convention. C'est dans les rapports que cette convention a créés qu'il faut puiser les éléments qui détermineront la responsabilité.

D. Le débiteur n'a-t-il pas souvent soin de la restreindre à ses faits personnels?

R. Oui, on voit très-souvent de telles clauses : « *Promittisne per te non fieri quo minus Eros servus mihi tradatur?* » Cas auquel le débiteur ne répond que de son dol, de sa faute active, de son fait même.

Section 4e. — *Des choses qu'on peut et de la façon dont on doit stipuler.*

D. Passons du sujet à l'objet de la stipulation. Quel peut-il être?

R. Infiniment varié : dation, prestation de corps certain, mobilier, immobilier, de genre, de denrées, accomplissement de faits actifs ou passifs, la stipulation embrasse tous les objets d'obligations.

D. Quelles choses ne peut-on stipuler?

R. Celles inexistantes, de droit divin ou même humain, celles qui ne sont pas dans le commerce relativement au stipulant, ou lui appartiennent déjà.

D. Reprenez ces catégories.

R. Inexistante; s'il s'agit d'un esclave déjà péri, d'un être imaginaire, la convention est nulle comme dépourvue d'objet.

D. Au titre des legs, nous avons vu qu'ils ne peuvent avoir pour objet les choses inexistantes et qu'on peut pourtant léguer une chose future.

R. On peut aussi stipuler les choses futures dont l'existence, même aléatoire, est la conséquence de faits accomplis ou présents. Nous verrons plus d'un rapport entre les contrats et le legs qui est, peut-on dire, un quasi-contrat.

D. Vous dites ensuite une chose de droit divin, même humain, mais non privée.

R. C'est-à-dire qu'on ne peut stipuler les choses sacrées, religieuses et saintes, du droit divin ; celles communes, publiques, ou les biens de municipes en service public.

D. Si donc une ville détruit l'affectation de son théâtre, de son temple de Diane, et en ordonne la mise en vente, elle peut le promettre en stipulation?

R. Oui, parce que le sol et l'édifice passent alors de son domaine public inaliénable dans son domaine privé aliénable, sauf une loi pour l temple.

D. Alors, pour échapper à la nullité de cette stipulation : *Templum Dianæ promittisne ?* il suffit d'ajouter la mention d'une condition ou d'un terme, par exemple, quand il sera rendu aux usag s civils.

R. Non, on ne peut sauver par une modalité la nullité de la disposition des choses *extra patrimonium*.

D. Vous dites ensuite que le stipulant doit avoir le *commercium* quant à ce qu'il stipule. Citez des exemples de la privation relative du *commercium*.

R. Les fonctionnaires romains envoyés dans une province n'y doivent acquérir aucun immeuble. Le tuteur ne peut acquérir des biens de son pupille. Les hérétiques n'ont pas le droit d'avoir des esclaves chrétiens. (C. C. art. 1595 et S.).

D. Pourquoi mentionnez-vous cet empêchement à l'égard du stipulant seul?

R. Parce que c'est lui qui doit acquérir pour que la stipulation s'exécute. Quant au *promittens*, s'il n'avait pas le *commercium* de la chose que le créancier pût librement acquérir, il la ferait acheter et livrer par un mandataire : c'est un raisonnement sem-

blable qui a fait admettre que la stipulation de la chose d'autrui est valable, tout comme le legs.

D. Si la chose privée, objet de la stipulation, appartenait déjà au stipulant, le contrat est-il valable?

R. Non. On ne peut stipuler sa propre chose; on ne peut en stipuler que la valeur, ou la restitution pour le cas où elle sortirait de notre patrimoine.

D. Mais n'est-ce pas prétendre couvrir par une condition ou un terme la nullité du contrat, et nous avons reconnu que c'est impossible?

R. Il faut rappeler la distinction entre les nullités absolues et relatives, qu'on applique à la matière des legs, à une question identique. Vous ne pouvez ni stipuler, ni léguer le temple de Diane pour le temps où ce sera un édifice privé; mais vous pouvez stipuler ou léguer la chose appartenant actuellement à celui qui doit acquérir, pour le cas où elle cesserait d'être à lui, parce que l'état de choses actuel n'est qu'un empêchement de fait à l'exécution du contrat, et celui qui est temporairement privé du *commercium*, sur une chose, peut la stipuler, sous une modalité, pour le temps où il l'aura recouvré.

D. Quels faits ne peuvent être l'objet de la stipulation ou du contrat en général?

R. Ceux impossibles, dans l'ordre matériel ou dans l'ordre moral, c'est-à-dire illicites ou immoraux.

D. Dans quels termes se fait la stipulation?

R. On peut distinguer à cet égard plusieurs époques. A l'origine, on ne se servait probablement que de la forme *spondesne? spondeo*. Elle est restée propre aux citoyens, quand d'autres ont été admises: « *Promittisne? Promitto. Fidei tuæ comittis? Fidei meæ comitto*, » etc. Enfin, par une constitution de Léon, il est fait remise de ces formes sacramentelles. On veut une interrogation en termes quelconques propres à exprimer l'intention, une réponse conforme en les mêmes termes, propres à exprimer l'engagement.

D. Cette dégradation ne se produit-elle pas

aussi pour la langue dont les parties doivent se servir ?

R. En effet, longtemps on ne put user que du latin. Au temps de Gaïus, on avait déjà admis l'usage du grec, à la condition que les deux parties en eussent l'intelligence, et que si elles se servaient de deux langues, le répondant employât des expressions qui traduisissent celles du stipulant, pour obtenir concordance. Sous Justinien, on l'a vu, cela n'est plus nécessaire, et on peut employer toute autre langue que le grec.

D. Cet empereur n'a-t-il pas aussi une disposition qui consacre la déchéance du rite ?

R. C'est que s'il a été dressé un acte de la stipulation et qu'il en constate la régularité ou même simplement qu'il y a eu promesse, on n'est pas recevable à alléguer le défaut d'interrogation.

Section 5e. — *Des modalités de la stipulation.*

D. Pourquoi importe-t-il d'étudier les modalités de la stipulation ?

R. A raison de ce qu'elles influent sur sa perfection, sur sa validité, ou tout au moins lui donnent un caractère nouveau.

D. Parlez-nous d'abord du terme ?

R. Comme on le sait, il n'empêche pas l'obligation de naître et ne fait qu'en différer l'exécution. Le stipulant est déjà créancier ; il a la jouissance de son droit, mais non l'exercice.

D. On se sert, pour exprimer ces idées, des expressions *dies cedit*, *dies venit*. Dans la stipulation à terme, quand arrivent le *dies cedit*, le *dies venit* ?

R. Le *dies cedit* accompagne l'échange même des paroles des parties, qui donne au contrat sa

perfection; le *dies venit* n'a lieu qu'à l'arrivée du terme suspensif.

D. Le créancier peut donc poursuivre dès l'aurore du jour fixé pour le paiement?

R. Non; il ne le peut que le lendemain, parce qu'on ne doit actionner que le débiteur en demeure, et on ne saurait lui enlever rien du délai qu'il s'est réservé. Celui qui doit payer tel jour, tel mois telle année, a jusqu'à la dernière heure du jour, du mois, de l'année, sauf à anticiper si bon lui semble.

D. Le terme n'a-t-il pu être demandé aussi par le créancier?

R. Oui, quand, par exemple, je stipule du blé pour mes semailles, à livrer seulement à cette époque pour n'en avoir pas la garde et les risques. En ce cas, le paiement ne peut pas être anticipé par le débiteur.

D. Quand doit être exécutée la stipulation pure?

R. Immédiatement; le débiteur peut être mis en demeure.

D. Combien y a-t-il d'espèces de terme?

R. Comme on le sait, il peut être certain ou incertain, exprès ou tacite, *a quo* ou *ad quem*, enfin prépostère.

D. Qu'est-ce qu'un terme tacite?

R. C'est celui qui ressort de l'intention des parties, qu'on présume d'après les expressions, les circonstances du contrat ou la nature des choses. La promesse du fait impossible est nulle. Or, bien souvent tel fait impossible au moment du contrat deviendra possible dans un délai à arbitrer *ex æquo et bono*. C'est ce que l'on nomme le délai moral. Regarder la stipulation comme pure, ce serait la prendre pour la promesse d'un fait impossible, par conséquent, pour un contrat nul. Il vaut mieux supposer le terme, parce qu'on doit interpréter la volonté des parties dans le sens qui valide le contrat plutôt qu'en celui qui l'annule.

D. Quels exemples cite Justinien?

R. On insère fréquemment dans la stipulation l'indication du lieu où doit se faire le paiement. Si ce lieu n'est pas celui où sont les parties, il y aura nécessairement terme. De même, la promesse pure d'une tradition d'une chose absente comporte le délai pour la quérir, l'appareiller et la livrer.

D. Y a-t-il une différence entre une stipulation où un terme serait exprimé, pour cet objet, et celle qui n'en parlerait pas?

R. Oui, si le créancier agissait prématurément; dans la première, il perdrait son procès, à raison de la plus-pétition. — L'autre, est pure et lui permet, en droit strict, de demander immédiatement.

D. Qu'est-ce qu'un terme prépostère?

R. C'est celui dont on connaîtra l'arrivée trop tard pour faire le paiement à temps.

D. Donnez-en un exemple :

R. « Promets-tu de me payer 100 écus dix jours avant ma mort? » Je suis aujourd'hui à dix jours de ma mort; je l'ignore, et ne peux poursuivre, en fait.

D. La stipulation recevait-elle toutes ces espèces de termes?

R. Oui, sauf le terme résolutif *dies à quo*, et le terme suspensif prépostère ou *post mortem*.

D. Ces exclusions mêmes n'ont elles pas été réformées?

R. Ulpien accordait l'action utile à l'héritier pour qui on avait nommément stipulé. Ce n'est point là une stipulation pour un tiers. Léon valida les promesses de dot avec terme prépostère, à raison de la faveur qui s'y attache. Justinien, enfin, étendit cette disposition à tous les contrats; le terme prépostère n'annula donc plus aucune convention.

D. D'où venait la nullité du terme résolutif?

R. De ce que le laps de temps n'est pas extinctif des obligations malgré l'extension de la prescription par Théodose aux actions personnelles. Cette stipulation : promets-tu de me payer 10 sous d'or *quoad*

vivam? stipulation d'une rente viagère, créait donc une dette perpétuelle dont les héritiers du stipulant pouvaient poursuivre le paiement.

D. Quelle est la réforme faite sur ce point?

R. Une réforme purement prétorienne : le débiteur repoussé par une exception de dol ou de pacte.

D. Voici trois stipulations : l'une, *pridie quam moriar* ou *morieris*; l'autre, *cum moriar* ou *morieris*; la troisième, *post mortem meam* ou *tuam*. Sont-elles valables ?

R. La première est celle sous terme prépostère. La dernière est nulle encore, jusqu'à Justinien, qui valide aussi l'emploi du terme *post mortem meam*. La seconde fut toujours permise.

D. Justifiez cette bizarrerie ?

R. On trouve *inelegans* que les parties stipulent pour ne pas jouir ou promettent de façon à ne se point charger elles-mêmes : qu'en un mot, activement ou passivement, l'obligation commence à exister utilement pour ou contre les héritiers. Mais, dans la formule *cum morieris*, le débiteur a pu payer avant que de mourir. Dans celle *cum moriar*, même, l'obligation a reposé un instant de raison sur la tête du stipulant.

D. Mais supposez : un fils de famille stipule *post mortem domini* ou *patris*, parce qu'il espère être *sui juris* au terme, est-ce valable ?

R. On peut, en effet, stipuler *post mortem alterius*; mais les personnes *alieni juris* ne peuvent ainsi se détacher de leur auteur. Comme elles sont pour lui des mandataires naturels, c'est le *paterfamilias* qui est censé avoir parlé et dit : *post mortem meam*.

D. N'avait-on, avant Justinien, un expédient pour échapper à la nullité ?

R. Quand il y avait plusieurs stipulants, le terme *post mortem meam*, pour l'un deux, était, naturellement, *post mortem alterius*, pour les autres. On en avait déduit l'emploi d'un complaisant, qui, stipulant avec vous, recevait le paiement ou faisait les poursuites

après votre mort. C'était un mandataire, chargé de rendre compte aux héritiers. On l'appelle l'*adstipulator* et il peut servir dans plusieurs autres cas. Pour échapper à la nullité de la stipulation *post mortem tuam*, il y avait un expédient de même nature, dans l'emploi d'un *intercessor*.

D. Parlons de la condition. Quel est son effet dans les obligations?

R. La véritable condition a pour effet de suspendre, non seulement l'exécution, mais encore la naissance de l'obligation. Le stipulant, alors, n'a qu'une espérance, *spes debitum iri*, transmissible à ses héritiers et comportant le droit des actes conservatoires.

D. Quand sont le *dies cedit* et le *dies venit?*

R. Tous deux au même temps, au jour de l'accomplissement de la condition, comme en matière de testament. La stipulation est alors parfaite, nouée, *stipulatio committitur*.

D. Il y a cependant une différence?

R. Oui, mais les mots usuels, *dies cedit*, *dies venit*, sont insuffisants pour la faire comprendre. On l'exprime par cette règle que la condition accomplie a un effet rétroactif dans les obligations, non dans les testaments. De là vient que le droit conditionnel n'est transmissible que dans les obligations.

D. Quel est le motif de cette différence?

R. Les dispositions testamentaires sont faites *intuitu personæ*. C'est suivre, vraisemblablement, l'intention de leur auteur que les déclarer caduques si l'héritier, légataire ou fidéicommissaire, décède avant d'en avoir joui. Les contrats sont faits pour les affaires et ne soulèvent pas de questions de sentiment.

D. Cette règle de la rétroactivité de la condition accomplie n'a-t-elle pas d'autres applications?

R. Si fait. Par exemple, je promets à 2us une hypothèque sur ma maison pour le cas où il me prêterait. Ayant ensuite besoin d'argent et 2us étant absent, j'en emprunte à 1us qui ne m'en remet que moyennant

vivam? stipulation d'une rente viagère, créait donc une dette perpétuelle dont les héritiers du stipulant pouvaient poursuivre le paiement.

D. Quelle est la réforme faite sur ce point?

R. Une réforme purement prétorienne : le débiteur repoussé par une exception de dol ou de pacte.

D. Voici trois stipulations : l'une, *pridie quam moriar* ou *morieris*; l'autre, *cum moriar* ou *morieris*; la troisième, *post mortem meam* ou *tuam*. Sont-elles valables ?

R. La première est celle sous terme prépostère. La dernière est nulle encore, jusqu'à Justinien, qui valide aussi l'emploi du terme *post mortem meam*. La seconde fut toujours permise.

D. Justifiez cette bizarrerie ?

R. On trouve *inelegans* que les parties stipulent pour ne pas jouir ou promettent de façon à ne se point charger elles-mêmes ; qu'en un mot, activement ou passivement, l'obligation commence à exister utilement pour ou contre les héritiers. Mais, dans la formule *cum morieris*, le débiteur a pu payer avant que de mourir. Dans celle *cum moriar*, même, l'obligation a reposé un instant de raison sur la tête du stipulant.

D. Mais supposez : un fils de famille stipule *post mortem domini* ou *patris*, parce qu'il espère être *sui juris* au terme, est-ce valable?

R. On peut, en effet, stipuler *post mortem alterius*; mais les personnes *alieni juris* ne peuvent ainsi se détacher de leur auteur. Comme elles sont pour lui des mandataires naturels, c'est le *paterfamilias* qui est censé avoir parlé et dit : *post mortem meam*.

D. N'avait-on, avant Justinien, un expédient pour échapper à la nullité ?

R. Quand il y avait plusieurs stipulants, le terme *post mortem meam*, pour l'un deux, était, naturellement, *post mortem alterius*, pour les autres. On en avait déduit l'emploi d'un complaisant, qui, stipulant avec vous, recevait le paiement ou faisait les poursuites

après votre mort. C'était un mandataire, chargé de rendre compte aux héritiers. On l'appelle l'*adstipulator* et il peut servir dans plusieurs autres cas. Pour échapper à la nullité de la stipulation *post mortem tuam*, il y avait un expédient de même nature, dans l'emploi d'un *intercessor*.

D. Parlons de la condition. Quel est son effet dans les obligations ?

R. La véritable condition a pour effet de suspendre, non seulement l'exécution, mais encore la naissance de l'obligation. Le stipulant, alors, n'a qu'une espérance, *spes debitum iri*, transmissible à ses héritiers et comportant le droit des actes conservatoires.

D. Quand sont le *dies cedit* et le *dies venit?*

R. Tous deux au même temps, au jour de l'accomplissement de la condition, comme en matière de testament. La stipulation est alors parfaite, nouée, *stipulatio committitur*.

D. Il y a cependant une différence ?

R. Oui, mais les mots usuels, *dies cedit*, *dies venit*, sont insuffisants pour la faire comprendre. On l'exprime par cette règle que la condition accomplie a un effet rétroactif dans les obligations, non dans les testaments. De là vient que le droit conditionnel n'est transmissible que dans les obligations.

D. Quel est le motif de cette différence ?

R. Les dispositions testamentaires sont faites *intuitu personæ*. C'est suivre, vraisemblablement, l'intention de leur auteur que les déclarer caduques si l'héritier, légataire ou fidéicommissaire, décède avant d'en avoir joui. Les contrats sont faits pour les affaires et ne soulèvent pas de questions de sentiment.

D. Cette règle de la rétroactivité de la condition accomplie n'a-t-elle pas d'autres applications?

R. Si fait. Par exemple, je promets à 2us une hypothèque sur ma maison pour le cas où il me prêterait. Ayant ensuite besoin d'argent et 2us étant absent, j'en emprunte à 1us qui ne m'en remet que moyennant

l'engagement de ma maison. Ces fonds ne me suffisent pas, et, à son retour, 2us m'en prête aussi. Eh bien, Secundus, qui m'a prêté en second lieu, a le premier rang hypothécaire sur ma maison, parce qu'il est le premier à qui j'ai donné hypothèque.

Autre exemple. Un esclave ou fils de famille stipule conditionnellement. Lors de l'événement, il se trouve avoir changé de main. Le paiement de l'obligation doit être fait au premier *paterfamilias.* Nous avons vu, au contraire, en matière de testament, que l'institution conditionnelle ou le legs *ambulat cum servo* et profite à celui qui a sous sa puissance la personne *alieni juris,* au moment de l'accomplissement de la condition.

D. Le terme incertain fait-il ici condition?

R. Non. Mais il faut prendre garde qu'il n'y ait une véritable condition exprimée sous cette forme; par exemple: *cum navis ex Asia venerit.* Ici, l'incertitude porte, non seulement sur l'époque, mais sur le fait même du retour. C'est comme si l'on avait dit: *si navis.*

D. Quel intérêt y a-t-il à distinguer la condition du terme incertain, puisque le droit du stipulant est, de toute façon, transmissible à ses héritiers?

R. Cet intérêt se voit dans le cas de l'offre d'un paiement anticipé ou de la répétition de celui qui aurait eu lieu ainsi. Le débiteur a le droit, en général, de s'acquitter avant le terme, mais non avant l'événement de la condition. S'il a payé par erreur avant le terme, il ne peut répéter; il le peut, au contraire, si c'est avant la condition accomplie.

D. D'où vient cette différence?

R. De ce qu'il y a dette, dans le premier cas, où le créancier devait recevoir tôt ou tard ce qu'il reçoit ou a reçu; tandisque, dans le cas de condition, le stipulant peut refuser d'assumer les risques de la chose à laquelle il n'aura peut-être jamais droit, et, s'il l'a reçue, par suite d'une erreur du débiteur, il est sans titre pour la retenir.

D. Rappelez-les diverses espèces de conditions.

R. On distingue les conditions positive et négative, — les conditions casuelle, potestative et mixte, — celles possibles et licites, impossibles et illicites, — celles expresse et tacite, — celle prépostère, — les conditions simples, cumulatives ou alternatives, — celles suspensive et extinctive ou résolutoire.

D. Pourquoi donnez-vous ce rang secondaire à la distinction des conditions suspensive et résolutoire, la première aux yeux du législateur français?

R. Les Romains parlent rarement de la condition résolutoire et l'on dit quelquefois qu'ils ne l'ont pas connue.

D. Pourquoi l'ont-ils traitée ainsi?

R. En principe, la condition résolutoire suspendant l'extinction d'un droit, ne l'empêchant point d'exister quant à présent et peut-être d'une manière définitive, est d'une importance secondaire en comparaison de la modalité qui, portant directement sur le droit réel ou personnel, le fait être ou n'être pas, selon l'événement. En fait, cette condition avait aussi bien moins d'utilité. On a vu, aux Testaments, qu'elle n'y était pas reçue, tout au moins dans l'institution d'héritier. Elle n'avait guère plus d'emploi dans les obligations. Supposez, en effet, que Lælius me promette de me payer cent, à moins que le navire arrivé d'Asie. Je le poursuivrai immédiatement et la condition ne pourra lui servir de défense. Une telle stipulation ne se comprend même pas si l'on n'indique un terme pour l'événement et qui sera tacitement mis aussi aux poursuites. Ainsi : promets-tu de me payer cent, à moins que le navire revienne d'Asie dans l'année? Une telle stipulation serait pure et perpétuelle, comme au cas du *dies a quo*; il faudrait une exception de dol ou de pacte pour la défense du promettant, en cas de retour du navire. Mieux vaut donner au stipulant une simple espérance, par l'emploi de la condition suspensive : Promets-tu de payer

cent, dans un an, si le navire n'est pas rentré d'Asie?

D. L'effet des conditions potestatives est-il le même dans les contrats que dans les testaments?

R. A peu près, au point de vue de la validité. On sait qu'il y a deux espèces de ces conditions, la potestative ordinaire et la potestative pure, ou de caprice. La première ne vicie jamais l'obligation, la seconde le fait en certains cas.

D. Montrez l'effet de la condition potestative ordinaire.

R. *Si je vais en Egypte* ou *si tu vas en Egypte* ou si Lælius *va en Egypte, l'année prochaine, me vends-tu ta maison?* Sont valables ces trois stipulations, avec condition potestative, mise au pouvoir à la fois des événements et d'un homme, qui est le stipulant, le promettant ou un tiers. La disposition testamentaire, avec une telle condition mise au pouvoir soit d'un tiers, soit de l'héritier, légataire ou fidéicommissaire, est de même valable.

D. Dites l'effet de la condition potestative pure.

R. *Dabisne si voluero? — si volueris? — si Mœvius voluerit?* La première stipulation est valable; l'arbitraire y est celui du créancier, lequel peut toujours faire remise de la dette. La seconde est nulle, parce que l'arbitraire est celui du débiteur et que cette liberté est incompatible avec l'essence de l'obligation. Aujourd'hui encore, chez nous, on dit que la condition *si volueris* vicie les contrats, et c'est ce qu'exprime maladroitement l'art. 1174. La troisième stipulation est valable, parce que la volonté d'un tiers est un cas fortuit quant à nous. Dans la plupart des hypothèses, du reste, le tiers sera intéressé au contrat, avec le stipulant; comme lorsque, chargé par Mœvius de lui faire une maison, je stipule d'un marbrier ainsi : Promets-tu de me livrer six colonnes, si Mœvius le veut? Il en est autrement dans les testaments, parce que les dispositions à titre gratuit doivent émaner de la seule bienveillance de leur auteur.

D. Quel intérêt y a-t-il à distinguer les conditions licites, possibles, morales, de celles illicites, etc. ?

R. C'est que les dernières vicient la stipulation.

D. Mais nous avons vu une disposition contraire dans les Testaments ?

R. Il est vrai; c'est une différence de plus, sur l'effet de la condition, dans les deux matières.

D. Quel en est le motif?

R. Il y en a deux. Le premier, c'est que les parties peuvent refaire le contrat, qu'on annule ainsi. L'autre, le principal, c'est que les dispositions testamentaires sont inspirées par la bienveillance et qu'en supposant le défunt survivant pour apprendre l'impossibilité de la condition imposée par lui, on présume qu'il maintiendrait, pure et franche, sa libéralité au gratifié. Dans les contrats, on fait affaire; la charge qu'on impose se paie, et, si elle ne peut être remplie, la présomption est que le promettant ne veut plus accomplir sa promesse conditionnelle.

D. N'y a-t-il pas, cependant, une espèce de contrat où les charges et conditions impossibles, etc., sont réputées non écrites ?

R. Oui, on l'a admis pour les donations.

D. La condition ou charge négative ne nous fournit-elle pas l'observation d'une autre différence entre les testaments et les obligations ?

R. En effet, nous avons vu que la disposition testamentaire faite sous une condition potestative négative, qui ne peut se vérifier avant le décès du gratifié, reçoit son exécution immédiatement, sauf à lui à fournir caution. Dans les contrats, cette stipulation: *Si in Capitolium non ascendero, dare spondes?* n'est exécutée qu'à la mort du stipulant.

D. D'où vient cette différence?

R. De la considération énoncée plus haut, sur la nature diverse des dispositions à titre gratuit et à titre onéreux. On avait admis l'exécution immédiate, sous le bénéfice de la caution mucienne, par une interpr'-

tation de volonté qui ne pouvait être proposée ici.

D. Les conditions impossibles ou illicites vicient-elles toutes la convention ?

R. Non : il faut distinguer. La condition négative impossible est indifférente, car elle revient à l'abstention de ce qu'on ne peut faire : *si digito cœlum non tetigero*, au défaut d'un fait qui ne peut arriver. Quant à celles immorales ou illicites, on suit une autre distinction. Il faut voir de quelle part est la *turpis causa*. Si elle est du côté du stipulant, il y a nullité à raison des règles : *nemo ex suo delicto meliorem facere potest conditionem suam*, — *nemo auditur propriam allegans turpitudinem*, et il y a turpitude à stipuler une prime pour s'abstenir de l'immoralité ou de violer les lois. On valide, au contraire, si la *turpis causa* existe de la part du promettant. Sa contravention le soumettra à payer et l'obligation qui le menace tend à le retenir dans le bien.

D. Expliquez cela par un exemple.

R. *Dabisne centum si libellum divortii non mittam uxori meæ, (finge sine justa causa)?* La *turpis causa* est ici de la part du stipulant et l'obligation nulle. — *Dabisne centum, si, inito matrimonio, apud concubinam redieris?* demande la fiancée au futur mari. Ici la stipulation est valable, tendant à réprimer l'inconduite chez le promettant.

D. Qu'est-ce que la condition prépostère ?

R. La stipulation conditionnelle prépostère est combinée avec une condition, de façon à se nouer avant qu'on sache l'événement. Comme au cas de terme prépostère, le stipulant peut poursuivre, en droit ; mais il ne le sait pas, bien plus, ce serait avant l'évènement et par conséquent lorsqu'il n'est pas créancier. Par exemple : si le navire revient d'Asie le mois prochain, promets-tu de payer à la fin de celui-ci ?

D. Cette conbinaison vicie-t-elle le contrat ?

R. Oui, tout comme le terme prépostère. Les réformes de Léon et de Justinien sont identiques aussi.

D. Qu'est-ce que la condition tacite?

R. Comme le terme tacite, celle qui résulte de l'intention des parties. Il y en a deux exemples importants, en fait de résolutoire: 1° Les donations de fiançailles, celles anténuptiales, sont résolues de plein droit si le mariage ne s'ensuit; 2° Quand, dans un contrat synallagmatique parfait, l'une des parties est mise en demeure, l'autre peut se refuser à exécuter sa propre obligation ou reprendre ce qu'elle aurait donné (C. C., art. 1088 et 1184).

D. La condition résolutoire, et même celle suspensive formant charge, ne rendent-elles pas d'ailleurs, un contrat unilatéral, quasi-synallagmatique?

R. En effet, dans cet exemple: *nisi in Capitolium ascendero*... le débiteur est obligé a donner et le créancier à s'abstenir. Cela est plus apparent encore dans le cas d'un *modus* positif, parce qu'il y a obligation d'un fait actif de la part du créancier.

D. Quand le stipulant propose un contrat avec modalité, comment le promettant doit-il répondre?

R. Il a le choix, ou de reprendre toutes les énonciations contenues dans la demande, ou de répondre par le verbe correspondant, tout seul. Ainsi: *Centum aureos et servum Erotem, Carthagine, si navis intra mensem proximum ex Asia venerit, dare spondes? — Centum aureos et servum Erotem, Carthagine, si navis intra mensem proximum ex Asia venerit, dare spondeo,* » ou simplement: *spondeo.*

D. Cette observation n'est-elle pas importante au point de vue des conditions simples, cumulatives et alternatives?

R. Oui. *Si navis ex Asia venerit*, voilà une condition simple: le stipulant sera créancier, en cas de retour, à quelque époque que ce soit. *Si navis ex Asia venerit et omnes servos referat incolumes*; celle-ci est expressément cumulative. Si une partie des esclaves, au retour du navire, a péri de maladie, *stipulatio non committitur. Si navis ex Asia, in mensem*

proximum, redierit ; cette condition est tacitement cumulative; le stipulant, pour être créancier, devra justifier : 1° du retour; 2° de la durée du délai. *Si navis ex Asia aut servi redeant incolumes* ; le navire a péri, mais les esclaves qu'il portait ont été conservés à leur maître. Les conditions, ici, étaient alternatives ; l'une d'elles est accomplie et cela suffit (Conf. C. C., art. 1176 et 1177). Eh bien! il faut que rien dans la réponse, n'indique le manque d'entente entre les parties sur ces nuances.

D. Qu'arrivera-t-il donc si le *promittens*, optant pour répéter les énonciations de la demande, en omet?

R. Sans aucun doute, d'après les principes rigoureux, il y a nullité. Mais on a admis un tempérament d'équité, qu'Ulpien rapporte : *nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit.* Il n'est pas nécessaire de refaire les phrases.

D. Résumez les différences entre les obligations et les testaments, au point de vue des conditions.

R. 1° Le terme incertain fait condition dans les testaments et non dans les contrats;

2° Le droit conditionnel n'est pas transmissible dans les dispositions de dernière volonté ;

3° La condition accomplie n'y a pas d'effet rétroactif et il en est autrement dans les contrats.

4° Les conditions illicites, impossibles, immorales, sont irritantes dans les contrats, sauf la donation, non écrites dans les testaments ;

5° La naissance d l'obligation peut être subordonnée à l'arbitraire d'un tiers et non celle d'une disposition de dernière volonté;

6° La caution mucienne n'est reçue qu'en matière testamentaire.

SECTION 5e. — *Des stipulations cumulatives, alternatives, pénales ou faites pour autrui.*

D. Qu'est-ce qu'une stipulation cumulative?

R. On pourrait nommer stipulation cumulative celle portant sur plusieurs choses ou faits, relative-

ment à chacun desquels le promettant serait engagé. Mais cette espèce de stipulation complexe n'existe pas, à proprement parler : il est de principe qu'il y a autant de stipulations que d'objets distincts.

D. Quelle en est la conséquence ?

R. C'est que si, répétant les énonciations, le promettant omet celle de l'un des objets, l'interrogation est divisible et l'engagement subsiste pour ceux sur lesquels a porté la réponse.

D. N'en serait-il pas de même si, interrogé pour une quantité, le *promittens* répondait pour une moindre ?

R. Non, pas précisément. Qui veut le plus veut le moins, disait-on jadis, pour en déduire qu'il y avait consentement du stipulant. Mais Justinien condamne ce système.

D. Pourquoi donc ?

R. C'est que le stipulant, en demandant plus, ne consent pas du tout à recevoir moins : « *Dabis-ne centum?* dites-vous. — *Octoginta dabo*, » répond-on, au cours d'un marché. Est-il conclu ? nullement, sauf le tempérament d'Ulpien, à moins que le stipulant réplique : « *Res erit tua ; octoginta accipiam.* »

D. Qu'est-ce qu'une stipulation alternative ?

R. C'est celle qui porte sur plusieurs choses ou faits, disjonctivement, de façon qu'un seul forme l'objet de l'obligation, à choisir.

D. N'y a-t-il pas une stipulation assez semblable ?

R. C'est celle qui porte sur une chose ou un fait, avec la faculté, pour le débiteur, de se libérer par la prestation d'une autre chose ou l'accomplissement d'un fait différent, ou encore par un fait à la place d'une chose, et réciproquement.

D. Quel intérêt y a-t-il à distinguer deux obligations si semblables ?

R. C'est qu'elles ne le sont qu'en apparence. Si, dans la stipulation alternative, l'une des choses est

inexistante ou périt, si l'un des faits est impossible, illicite ou le devient, *ex post facto*, l'obligation naît ou subsiste pour l'autre objet. Dans l'obligation qui porte principalement sur un fait ou une chose, si le fait est ou devient impossible, si la chose n'existe pas ou périt ensuite, il n'y a pas, ou il n'y a plus de dette. Le stipulant ne peut exiger ce qui était *in facultate solutionis* et non *in obligatione*. (Conf. C. C., art. 1192, 1193).

D. Si l'on a promis de payer deux sommes d'argent ou deux quantités de la même chose, sous une disjonctive, ou encore une certaine quantité à tel terme ou à tel autre, sous telle ou telle condition, y a-t-il là obligation alternative ?

R. Non ; dans le premier cas, la quantité la plus faible est due, sans qu'il y ait nulle alternative dans l'obligation ; dans le second, elle ne porte que sur la condition ou le terme.

D. A qui appartient le choix dans l'obligation alternative ?

R. On sait les difficultés de cette question dans les legs. Dans les obligations contractuelles, le choix, en règle générale, est au débiteur (conf. C. C., art. 1190). L'intention expresse ou présumée des parties peut le donner au créancier.

D. Quelles sont les règles sur l'exécution des obligations alternatives ?

R. Celle des parties qui a le choix ne peut demander ou offrir partie des choses comprises dans l'obligation (art 1191). Si l'une des choses périt, l'obligation est nécessairement restreinte à l'autre. Le débiteur ne peut payer la valeur de la première, parce que la dette en serait subordonnée à la modalité du choix, qui ne peut plus porter sur cet objet. Si les deux choses périssent par cas fortuit, rien n'est dû (art. 1193 et s.) Si l'une des deux est perdue par sa faute, il doit la valeur de la dernière périe, par le motif susénoncé. S'il y avait eu offre, cela aurait purifié l'o-

bligation et la perte de la chose offerte aurait éteint l'obligation ou l'aurait convertie en dommages-intérêts, selon que la perte serait ou non imputable au débiteur. Il n'est pas besoin ici de la consignation, qui met les risques à la charge du créancier; l'offre suffit, portant sur des corps certains. Ce n'est qu'au cas où elle porterait sur un genre, qu'il en faudrait une consignation.

D. Qu'est-ce que l'obligation pénale ?

R. On a vu que la stipulation est d'un emploi général. Elle se mêle à tous les contrats et son utilité est souvent alors de faire naître une obligation pénale, c'est-à-dire servant de sanction à un droit réel ou personnel pour suppléer ou compléter celle résultant de l'action. Nous avons vu, par exemple, la manière de constituer une servitude, à l'aide de la stipulation : « *Si contra pactum veneris, quo jure itineris* ou *actus frui minus liceat, dabisne centum ?* — *Dabo.* La stipulation isolée de tout contrat ou pacte, peut renfermer à la fois une promesse principale et une accessoire, qui en fait la sanction (C. C., art. 1226).

D. Dans quelles circonstances Justinien recommande-t-il l'emploi de cette combinaison ?

R. Dans le cas où l'on stipule un fait. L'appréciation du dommage causé au stipulant par l'inexécution est plus difficile alors que dans les autres obligations, et, comme le doute s'interprète en faveur du débiteur, les dommages-intérêts pourraient être fixés d'une façon trop modérée. En les taxant conventionnellement, par avance, le créancier échappera à cet inconvénient. Il aura l'avantage d'agir par la *condictio certa.*

D. Si le débiteur est en demeure, le juge peut-il refuser ou réduire la peine convenue ?

R. Aucunement. Les Français poussent moins loin le respect de la lettre du contrat. La loi ne permet pas au juge de réduire la peine chez nous ; (Arg. art. 1231) ; mais la jurisprudence l'autorise à ne pas la prononcer,

en décidant que la demeure du débiteur n'a pas causé do préjudice sensible au créancier.

D. L'obligation pénale est-elle toujours accessoire?

R. Oui, et, comme telle, est subordonnée à la validité de l'obligation principale. Toutefois, on peut attacher la peine à l'inexécution d'un devoir quelconque, et, par conséquent, il suffit que l'obligation principale prenne naissance comme naturelle, pour que celle pénale, accessoire, soit valable.

D. Quand on l'emploie pour sauver la promesse ou la stipulation faite pour autrui, n'est-elle pas réellement une obligation principale ?

R. En effet. C'est un contrat bizarre, qui s'analyse en une obligation conditionnelle, unique, existant envers le stipulant. Quand j'ai dit : Promets-tu de payer mille à mon ami et me paieras-tu cent si tu ne le fais? je puis seul être créancier, je le serai de la peine seulement; j'ai un intérêt moral à ce que le promettant exécute le prêt, auquel il n'est point obligé, et un intérêt matériel à ce qu'il s'y refuse.

D. Nous avons vu que la stipulation pour autrui est nulle, en général ?

R. Oui; mais il faut entendre cela sous le bénéfice des observations que nous avons faites sur l'étendue de la personne, en droit romain. Les gens en puissance, en stipulant pour le *paterfamilias*, ne le font pas pour autrui. De même, quand il s'agit d'un fait s'attachant à une telle personne, le *paterfamilias* peut stipuler pour quelqu'un de sa maison : Promets-tu d'habiller mes fils ?... Promets-tu le passage pour mes deux esclaves?

D. En stipulant pour le pécule de son fils, le *parens* le fait-il pour autrui ?

R. Je crois qu'il faut distinguer. Non, si c'est pour le pécule bourgeois ; oui, dans le cas contraire, car, en ce qui concerne le pécule militaire, on est considéré comme *paterfamilias*.

D. Hors de là le contrat serait-il nul?

R. Non, on mentionnerait inutilement le fils de famille ou l'esclave. Dire: promets-tu de payer à mon fils en puissance, ce ne serait rien ajouter à la force des mots : promets-tu ?

D. Que vaut la stipulation : *mihi et Titio*?

R. Les Sabiniens la validaient pour le tout ; mais, consacrant la solution proculienne, Justinien la maintient pour la moitié seulement.

D. Et celle-ci : *mihi aut Titio ?*

R. Le stipulant est ici le véritable intéressé et a bien entendu se réserver l'utilité du contrat ; pour sa commodité seulement ou celle aussi du débiteur, il a été entendu que Titius pourra recevoir le paiement. Il est ce qu'on nomme l'*adjectus solutionis gratia*.

D. L'*adjectus solutionis gratia* est-il créancier?

R. Non, puisqu'on ne le peut devenir qu'en parlant au contrat. Ce qui le prouve surabondamment, ce sont ces déductions :

1° Il ne peut poursuivre le débiteur ;

2° S'il est en puissance, c'est à lui seul qu'on peut payer et non à son *parens*, qui, cependant, par lui, acquiert tous droits réels et personnels ;

3° Quand il est mort ou *capite deminutus*, on ne peut payer à son successeur.

TITRE XVII

De la stipulation, quant aux esclaves, (et quant aux fils de famille.)

Section 1re. — *Stipulations des esclaves.*

D. L'esclave peut-il figurer dans une stipulation?

R. Cela fut toujours reçu, même quand ce contrat était réservé aux citoyens; sauf, alors, pour les esclaves de pérégrins?

D. Comment expliquez-vous cela? L'esclave n'a pas de personnalité; il est moins qu'un pérégrin?

R. Comme nous l'avons vu à la matière des testaments, il est pourtant personnifié de la personnalité de son maître. Donc l'esclave de tout maître capable, en droit, de prendre part à une stipulation, y peut aussi figurer.

D. Pourquoi dites-vous *capable en droit?*

R. Pour distinguer la simple incapacité de fait du maître, qui est indifférente, de celle de droit, opposable à l'esclave. Ainsi, au temps où le pérégrin ne pouvait stipuler, son esclave n'y était pas admis. Le fou, l'*infans*, l'hérédité jacente, sont matériellement hors d'état de stipuler; mais ils en ont la capacité juridique, leurs esclaves y participent aussi.

D. L'esclave d'un maître capable peut-il donc jouer le même rôle que lui, dans le contrat?

R. Non: il faut distinguer entre le rôle actif et

celui passif. L'esclave, comme la femme en tutelle et le pupille non assistés, comme le prodigue, ne peut, en général, que stipuler, non promettre. Cela ressort d'une règle de bon sens et de droit : « *Melior conditio nostra per servos fieri potest ; deterior non potest.* »

D. Vous dites *en général.* Y a-t-il des exceptions ?

R. Il faut, à cet égard, distinguer plusieurs époques. Nous en compterons trois : celle où la promesse de l'esclave ne peut avoir d'autre effet que l'obligation naturelle ; une seconde, où elle produit, en certains cas, l'obligation prétorienne ; une troisième, enfin, où elle peut engendrer l'action civile.

D. Quels sont les cas où la promesse de l'esclave engendre l'obligation prétorienne ?

R. Ceux où l'équité demande que le maître exécute les contrats de son esclave, parce qu'il lui avait ordonné ou permis de contracter et qu'il a tiré parti du contrat, etc. Le prêteur donnait, alors, des actions de qualité adjectice, par exemple : *commodati institoria, commodati exercitoria*, etc.

D. Tous les cas où ces actions étaient données comportent-ils plus tard l'action civile ?

R. Non, ou, du moins, pas avec la même étendue. Ils donnent seulement la *condictio*. (Inst. IV, VII, § 3) ; mais, quant à la stipulation, il n'y a pas de difficulté, puisque la condiction est précisément l'action de ce contrat ?

D. En résumé, quel est l'effet du contrat verbal d'un esclave dont le maître est capable ?

R. S'il stipule, le contrat est parfait. S'il promet, il crée, en général, l'obligation naturelle, mais, parfois aussi, celle prétorienne ou celle civile, dans les cas déterminés au titre précité : *quod cum eo.*

D. Comment peut stipuler et promettre l'esclave ?

R. De trois manières : *sibi*, *nominatim*, *impersonaliter* : *sibi*, en disant *spondesne mihi dare?... nominatim*, en désignant son maître ou l'un de ses maîtres ;

enfin, *impersonaliter*, sans indiquer le sujet de l'obligation : *spondesne dari ?... restitui ? — Spondeo.*

D. Pour qui sont les obligations actives et passives, naissant des stipulations valables de l'esclave ?

R. En thèse générale, pour celui à qui il appartient. Mais, pour l'application, il faut distinguer plusieurs hypothèses et on en peut compter au moins neuf.

D. Quelles sont les premières ?

R. 1° L'esclave appartient à un maître vivant ;

2° Ou son maître unique est mort et non remplacé. Cette deuxième hypothèse revient à la première, parce que le défunt est censé survivant jusqu'à l'adition d'hérédité : *hereditas sustinet personam defuncti*. L'action est pour le maître ou pour l'hérédité, partant pour le futur héritier.

D. L'esclave ne pourrait-il le désigner ?

R. La question est controversée. Les textes donnent l'affirmative et la négative.

D. Peut-il stipuler tout objet ?

R. Non, pas ceux qui supposent l'existence effective ou l'action du maître, par exemple un usufruit.

D. Prenez la troisième hypothèse ?

R. 3° L'esclave peut appartenir, en domaine quiritaire, à plusieurs maîtres, vivants ou morts. Il faut alors distinguer s'il a stipulé ou promis. Supposons d'abord qu'il a promis ; ceux-là seuls des maîtres seront obligés, qui lui en avaient donné l'ordre exprès ou tacite, ou qui auront profité du contrat, etc. Supposons qu'il a stipulé, il faut sous-distinguer en quels termes il l'a fait. Est-ce *sibi ?* l'acquisition est pour tous les maîtres. Est-ce *nominatim ?* elle est pour ceux désignés dans les paroles. Est-ce *impersonaliter ?* la stipulation profitera à tous, au *prorata* de leurs parts de propriété.

D. N'y a-t-il pas d'exceptions à cette règle ?

R. 1° Si l'un ou plusieurs d'entre eux avaient donné l'ordre de stipuler ; telle est l'opinion des Sabiniens et que Justinien consacre ;

2° Si l'un seul ou plusieurs peuvent profiter de la chose stipulée, comme s'il s'agit d'une servitude, de blé pour les semailles, et que tous ne soient pas propriétaires des fonds auxquels vont ces choses;

3° Si l'obligation est nulle dans le rapport de l'un des maîtres; par exemple, parce que la chose stipulée lui appartient ou qu'il n'a pas le *commercium* quant à elle.

D. Quelle est la quatrième hypothèse?

R. 4° Quand deux personnes ont, sur l'esclave, l'une, l'*in bonis* et l'autre le domaine quiritaire. Les stipulations profitent, en général, au maître bonitaire; mais, dans les cas exceptionnels, elles peuvent être pour le maître quiritaire ou pour tous deux.

D. Passez à une autre hypothèse.

R. 5° Quand l'esclave appartient à un usufruitier et à un nu-propriétaire;

6° Quand un *servus alienus* ou homme libre, esclave putatif, est possédé de bonne foi.

Les acquisitions de droits personnels étant réglées comme celles de droits réels (Inst. II, IX, § 4 et 5), pour résoudre ces hypothèses, il faut distinguer les acquisitions que l'esclave peut faire de droits personnels, par la stipulation, comme on a distingué celle de droits réels, en trois groupes, à raison de leur origine: 1° *ex re ejus* (*possessoris*), 2° *ex operis suis*, 3° *ex alia causa*. Ces trois groupes répondent symétriquement aux trois attributs de la propriété: *usus*, *fructus*, *abusus*. *Ex re ejus*, si l'esclave stipule le prix d'un cheval de l'usager, vendu, l'usager est créancier. *Ex operis suis*; l'esclave, par exemple, stipule le prix de ses journées. Cette acquisition, outre celle qui précède, est pour qui a droit aux fruits, c'est-à-dire l'usufruitier ou possesseur de bonne foi, même d'un esclave putatif. *Ex alia causa*; l'esclave stipule le prix d'un trésor trouvé par lui, ou le paiement d'une créance d'une hérédité, d'un legs, qu'on lui a destiné par testament, le droit personnel

est alors pour son maître ; pour lui-même, s'il est esclave putatif.

D. Passez à une autre hypothèse.

R. 7° L'esclave appartient à l'Etat, à un municipe. Ses stipulations valables, de quelque façon qu'il les fasse, font entrer un droit personnel dans le patrimoine de l'Etat ou du municipe.

D. L'esclave public ne pourrait-il faire acquérir à tel ou tel citoyen ?

R. Non, les citoyens ne sont pas ses maîtres ; il appartient à l'université.

D. Ne savez-vous, cependant, que lorsqu'il s'agit de faire acquérir la créance, *rem salvam fore*, à un pupille *infans*, qui ne peut stipuler, s'il n'a pas d'esclave pour le suppléer, on y emploie un *servus publicus*, et que, dans l'adrogation antonine, comme il faut faire donner caution à des héritiers indéterminés, on recourt au même expédient ?

R. Je sais cela. C'est un expédient, en effet, que la pratique a admis, en dehors de la loi. Plus tard, dans les mêmes cas, on ne rend pas même un hommage apparent aux principes et on emploie le greffier du tribunal, qui doit être un homme libre. C'était la violation formelle de la règle : *alii stipulari nemo potest.* Il y a alors une condiction utile.

D. Continuez vos hypothèses.

R. 8° L'esclave est *derelictus*, sans maître ;

9° Il a un maître, mais privé du *commercium*.

Dans ces deux hypothèses, dont la seconde ne se présente au temps de Justinien que pour les exilés, l'esclave ne peut être personnifié, et, dès lors, sa stipulation est nulle. Il n'en ressort qu'une obligation naturelle.

D. Le droit personnel est-il toujours acquis comme vous venez de le dire ?

R. Oui. Seulement, si l'esclave a stipulé un fait relatif à sa personne, bien que le maître en profite, il ne peut l'exercer ; s'il a stipulé un droit d'*iter*,

d'*actus*, ou qu'un barbier le rasera durant un an, qu'un histrion lui enseignera le théâtre ou la musique. De même, *jussu domini*, l'esclave pourrait promettre tel fait de son individu et qui ne porterait pas sur la personne du maître.

D. L'esclave peut-il stipuler avec tous ?

R. Oui, avec toutes personnes capables, avec lesquelles son maître pourrait lui-même contracter. Mais il ne le peut avec son maître et les personnes de la *familia*. Dans un tel contrat, il n'y aurait pas deux personnes. Enfin, cela ne s'applique qu'au regard de la personne pour qui serait l'acquisition du droit personnel et de son entourage. L'un des maîtres du *servus communis* pourrait donc l'employer à stipuler la chose de l'autre ; ou même, *nominatim*, un genre, un corps certain quelconque. Il naîtrait du contrat une *condictio* utile, en dehors des termes du droit strict. De même l'esclave soumis à usage, ou usufruit, pourrait stipuler *ex re ejus* ou *ex operis suis* à l'encontre de son maître.

D. Les obligations naturelles, naissant des stipulations non valables de l'esclave, ont-elles tous les effets que vous avez signalés plus haut ?

R. Pas toujours. Comme l'esclave ne saurait être civilement débiteur, ses promesses ne peuvent être novées par lui-même, à moins qu'il devienne libre ; mais les promesses naturelles à lui faites par des tiers pourraient être novées en civiles, au profit de celui qui avait acquis la créance naturelle. Ces obligations se prêtent aussi à la fidéjussion et au constitut ; mais il y a une distinction à faire, quand elles existent dans le rapport d'une personne de la *familia*. Le maître peut recevoir un fidéjusseur pour ce que l'esclave lui doit naturellement ou à un compagnon de servitude ou à un fils ou fille de famille, il n'en peut fournir pour ce qu'il doit à l'esclave.

SECTION 2e. — *Stipulations des fils de famille.*

D. La stipulation faite avec un fils de famille est-elle valable?

R. Pour répondre, il faut faire acception de trois périodes dans l'âge du fils de famille.

1° *Infantes et infantiæ proximi.* Ces personnes ne peuvent figurer à la stipulation;

2° *Pubertati proximi.* A cet âge, les fils de famille sont comme les pupilles, les femmes en tutelle et les prodigues. Leur stipulation est valable et leur promesse sans effet civil.

D. Et si le père intervient?

R. Si l'intervention du père n'a pour but que de compléter la personne du fils et qu'il le laisse parler, parce qu'il est lui-même sans intérêt, la promesse n'a pas plus d'effet. C'est ce que nous dit Justinien (Inst. III, XIX, § 10). Mais il faut compléter cela par les données du titre *quod cum eo qui in aliena.* Si donc le père de famille a préposé son fils impubère à la boutique, s'il lui a donné l'ordre de faire telle promesse ou s'il en a profité, l'impubère n'est pas tenu, mais il est donné action civile contre le père même.

D. Passez à la troisième période.

R. Les fils de famille qui ont atteint la puberté sont d'une capacité entière. L'action civile naît, dans tous les cas, de leurs stipulations, sans distinguer quel rôle ils y jouent.

D. Cette distinction n'a-t-elle pas son utilité?

R. Oui. Supposez un fils de famille, sans pécule dont il ait la propriété, la créance sera toujours acquise à son *parens.* Au contraire, la promesse ne lui sera opposable que dans les hypothèses déterminées au titre *quod cum eo.*

D. Et pour les autres cas, de pécule?

R. Le fils est réputé père de famille pour les pé-

cules militaires. Quand il stipulera *ex causa peculiari*, le *parens* n'acquerra rien, n'exercera pas même l'action. Quand il y a pécule adventice, l'acquisition se divise entre le père et le fils, suivant ce qui a rapport à la nue-propriété et à l'usufruit.

D. A quoi sert l'obligation du fils de famille? Que peut faire le créancier à défaut de pécule?

R. Il ne faut pas perdre de vue que les exécutions sur les biens n'ont été admises que par suite de la dégradation du droit qui, à l'origine, n'admettait que celles sur la personne, la *manus injectio*, entraînant la perte de la liberté.

D. N'y a-t-il pas un cas où le fils de famille capable ne saurait être obligé par le contrat?

R. C'est le *mutuum*, prêt d'argent ou de marchandises à convertir en argent. Quand ce contrat intervient entre un homme ou une femme en puissance paternelle et quelqu'un informé de leur condition, l'obligation ne peut aboutir qu'à un paiement volontaire. Elle est nulle ou purement civile (à moins que les circonstances en fassent aussi un devoir de conscience), parce que le préteur refuse l'action, ou, s'il l'octroie, la paralyse éventuellement par une exception dite du sénatus-consulte macédonien.

D. Comment se géminent ces sanctions du sénatus-consulte?

R. L'action est refusée d'emblée s'il appert au magistrat que le défendeur est fils de famille et que le prêteur le savait. Si l'une ou l'autre de ces conditions du sénatus-consulte est sérieusement contestée, il la renvoie à juger et insère l'exception dans la formule.

D. Mais, ce que vous dites là, comment le rattachons-nous à la stipulation?

R. Parce qu'elle s'adjoint, couramment, à tous les contrats, et qu'après avoir prêté à quelqu'un, on lui fait promettre la restitution, bien qu'il n'en résulte pas une action nouvelle.

D. Supposez qu'un pupille ait fait sciemment un prêt à un fils de famille, qui s'est empressé de le consommer par l'emploi ou la confusion, qu'ensuite il lui fasse promettre la restitution, sera-ce donc nul?

R. Je pense que non. Le sénatus-consulte macédonien est inspiré par des considérations d'ordre public; mais, à ce point de vue, la faveur des pupilles est plus grande que celle des fils de famille.

D. Vous avez parlé des filles. Leur capacité est-elle identique?

R. Oui. On pense généralement qu'il en était de même. Il faut, toutefois, mentionner la dissidence de Cujas. Quand les femmes étaient en tutelle perpétuelle, on les traitait, selon lui, comme les impubères, qui eussent été aussi mis en tutelle, n'eût été la présence du *parens*.

D. Vous avez dit que la stipulation conditionnelle d'une personne *alieni juris* fait acquérir la créance à celui en puissance de qui elle se trouvait au jour du contrat, quand même elle serait en d'autres mains au jour de l'événement. Cela est-il toujours vrai?

R. Il en est autrement en fait de testament, comme on l'a vu. Si donc vous supposez que la stipulation ait eu lieu pour l'exécution d'une disposition testamentaire, il est évident que le droit personnel sera acquis au dernier maître ou père de famille, qui doit profiter du legs, de l'hérédité ou du fidéicommis.

TITRE XVIII

Division des stipulations.

D. Comment se divisent les stipulations ?

R. Nous avons déjà vu qu'on distingue les stipulations déterminées et celles indéterminées, les stipulations pures et celles avec modalité. Une autre classification, importante aussi, distingue celles libres et celles forcées.

D. Que sont les stipulations libres ?

R. Celles qui naissent du consentement spontané des parties, sur toute espèce d'objets.

D. Que sont les stipulations forcées ?

R. Celles dans lesquelles, au moyen de la contrainte des pouvoirs publics, l'une des parties est amenée à promettre ce que lui demande l'autre.

D. Que promet-on ainsi ?

R. La garantie, en général, d'un dommage que l'autre partie peut éprouver.

D. Comment subdiviser les stipulations forcées ?

R. On en donne des divisions d'après leur forme ou d'après l'ordre d'objets auquel elles se rapportent. Au premier point de vue, la stipulation est soit une *nuda promissio*, soit une *satisdatio*. Au second, elle est ou judiciaire et relative à la procédure, ou extrajudiciaire, relative à des prescriptions de bon ordre, aux marchés, par exemple.

D. Citez de ces dernières stipulations.

R. Dans les marchés de bestiaux et d'esclaves, le vendeur est forcé de promettre que l'animal marche, mange et boit bien, que l'esclave n'est pas voleur, etc. Telle est aussi l'origine de la stipulation *duplæ*, par laquelle le vendeur s'engageait à rendre à l'acheteur, en cas d'éviction, le double du prix reçu, pour les choses de valeur importante.

D. Quel était le moyen de contrainte ?

R. Peut-être, à l'origine, y en eut-il que nous ignorons. Nous connaissons seulement l'octroi de l'action en reprise ou rédhibitoire et de celle au double, comme si les stipulations eussent eu lieu. De là vint qu'elles tombèrent en désuétude, comme superflues.

D. Quelle est la subdivision des stipulations judiciaires ?

R. Justinien reproduit celle de Pomponius, fondée sur le système de procédure formulaire. On distingue ainsi celles prétoriennes, qui n'ont lieu que devant le magistrat, celles *judiciales*, devant le juge, et celles communes, qui peuvent se produire, soit *in jure*, soit *in judicio*.

D. Justinien cite-t-il des stipulations prétoriennes ?

R. Oui, celles *damni infecti* et *legatorum*, non relatives à la procédure.

D. Citez donc des stipulations prétoriennes, judiciaires.

R. Sous les premiers systèmes de procédure, le *sacramentum*, les *prædes litis et vindiciarum*, la promesse préjudicielle dans l'action réelle ou personnelle *per sponsionem*, le *vadimonium*. Justinien ne parle pas ici de ces stipulations, exposant spécialement cette matière au titre *de satisdationibus*.

D. Expliquez la caution *legatorum*.

R. C'est l'engagement demandé à un débiteur de legs ou fidéicommis pour la sûreté des personnes gratifiées de ces dispositions, quand l'exécution en est différée par une condition ou un terme.

D. Quel est ici le moyen de contrainte ?

R. L'envoi en possession des biens héréditaires.

D. Cet envoi aboutit donc à l'exécution anticipée de la libéralité, en donnant l'*in bonis* au gratifié ?

R. Non, car il ne confère que la garde et porte sur tous les biens advenus au débiteur. Il n'a pour but que de le gêner et de le contraindre.

D. Comment se donne cette caution ?

R. Par fidéjusseur. Cependant, on admet aussi une hypothèque sur les biens héréditaires. Sous Justinien, on sait, d'ailleurs, que cette hypothèque est de droit, ce qui doit rendre la caution *legatorum* beaucoup moins recherchée.

D. N'y a-t-il pas une caution analogue et qui se donne de même ?

R. Oui. C'est la caution mucienne, que nous avons étudiée et qui, à l'inverse, est fournie par le légataire à l'héritier institué ou aux héritiers légitimes par le successeur testamentaire *sub modo*.

D. Expliquez la stipulation *damni infecti* ?

R. Son nom indique qu'elle est relative à la garantie d'un préjudice futur. C'est la règle pour les cautions, et, si on met cette circonstance en saillie, c'est qu'ici la garantie se donne entre gens qui n'ont pas de rapports en vertu d'un contrat ou quasi-contrat. Cela se remarque surtout dans la deuxième des applications de cette caution, qui sont les suivantes : 1° en faveur du propriétaire du fonds servant pour la garantie des dommages causés, soit par les ouvriers, soit par les ouvrages mêmes, quand on doit faire des travaux dans son fonds, pour l'exercice d'une servitude ; 2° au propriétaire d'un immeuble menacé par la chute du mur, de l'édifice ou de l'arbre situé sur le fonds voisin.

D. Quelle est la sanction, en cas de refus ?

R. La pratique des préteurs a varié. Tantôt ils ont donné l'action en cas d'événement de la chute imminente, comme si la garantie eût été promise.

Tantôt, à l'instar du précédent exemple, ils ont accordé un jugement d'envoi en possession, qui rend le demandeur détenteur de la chose ruineuse et peut être suivi d'un second, d'où suivent l'*in bonis* et l'usucapion.

D. Comment se donne cette caution ?

R. On a égard au titre de possession du *promittens*. S'il est précaire, on exige la satisdation. Si l'on est en face d'un propriétaire ou possesseur de bonne foi, on se contente de sa *nuda promissio*.

D. Le propriétaire de l'immeuble écrasé par la ruine n'aurait-il donc pas droit à réparation, s'il avait négligé de se faire donner la caution *damni infecti* ?

R. D'après la loi des Douze-Tables, il avait bien une action ; mais, comme elle était noxale, le défendeur, au lieu de payer l'estimation du préjudice, pouvait s'en tenir à l'abandon de ce qui restait du mur, de l'édifice, etc. Gaïus (IV, § 31) parle d'une application persistante de l'action *per sacramentum* à cette matière ; mais cette ressource, si elle est autre, se trouvait insuffisante aussi, et les citoyens préféraient celle de la stipulation prétorienne.

D. Passez aux cautions judiciales.

R. Justinien parle de celle de *dolo*, de *persequendo servo*, etc.

D. Pourriez-vous en citer d'autres ?

R. Oui. On pourrait parler, comme beaucoup plus pratique, de la caution *judicatum solvi*. On peut ajouter, dans l'ordre d'idées où se place Justinien, la satisdation de restituer, au lieu du débat, un meuble qui en est l'objet et se trouve éloigné.

D. Quel est le caractère commun de cette dernière stipulation et de celles citées par Justinien ?

R. C'est que le juge les exige comme condition de l'absolution du défendeur ; la sanction naturelle d'un refus de sa part est dans la condamnation.

D. Expliquez la caution *de dolo*.

R. Elle se donne au cas où le défendeur à une revendication, ou à une *condictio*, ou à toute autre

action arbitraire, ayant une chose pour objet, veut se soustraire à la condamnation en payant la chose demandée. Cet accomplissement de l'unique obligation du défendeur laisse le demandeur sans action contre lui, dans le cas où il l'aurait frauduleusement remplie; en livrant, par exemple, un esclave corrompu, des animaux malades, des marchandises avariées. C'est ce recours que le juge fait naître, au moyen de la caution *de dolo*. Le défendeur garantit, quant à lui, la bonne qualité de la chose, la livraison sans dol.

D. N'y a-t-il pas un cas où il devrait garantir les pertes et détériorations provenant de simples fautes très légères ou même de cas fortuit ?

R. Oui, s'il était détenteur de mauvaise foi.

D. Expliquez la caution *de persequendo servo*, etc.

R. Elle offre de l'analogie avec la précédente. Supposez qu'à titre d'héritier, débiteur de legs, de vendeur, etc., vous deviez me payer ou restituer un esclave déterminé, (ou, sans doute, quelque autre animal), et qu'il ait disparu de chez vous, par un cas fortuit ou une faute dont vous demeuriez responsable, le juge ne peut vous condamner à la délivrance, puisque le droit civil ne reconnaît pas d'obligations d'une exécution impossible. En cet état, dans certains cas, savoir si la perte est le fruit du dol, le défendeur est condamné aussitôt à payer la valeur de l'objet du litige. Dans le cas de simple faute, il est absous en promettant de rechercher la chose et, en cas d'insuccès, d'en payer la valeur.

D. Pourquoi le demandeur ne fait-il pas lui-même la recherche, en demandant garantie seulement pour la valeur ?

R. On comprend fort bien quel intérêt il a à en laisser au défendeur les frais et la responsabilité. Mais, en outre, dans les exemples que nous avons donnés, il n'est pas propriétaire, et, par conséquent, n'a pas la qualité voulue pour réclamer le fugitif.

D. Mais on cite communément, poux expliquer

cette caution, l'exemple d'une revendication. Or, la revendication suppose nécessairement la propriété chez le demandeur.

R. Il est vrai: mais le défendeur, dans le cours du procès, avant d'avoir perdu la chose, avait pu achever le cours de son *usucapion*, et, en ce cas, il est propriétaire, comme dans les cas cités par moi.

D. Dans le cas où la perte n'est point imputable au défendeur, son absolution n'est-elle pas subordonnée à une autre stipulation judiciale?

R. Oui. Il doit promettre de rendre la chose, s'il en recouvre la possession.

D. Comment se donnent les deux cautions?

R. Par simple *repromissio*.

D. Quels exemples cite Justinien de stipulations communes?

R. *Rem pupilli salvam fore*, *ratam rem haberi*.

D. Rappelez la première?

R. C'est la garantie que tous les tuteurs, sauf ceux testamentaires ou nommés *ex inquisitione*, doivent donner par fidéjusseurs, au pupille, ou à quelqu'un pour lui, de la bonne administration de ses biens. Les curateurs, etc., s'engagent en termes semblables.

D. Expliquez la caution *ratam rem haberi*.

R. Cette caution, qu'on nomme aussi *de rato*, est celle que donne un mandataire judiciaire.

D. Est-elle due par tout procureur?

R. Non, seulement par celui qui prend le rôle de demandeur. En outre, sous l'ancien droit, les premiers admis en justice étaient les *cognitores*, pour ou contre qui on ne prononçait pas l'absolution ou la condamnation. Sous ce régime, le mandant ne peut avoir de recours, et par conséquent son adversaire nul besoin de garantie. Pour les *procuratores* seuls, le désaveu peut être à craindre, et, comme ils sont *domini litis*, comme on prononce pour ou contre eux l'absolution ou la condamnation, le mandant reste à l'écart et pourrait refaire le procès. Mais, en certains

cas encore, c'est-à-dire quand on a constitué le *procurator* par un mandat authentique, le désaveu n'en est pas possible. Aussi, en ces cas, y a-t-il remise de la caution *de rato*. Le sujet est étudié dans un titre spécial (Inst. IV, XI).

D. Comment se donne cette caution ?

R. Par *satisdatio* (*L.* 40, § 3, *de procurat.*), ou *nuda promissio*, selon l'honorabilité du procureur.

D. Comprend-on qu'elle soit commune ?

R. Elle devrait être donnée toujours *in jure* et Ulpien dit même qu'elle ne peut plus être demandée *in judicio*. Peut-être, ensuite, s'était-on relâché de cette rigueur, comme le fait présumer ce qui est relatif à l'autre caution. Si l'on n'admet pas cette explication, à la vérité un peu hypothétique, on se rend à peine compte de l'épithète de commune employée par Justinien par la confusion qui régnait à son époque entre les fonctions de magistrat et de juge.

D. Et pour la caution *rem pupilli salvam fore* ?

R. L'explication la plus simple est celle-ci. C'est au début du procès que les tuteurs assujettis à la caution doivent la fournir, puisque leur engagement devrait précéder tout acte d'administration. Mais il se peut que ç'ait été omis, par négligence ou par erreur sur la qualité du tuteur. Le juge devra réparer l'omission, pour que sa décision soit définitive et opposable au pupille. Cela est fondé sur le texte.

D. Quelle particularité offrent les cautions judiciaires ?

R. C'est qu'elles peuvent être fournies ou reçues par les mandataires, à partir de l'époque où il est permis d'en constituer en justice ; dérogation à la règle qu'on ne peut stipuler ou promettre pour autrui.

TITRE XVI

Des obligations solidaires (et indivisibles).

Section 1re. — *Généralités.*

D. Quand, pour un même objet, plusieurs personnes sont créancières ou débitrices, est-il dû par ou à chacune intégralement ?

R. Non. Il est de principe, au contraire, qu'au point de vue de son objet, l'obligation se divise activement et passivement *pro rata*, ou plus souvent *pro virili parte*.

D. Rappelez la différence des deux termes ?

R. *Pro virili parte*, en fractions dont le nombre des copartageants forme le dénominateur ; par exemple, quand trois personnes achètent un champ sans affectation de part, chacune doit 1/3 du prix. *Pro rata parte*, c'est-à-dire proportionnellement ; par exemple trois personnes peuvent acheter un champ avec affectation de parts diverses entre elles, un citoyen peut laisser trois héritiers pour un nombre inégal d'onces, et un esclave *communis* stipuler en faveur de trois maîtres dont l'un a plus que les autres dans la propriété de sa personne. La dette et la créance, en ces divers cas, sera pour des parts inégales, aux cointéressés.

D. Quelles exceptions comporte cette règle ?

R. Deux exceptions : la solidarité et l'obliga-

tion *in solidum*, d'une part, l'indivisibilité de l'autre.

D. Parlez de la solidarité?

R. Il y a solidarité quand, à raison de l'intention des parties, l'objet d'une obligation peut être demandé en entier, *in solidum*, à chaque débiteur, c'est la solidarité des débiteurs ; ou par chaque créancier au débiteur, c'est la solidarité des créanciers: ou par chacun des créanciers à chacun des débiteurs, c'est la combinaison des deux solidarités, passive et active.

D. Comment appelle-t-on les parties ainsi rapprochées par une dette ou créance solidaire ?

R. On les nomme *correi*, expression qui s'emploie de préférence cependant pour les débiteurs ; ou simplement *rei stipulandi*, *rei promittendi*. Les commentateurs nomment l'obligation alors *corréale*.

D. La solidarité existe-t-elle ailleurs que dans la stipulation ?

R. Elle peut exister en tout contrat, au gré des parties. Un simple pacte suffit, même en ceux de droit strict, pour la faire naître. On la rencontre, en outre, dans les testaments, où il est possible d'imposer un legs ou fidéicommis à plusieurs personnes de façon que chacun puisse le devoir pour le tout ; enfin, dans la responsabilité des tuteurs, où elle est de plein droit. Mais il n'y a pas partout l'obligation corréale ou solidaire proprement dite.

D. Pourquoi traite-t-on donc ce sujet à propos de la stipulation ?

R. A raison de l'importance de ce contrat, de son adjonction fréquente à tous les autres et d'un mécanisme très-simple qui, en dehors de toute convention, permettait d'y faire naître la solidarité.

D. Quel est ce mécanisme ?

R. Il consiste à régler la série des interrogations et réponses rituelles de façon à obtenir, matériellement en quelque sorte, l'effet que veulent les parties, l'obligation naissant des paroles, intégrale pour tout

débiteur ou tout créancier. Veut-on faire deux créanciers solidaires ? ils disent successivement au débiteur : *Spondesne mihi ?...* et celui-ci dit, après les deux demandes : *Spondeo.* Veut-on faire deux débiteurs solidaires ? le futur créaancier interroge : *Spondesne mihi ?...* et ensuite, successivement, les deux *correi* disent : *Spondeo.* La simplicité de ce mécanisme est sans doute l'un des motifs pour lesquels la stipulation était si recherchée des parties.

D. Cette forme de stipulation est aggravante de l'obligation. Quelle était donc celle de droit commun, qui faisait naître la créance ou la dette conjointe ?

R. On l'ignore. Elle consistait probablement à faire parler ensemble tous les stipulants ou tous les promettants.

D. Mais si, par accident, les demandes et réponses s'étaient échelonnées de la façon que vous indiquez, les répondants par exemple, qui étaient d'accord de s'obliger conjointement, se trouvaient donc débiteurs solidaires ?

R. Ils pouvaient forcer le créancier à refaire le rite, en tous cas. Mais cela même n'était pas nécessaire. Il suffisait qu'ils eussent la preuve, écrite par exemple, de la commune intention.

D. A quoi bon cette preuve ? La solidarité, étant une exception, ne saurait se présumer.

R. La loi 11, § 1 et 2 *de duobus reis*, le dit en effet (conf. C. C., art. 1202). Mais elle fait précisément allusion au mécanisme qui indique chez les parties l'intention d'admettre la solidarité, comme formant présomption. Quand donc il peut être établi que ce mécanisme a été employé, par hasard ou intentionnellement, la solidarité existe pour le juge, et les parties, pour y échapper, doivent prouver que l'intention commune en était exclusive. Elles le peuvent toujours, du reste, car le consentement domine le rite.

D. Alors, en dehors de celui que vous venez d'indiquer, la solidarité peut naître ?

R. En effet. Les auteurs nombreux qui le contestent méconnaissent les déductions qui précèdent et les textes qui les justifient (L. 3 pr. *de duobus reis*). Pour la dette solidaire, par exemple, elle pourrait exister alors même que les promettants auraient répondu tous ensemble au stipulant ou qu'ils auraient attendu chacun une question directe de sa part. Seulement, dans l'un et l'autre cas, *non creduntur duo rei stipulandi esse*. Dans le premier, s'il actionne solidairement l'un des promettants, le créancier devra détruire la présomption que la dette est conjointe. Dans le second, après avoir été payé, le créancier serait recevable à demander à un autre promettant, vu que le rite employé aurait fait présumer *alia atque alia obligatio*, deux obligations distinctes à son profit, et le second débiteur détruira cette présomption, par la preuve qu'il n'a entendu promettre que solidairement ce qui a été déjà payé.

D. Dans le cas de solidarité, y a-t-il plusieurs obligations ?

R. Cela dépend du point de vue auquel on se place. Il n'y en a qu'une, quant à l'objet; (*una res vertitur*). Il y en a plusieurs au point de vue des sujets, c'est-à-dire qu'on peut compter autant d'obligations que de *correi*.

D. Qu'est-ce qui démontre cette pluralité ?

R. Dans le cas de dette solidaire, par exemple :

1° L'un des promettants peut être incapable, avoir erré sur l'objet qu'on stipulait; dès lors son obligation est nulle, la sienne seulement ;

2° L'obligation existante peut être éteinte pour lui seul, par la remise que lui fait le créancier ;

3° Hors de la remise, s'il succède au créancier, son obligation seule est paralysée par la confusion.

De tout cela, il faut bien conclure que l'obligation d'un débiteur solidaire n'est pas celle de l'autre, et qu'il y en a plusieurs.

D. Bien qu'existant ainsi entre plusieurs, le lien

de droit n'arrive-t-il pas, généralement, à ne subsister qu'entre un débiteur et un créancier, comme s'il n'y eût eu, à l'origine, que deux personnes au contrat ?

R. Oui, c'est l'effet de la poursuite. Quand un créancier solidaire a recherché le débiteur commun, les autres ne jouissent plus de l'obligation de celui-ci ; et, quand le créancier commun a actionné l'un des débiteurs solidaires, les autres sont déliés.

D. Les créanciers peuvent-ils stipuler et les débiteurs promettre des objets différents dans le contrat à obligations solidaires ?

R. Non. *Una res vertitur.*

D. Peut-on du moins stipuler ou devoir diversement?

R. Oui ; de l'une à l'autre des parties le caractère ou la modalité de l'obligation peut varier, et l'une d'elles peut être débiteur ou créancier d'une façon plus rigoureuse. L'un des créanciers peut stipuler purement, exiger une caution, tandis que les autres n'auront qu'une obligation simple ou conditionnelle. L'un des débiteurs peut se réserver un terme non accordé aux autres ou la faculté de se libérer en payant un objet différent. Quelqu'un même des promettants peut avoir refusé la solidarité et devoir la même chose *pro parte virili.*

D. Ne peut-il arriver que, les créanciers ou débiteurs ayant tous stipulé ou promis de la même façon, cette uniformité soit rompue ensuite?

R. Oui, et de plusieurs manières. Partons d'abord d'une obligation solidaire pure. Il y aura des débiteurs tenus simplement pour leur part, si le créancier leur fait remise de la solidarité. De même, il a pu leur accorder terme ou condition. Réciproquement la situation des créanciers est altérée si l'un d'eux a fait des concessions au débiteur. Ensuite, il y a l'effet de la transmission à plusieurs successeurs

D. Que se passe-t-il, en ce cas?

R. La créance ou la dette est transm

la solidarité. Les héritiers du créancier, par exemple, ne peuvent demander, ni ceux du débiteur devoir entre eux tous, que ce que pouvait demander ou devoir leur auteur, leur part virile ou proportionnnelle dans le montant de l'obligation. En outre, ils sont créanciers ou débiteurs à terme ou conditionnels pendant la période du *jus deliberandi*, suivant leur qualité.

D. Qu'est-ce que l'obligation *in solidum?*

R. C'est une espèce d'engagement qui fait exception de la même manière que l'obligation corréale, mais sans en offrir tous les caractères, au principe de la division des obligations.

D. D'où dérive-t-elle?

R. Elle naît des délits, notamment. Tous ceux qui y ont participé, tous les co-auteurs en doivent intégralement la réparation. Il en est de même dans les quasi-délits. L'exemple le plus important est la responsabilité des tuteurs. Il y en a beaucoup aussi dans les obligations contractuelles. On peut citer celle des *adpromissores* avant l'introduction des bénéfices de la loi Furia et du rescrit d'Adrien. Suivant un certain système, l'obligation corréale proprement dite ne pourrait même exister que dans les contrats qui ont pour action la *condictio*.

Section 2e. — *De la solidarité des créanciers.*

D. Quelle est la condition des créanciers solidaires?

R. Chacun d'eux peut recevoir du débiteur, lui accorder terme, décharger les cautions, rendre les gages, donner quittance ou, au contraire, poursuivre.

D. Ne peut-il y en avoir qui n'aient pas tous ces droits?

R. Oui, une personne en puissance ne pourrait

faire elle-même aucun de ces actes, et ceux qui empireraient sa situation ne pourraient avoir lieu d'aucune manière. En outre, les créanciers ont pu, comme on l'a vu, stipuler sous des modalités diverses. Celui qui a stipulé à terme peut recevoir ou faire remise, mais non poursuivre. Celui qui a stipulé sous une condition non encore accomplie ne peut recevoir de paiement, donner quittance, faire remise, poursuivre, au mépris du droit des autres stipulants, qui sont créanciers, tandis qu'il ne l'est pas.

D. Les faits ou accords intervenus entre le débiteur et l'un des stipulants augmentent-ils pour les autres leurs droits ou espérances ?

R. Ils leur servent, en général. Tous peuvent invoquer l'interruption de prescription faite par l'un d'eux, l'hypothèque, la fidéjussion reçue.

D. Et ces act peuvent-ils leur nuire ?

R. Il y a, à cet égard, à suivre une distinction dont la clé se trouve dans ce qui précède. Tous les actes qui porteront sur l'objet de la convention, au point de vue duquel l'obligation est unique, l'éteindront : et cela, nécessairement, dans le rapport de tous les stipulants. Ceux, au contraire, relatifs aux sujets de la convention, au point de vue desquels l'obligation est multiple, n'auront d'effet qu'entre le débiteur et le créancier qui aura traité à nouveau avec lui.

D. Comment distingue-t-on ces actes ou faits libératoires ?

R. On les divise en modes d'extinction réels ou personnels.

D. Montrez la classification. Lesquels sont réels ?

R. Sont réels le paiement, l'acceptilation, la novation, le serment portant sur l'existence de l'obligation, l'impossibilité d'exécuter, la poursuite, la dégradation d'état du débiteur et le laps de temps. C'est-à-dire que le débiteur commun est libéré vis-à-vis de tous les stipulants, quand l'un d'eux a reçu ou déclare avoir reçu le paiement, quand il a fait avec le

débiteur un nouveau contrat duquel résulte l'extinction de l'ancien engagement, ce qu'on nomme novation, quand il a déféré ou référé au débiteur le serment sur le fait que celui-ci ne doit rien, quand il a noué une instance, etc. (conf. C. C. 1198.)

D. N'y a-t-il pas doute quant à la novation ?

R. Il est vrai. Sur son effet, deux solutions inverses sont données au Digeste. (L. 27 pr. *de pactis* et 31, § 1, *de novation.*) Mais il est plus logique de préférer l'opinion qui en fait un mode réel.

D. Comment la demande judiciaire de l'un des créanciers peut-elle écarter les autres ?

R. Bien qu'ils soient encore créanciers, chacun d'eux doit refuser le paiement que le débiteur viendrait lui proposer. Les offres qu'il leur ferait, ensuite de ce refus, ne seraient pas libératoires. Plus tard, quand le procès est envoyé au juge, les non poursuivants ont cessé d'être effectivement créanciers. L'instance réunit ou non les caractères de celles où la litiscontestation nove la dette. Au premier cas, *ipso jure*, en droit civil et prétorien, le débiteur n'a plus qu'un seul créancier. Dans le second, les autres stipulants le sont encore, *ipso jure* ; mais leurs poursuites ne pourraient aboutir, parce que le préteur donne contre eux l'exception *rei in judicio deductæ*. Cette abstention des créanciers à partir des démarches faites par l'un d'eux n'a pas été civile obligatoire dès le début. On y est arrivé progressivement. Sous Justinien, en tous cas, elle constitue pour la partie diligente un droit, qu'on appelle de prévention.

D. Quels sont les modes personnels d'extinction ?

R. Ce sont, d'abord le pacte de remise, ensuite des faits de nature non conventionnelle, la confusion, la compensation, qui opèrent comme des modes d'extinction, enfin la dégradation d'état du créancier. Dans tous ces faits, il y a maintien des droits des créanciers qui y sont étrangers.

D. Ne sauraient-ils, quelquefois, intervenus vis-à-vis de l'un des créanciers, être opposés aux autres?

R. Oui, du moins les trois premiers. C'est quand il existe entre les créanciers les relations d'un contrat de mandat ou de société. En ce cas, quand l'un d'eux fait remise au débiteur, ou devient son obligé, ou décède en le laissant pour héritier, le débiteur peut dire qu'il s'est libéré vis-à-vis de ce créancier, qui, seul, maintenant doit compte aux autres.

D. Ne demeure-t-il pas toutefois obligé lui-même en certains cas?

R. Oui : 1° quelquefois, dans le cas de remise ou compensation, car, si elles ne sont que partielles, il faut qu'il paie l'excédant; 2° toujours, en cas de confusion, s'il est libéré comme débiteur, il doit compte, comme créancier, de ce qu'il est censé avoir reçu.

D. Le serment ne peut-il être aussi un mode personnel?

R. Oui, le serment n'est, à proprement parler, que la présomption légale d'un mode de libération existant pour le débiteur qui jure. Suivant donc la nature du fait sur lequel il a juré, le serment aura l'effet absolu ou relatif : absolu, s'il s'agit de l'inexistence de l'obligation, de son extinction par novation, etc. : relatif, s'il a juré sur la compensation et la remise, hors du cas de mandat ou société entre les créanciers solidaires. En droit français, on a coupé court à ces distinctions et le serment déféré par l'un des créanciers n'est jamais opposable aux autres : (art. 1365).

D. Passons aux rapports des *correi* entre eux. Quand l'un d'eux est désintéressé intégralement du débiteur, en réalité, ou par compensation, confusion etc., est-il tenu d'en faire compte aux autres?

R. Il faut distinguer deux époques.

1° Sous distinguons, sous la première, si les créanciers sont ou non liés par un contrat de mandat ou société. Hors de là, pas d'action. Si le contrat est la société, il y a nécessairement contribution et celui

qui est désintéressé doit leurs parts à tous les autres. Si c'est le mandat, on distingue encore quel rôle y joue celui qui a reçu le paiement : contre le mandataire, obligation de remboursement intégral ; contre le mandant, en général pas d'action.

2° Ensuite, on en est venu, à défaut de contrat entre eux, à tenir que le créancier désintéressé peut être actionné par les autres, en vertu d'une obligation quasi-contractuelle, fondée sur l'adage : nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

D. Alors, en définitive, la contribution devient de droit, sauf à distinguer par quelle action elle s'obtient ?

R. Pas précisément ; car il peut encore se présenter des hypothèses où l'équité ne la demande pas. Telle est celle où un banquier prié par deux de ses clients de leur faire tenir 10,000 sesterces en telle ville, ne pouvant donner deux fois la somme, la promet au simple à tous deux, pour être au plus diligent.

Section 3e. — *De la solidarité des débiteurs.*

D. Quelle est leur condition ?

R. Chacun d'eux est débiteur de l'objet de l'obligation, peut le payer, et, en cas de refus, si le paiement est recevable, faire des offres. Chacun d'eux aussi peut solliciter du créancier un terme, une remise de dette, etc. Chacun d'eux, enfin, peut être actionné.

D. N'y en a-t-il pas, pourtant, qui ne peuvent faire offre et que le créancier ne peut attaquer ?

R. Puisqu'ils ont pu s'engager avec des modalités différentes, on suppose aisément que quelques-uns ont terme ou ne doivent que sous condition, et le créancier ne peut les poursuivre. Mais il ne peut,

de ces derniers, refuser le paiement, si la dette est née pour les autres, parce que le premier venu même peut aquïtter la dette d'un tiers.

D. Les faits intervenus entre un créancier et le débiteur, propres à libérer celui-ci, éteignent-ils la dette dans le rapport des autres?

R. Il faut, comme tout à l'heure, distinguer si leur effet s'attache à l'objet ou au sujet de l'obligation, si ce sont des modes d'extinction réels ou personnels. Sont réels encore, le paiement, l'acceptilation, la novation, (ici sans difficulté), la poursuite. La *capitis demimutio* est toujours personnelle. Le serment, l'impossibilité d'exécution, la compensation et la confusion, sont tantôt réels et tantôt personnels.

D. Comment la compensation et la confusion sont-elles des modes parfois personnels?

R. Suivant la distinction déjà présentée. Quand le créancier devient débiteur de l'un des débiteurs pour une somme au moins égale à sa créance, si ce débiteur est associé ou mandataire des autres, ils peuvent dire au créancier qu'il en est payé en leur nom. De même si le créancier hérite d'un débiteur. Dans le cas où ils sont sans relations contractuelles, aucun des débiteurs ne peut opposer la compensation ou confusion opérée dans le rapport d'un autre : les affaires de celui-là ne le concernant pas.

D. Pourquoi comptez-vous le serment comme un mode alternativement réel et personnel?

R. Suivant encore la distinction, déjà indiquée, sur ce qu'a juré le débiteur. Il est seul libéré, s'il a prouvé de la sorte un mode d'extinction personnel, par exemple la nullité de l'obligation, quant à lui, ou la remise qui lui en aurait été faite, ou son impossibilité d'exécuter. Si, au contraire, il a juré que la chose promise a péri, que la prétendue obligation n'a point été contractée envers le demandeur ni envers ses auteurs, ou qu'elle a été acquittée, novée, tous les débiteurs sont libérés.

D. Comment l'impossibilité d'exécution est-elle un mode réel ou personnel ?

R. A proprement parler, c'est un mode réel, et le plus réel de tous; mais cet ordre de faits, la perte de la chose par exemple, a des conséquences tantôt relatives, tantôt absolues. Cette survenance d'impossibilité, portant sur la chose même, est un cas fortuit qui libère communément tous les débiteurs, à moins qu'elle vienne du fai[illegible] quelqu'un d'entre eux, à moins qu'il y eût eu mise en demeure de celui ou de ceux par lesquels l'exécution eût prévenu le cas fortuit. Dans la première hypothèse, la perte ne libère personne; dans la seconde, l'obligation subsiste quant aux débiteurs mis en demeure. Ainsi, en résumé, l'impossibilité d'exécution libère tantôt tous les débiteurs, tantôt quelques-uns, tantôt aucun d'entre eux. (C. C. conf. art. 1205).

D. Expliquez cette distinction singulière entre le fait et la demeure.

R. Elle est fort logique. Bien que l'interruption de prescription soit générale, il n'y a demeure que des débiteurs que le créancier a sommés personnellement; ceux donc qui n'y sont pas demeurent dans le droit commun et sont libérés, naturellement, par le cas fortuit. D'une autre part, il est de principe que la destruction de la chose due, ou sa mise hors du commerce, ne peut être opposée par le débiteur si elle provient de son fait. Si l'on admettait les autres à taxer ce fait de cas fortuit, le créancier se trouverait réduit à un débiteur unique. Or, la loi qui n'admet pas le débiteur à priver, par son fait, le créancier de l'obligation qu'il lui avait assurée, en en détruisant l'objet, ne devait pas plus permettre à l'un des débiteurs solidaires de lui enlever par voie de fait la garantie qu'ils lui ont concédée dans la solidarité.

D. Vous avez dit que la poursuite intentée contre l'un des débiteurs libère les autres ?

R. Il faut distinguer deux époques, à cet égard.

D. Exposez le droit sous la première.

R. Le système généralement enseigné ici est celui que j'ai exposé pour la solidarité entre créanciers. La poursuite est extinctive ou *ipso jure* ou *exceptionis ope*. De toutes façons, les débiteurs non poursuivis peuvent échapper aux recherches du créancier, si, ayant opté pour un insolvable, il voulait se retourner contre eux.

D. L'obligation *in solidum* était-elle éteinte, comme celle corréale, par l'*in judicium deductio*?

R. Plusieurs textes, (V. g. L. 8, § 1, *de legatis* 1° L. 5, § 15, *commodati*), parlent de débiteurs solidaires demeurant tenus après que leurs co-débiteurs ont été poursuivis, en vertu d'actions autres que la *condictio*. On en conclut que l'effet extinctif n'a lieu que pour les obligations sanctionnées par cette action, qui se donne en matière de testament, de *mutuum*, de stipulation et d'expensilation.

D. N'y avait-il pas moyen, en tous cas, pour le créancier, de se réserver un recours contre les débiteurs qu'il laissait à l'écart?

R. Oui, en les menaçant de poursuites, il se faisait donner par tous ceux-là l'ordre de poursuivre celui qu'il avait choisi et qu'il leur désignait. Puis si, dans cette voie, il n'aboutissait pas à un paiement intégral, il se retournait contre eux, pour leur demander l'appoint, par l'action née de leur mandat.

D. Cet expédient devint-il superflu?

R. La deuxième période indiquée par moi commence en 531, époque où Justinien disposa qu'en poursuivant l'un des débiteurs solidaires le créancier ne compromet pas son droit contre les autres. Le Code civil prend la peine de le répéter (art. 1204). En cet état, la convention que nous venons de signaler, offre assez peu d'intérêt.

D. Passons aux rapports des débiteurs entre eux. Quand l'un a payé, a-t-il recours contre les autres?

R. On peut, ici, distinguer trois époques :

1° La promesse de solidarité n'emportant par elle-même nulle action qui puisse assurer le recours, le débiteur n'en a que s'il peut invoquer contre ses codébiteurs, dont il a éteint l'obligation, un rapport de société ou de mandat, comme on l'a vu pour les créanciers solidaires ;

2° On imagina un expédient pour procurer un recours au débiteur, non-associé ou mandataire, qui avait fait l'avance. C'était de requérir du créancier la cession de ses actions avant la litiscontestation qui les eût éteintes ; puis le préteur en vint à l'exiger ;

3° Cet expédient fut ensuite suppléé ; cette cession fut tenue pour existante, dans tous les cas où elle était utile. C'est ce qu'on nomme le bénéfice *cedandarum actionum*, de cession d'actions.

D. Mais le créancier payé, l'action est éteinte !

R. On avait prévu l'objection. Le débiteur était censé lui acheter son action, et non lui faire un paiement. Le créancier lui donnait mandat de poursuivre, en son nom, les autres débiteurs, car c'est ainsi que se transportent les créances, dont la transmission à titre particulier, comme on l'a vu, est impossible.

D. Faites voir les avantages de cette cession.

R. D'abord le débiteur à découvert y gagne souvent le recours qu'il n'avait pas. En second lieu, il a les garanties accessoires que le débiteur s'était fait donner, cautionnement, gage, solidarité en tous cas. Aussi, la cession d'action est-elle souvent utile à celui-là même qui aurait eu un recours par l'action *mandati* ou *pro socio*.

D. La solidarité ! Mais, peut-il en profiter ?

R. Oui, puisqu'on feint qu'il n'y a pas eu paiement. Le débiteur qui a payé intégralement peut donc recourir contre les autres dans la même mesure, sauf la déduction de sa part.

D. Mais, alors, qu'est-ce qui lui impose cette déduction ?

R. C'est qu'en droit romain, il n'y a pas confusion de la personne du mandant avec celle du mandataire, à qui on peut, dès lors, opposer, comme moyens de défense, ses obligations personnelles. Or, le débiteur solidaire, pour obtenir du codébiteur contre qui il se retourne un remboursement intégral, devrait lui faire une nouvelle cession des actions du créancier, en vertu de laquelle celui-là pourrait immédiatement répéter dans la même mesure. Cette obligation de garantie du débiteur cessionnaire lui est opposée à titre d'exception, par suite de la règle : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Le nouveau cessionnaire répète ce qu'il a payé, sa part déduite, et les recours sont bientôt épuisés ; autrement, ils seraient sans fin (conf., C. C., art. 1213 à 1215).

D. Qu'arrivera-t-il si l'on rencontre, dans la dégradation des recours, un débiteur solidaire à qui le créancier aurait fait remise de la dette ?

R. Celui-là ne doit pas payer. Le créancier a dû déduire sa part en recevant : sinon, on la répète contre lui par la *condictio indebiti* (C. C., 1210).

D. Qu'arrive-t-il si l'on rencontre un débiteur insolvable ?

R. Son insolvabilité est répartie au *prorata* sur tous les autres, et s'il s'en trouve un encore, dans cette hypothèse, qui ait obtenu remise du créancier, ce dernier, auteur du préjudice, doit le réparer, en supportant sa part de la part de l'insolvable.

D. N'y a-t-il pas des cas où un débiteur est sans recours contre les autres, bien qu'ayant fait l'avance, d'autres où il exerce un recours intégral ?

R. Oui. Supposez que l'avance ait été faite par Lœlius, à qui ses codébiteurs avaient donné mandat et fourni la valeur nécessaire. Supposez encore qu'en demandant un cautionnement, le créancier ait exigé que la caution se qualifiât de solidaire, parce que l'engagement du débiteur solidaire est plus rigou-

reux que celui du fidéjusseur ; en ce cas, si l'avance est faite par le débiteur principal, il sera sans recours contre celui qui n'est co-débiteur que pour la forme (conf., C. C., 1216). La caution, payant, aura le recours, au contraire, intégral.

D. Le débiteur qui s'est engagé solidairement, par suite de relations de société avec les autres ou de leur mandat, ne peut-il donc opposer sa véritable qualité au créancier, pour échapper au moins à une condamnation intégrale ?

R. Non. Les accords entre les débiteurs sont étrangers au créancier, qui n'y a pas été partie : *res inter alias acta*.... Ce serait là, du reste, invoquer, pour les débiteurs solidaires, le bénéfice de division, qui compète aux seules cautions. C'est la différence à laquelle, à l'instant, je faisais allusion.

Section 4e. — *Des obligations indivisibles.*

D. Qu'est-ce que l'obligation indivisible ?

R. Celle dont l'objet, dans la demande, la livraison ou l'exécution, n'est pas susceptible de division matérielle ou intellectuelle (C. C., 1217).

D. Expliquez ces mots.

R. Un objet est indivisible : matériellement, quand on en peut faire des parties qui tombent sous les sens, comme une pièce de terre et même une somme d'argent ; intellectuellement, quand le partage en est possible en idée, comme un cheval, un tableau, dont on peut avoir le tiers ou la moitié. Les servitudes, les obligations de faire, de s'abstenir sont insusceptibles de l'une et l'autre division.

D. Combien y a-t-il d'espèces d'obligations indivisibles ?

R. 1° Celles dont l'objet ne peut être divisé, ni

dans la demande, ni dans le paiement, comme la servitude la confection d'un ouvrage ;

2° Celles où la demande est divisible et non le paiement, comme l'obligation de livrer un cheval, un tableau : on demande un tel objet à chacun des héritiers du débiteur, par exemple, pour sa part ; mais celui-là seul peut payer, qui en est détenteur. Si le cheval est divisible intellectuellement, le fait de livraison ne l'est pas ;

3° Celles ou la demande est indivisible, mais non le paiement, comme une demande en garantie. On poursuit la garantie contre un seul des héritiers du vendeur, et on ne peut lui en demander un quart ou un tiers, vu que c'est un fait ; mais le défendeur a le droit de faire répartir entre les cointéressés les dommages-intérêts issus de l'inexécution de ce fait.

D. Quel est l'effet de l'indivisibilité, quant aux créanciers ?

R. Quand une obligation indivise existe en faveur de plusieurs personnes, soit pour leur avoir ainsi été originairement promise ou léguée, soit par suite du décès d'un créancier unique laissant plusieurs héritiers, chacun des créanciers a droit au paiement *in solidum*. Il ne peut faire remise de l'obligation ou en abandonner l'objet pour recevoir la valeur. Du moins, les pactes ainsi intervenus entre l'un des créanciers et le débiteur, ne seraient pas opposables aux autres (conf., C. C., 1224).

D. Si, par suite de l'inexécution ou de la nullité de l'obligation, elle se résolvait en dommages-intérêts, cette règle cesserait-elle ?

R. Oui ; en ce sens que lorsqu'il ne peut avoir droit qu'à des dommages-intérêts, le créancier n'en peut demander que sa part ; comme si une servitude avait été vendue à plusieurs *à non domino*, ou qu'elle ne pût plus leur être délivrée par suite de la ruine du fonds imputable au débiteur.

D. Quel est l'effet de l'indivision, quant aux débiteurs ?

R. Chacun de ceux qui ont contracté une telle obligation ou des héritiers qui ont succédé au débiteur, originairement unique, en est tenu pour le tout (C. C., art. 1222-1223). Mais, comme ci-dessus, cet effet cesse, si l'obligation première se convertit en l'obligation secondaire d'une chose divisible, comme des dommages-intérêts.

D. De quel droit jouit le débiteur actionné ?

R. Du droit de mettre ses codébiteurs en cause et d'un délai pour le faire ; afin qu'ils soient condamnés avec lui soit à exécuter, soit aux dommages, à moins que lui seul puisse acquitter l'obligation, comme s'il est détenteur du fonds sur lequel une servitude a été léguée ou promise, ensuite du partage, ou parce qu'il lui appartenait originairement (art. 1225).

D. Dans ce cas encore, le débiteur actionné n'a-t-il pas le droit de mise en cause ?

R. Oui : 1° pour que ses codébiteurs aient la responsabilité de la défense et de son insuccès éventuel ; 2° pour faire statuer par le même jugement sur la garantie qu'ils lui doivent pour l'acquittement de la dette commune.

TITRE XX

(De l'intercession et) des fidéjusseurs.

Section 1re. — De l'*intercessio* et de l'*adpromissio*.

D. Qu'appelez-vous *intercessor* ?

R. Ce tiers désintéressé qui intervient entre les deux parties principales d'un contrat, dans l'intérêt du débiteur, généralement en vue d'augmenter son crédit, par la sûreté nouvelle qu'il donne en restant engagé avec lui, mais aussi parfois pour le libérer.

D. De quelle nature peut être cette sûreté ?

R. Elle peut être réelle ou personnelle : réelle, quand on fournit un gage, une hypothèque, une antichrèse, pour la dette d'autrui ; personnelle, quand on prend soi-même l'engagement de l'acquitter à la place du débiteur. Mais ici, nous parlons exclusivement de la garantie personnelle.

D. N'y en a-t-il pas plusieurs espèces ?

R. Oui ; il en a quatre ; 1° l'*adpromissio*, 2° l'*expromissio*, 3° le *mandatum pecuniæ credendæ*, 4° le constitut.

D. Qu'est-ce que l'*adpromissio* ?

R. Un engagement verbal nouveau qui s'adjoint à une obligation principale, sans la nover et sans intérêt pour celui qui le prend. Cette sûreté constitue la *cautio* qu'on nomme *satisdatio*.

D. Qu'est-ce que l'*adpromissor* ?

R. C'est celui qui s'engage par l'*adpromissio*. Son nom est la contraction des deux mots *adjectus promissor* et indique un engagement accessoire, qui donne un second débiteur au créancier.

D. Qu'est-ce que l'*expromissor?*

R. Ce mot, qui renferme les deux idées *exitus promissoris*, indique un engagement principal, remplaçant celui du débiteur primitif et donnant un nouveau débiteur au créancier.

D. Si l'*adpromissor* doit le même objet que le débiteur principal, ces deux *rei* se confondent avec les débiteurs solidaires ?

R. Il y a quelque analogie, en effet, au point de vue du créancier. Mais dans leurs rapports et la nature de leurs obligations, ces parties sont bien différentes des *rei promittendi*, comme je le montrerai plus tard, après avoir défini les diverses sortes d'*adpromissores*.

D. Quelles sont-elles ?

R. Il en a trois espèces : les *sponsores*, *fidepromissores* et *fidejussores*, qui, juridiquement et historiquement, se groupent en deux classes. Les *fidejussores*, qui ont existé d'ailleurs avec les *sponsores* et *fidepromissores*, sont d'institution plus récente.

D. Qui peut se porter *adpromissor ?*

R. Plusieurs causes d'exclusion sont à signaler, les unes personnelles, les autres réelles :

1° L'adpromission étant un emploi verbal du contrat de stipulation, les personnes incapables à ce point de vue, les fous, *infantes*, femmes, pupilles, impubères, n'y sont pas recevables ;

2° L'adpromission étant un contrat de bienfaisance, on ne le peut faire quand on est incapable de disposer à titre gratuit, soit absolument, soit relativement envers le débiteur cautionné. Sont donc nuls, à ces titres, les engagements de l'esclave péculé et du fils de famille que le *parens* n'a pas autorisé à disposer à titre gratuit de son pécule ;

3° La loi Cornélia défendait qu'une personne capable pût s'obliger au-delà de vingt mille sesterces pour le même débiteur, envers le même créancier dans une même année, sauf pour certaines créances favorisées, la dot et les cautions judiciaires, etc.

4° Certaines créances ne se prêtaient pas à l'adpromission, comme nous l'avons vu pour les obligations naturelles du *paterfamilias* envers ses enfants ou esclaves. Le droit impérial défend de cautionner le restitution de la dot par le mari à l'épouse ;

5° Enfin, le sénatus-consulte velléien, rendu sous Claude, interdit aux femmes toute espèce d'interces-sion pour leur mari ou d'autres.

D. Cette dernière règle ne comporte-t-elle pas d'exceptions ?

R. Oui, le sénatus-consulte cessait dans divers cas : 1° quand la femme avait eu un intérêt à s'engager, et, par exemple, quand elle avait reçu un prix, vu qu'il ne lui était point défendu de s'engager pour elle ; 2° quand elle avait usé de dol ; 3° quand elle avait renoncé au bénéfice, comme Justinien l'exige des femmes qui peuvent gérer la tutelle ; 4° lorsqu'elle est marchande publique.

D. Si la femme s'est engagée hors des exceptions, son obligation est-elle nulle, en droit civil ?

R. Non ; mais elle en est relevée *officio prætoris*, exactement comme nous l'avons vu pour le sénatus-consulte macédonien. S'il apparaissait qu'elle s'était ouvertement engagée à l'encontre du sénatus-consulte velléien, le préteur refusait l'action. Dans le cas où le créancier alléguait l'un des motifs qui en suspendent l'application, on renvoyait au juge le fait à vérifier, avec une exception pour écarter la demande s'il n'était pas justifié.

Section 2e. — *De l'adpromission ancienne.*

D. Quels sont les caractères de l'adpromission ancienne ?

R. C'est un contrat verbal, de bienfaisance, unilatéral, de droit strict, accessoire à un autre contrat verbal, d'où naît une obligation attachée à la personne matérielle et civile de l'*adpromissor*, sanctionnée par la *condictio* pour le créancier commun et comportant, en outre, *ex post facto*, pour le débiteur principal, l'obligation de payer ce qui aura été déboursé pour lui.

D. Pourquoi dites-vous : accessoire à un autre contrat verbal ?

R. Parce que l'adpromission ancienne ne peut servir à cautionner des obligations d'une autre nature.

D. N'y a-t-il pas un expédient pour y arriver ?

R. Oui et fort simple, si les parties sont présentes et capables. C'est de nover, à l'aide de la stipulation, l'engagement qu'on veut faire cautionner et alors interviennent légalement les *adpromissores*.

D. Pourquoi dites-vous : attachée à la personne matérielle et civile ?

R. Parce qu'il en est ainsi. La destruction de la personne matérielle par la mort, celle de la personne civile par la *capitis deminutio*, met fin à l'obligation.

D. Quelles sont les deux espèces d'*adpromissores* anciens ?

R. Les *sponsores* et les *fidepromissores*, qui diffèrent par les termes dans lesquels ils s'engagent et en quelques autres points secondaires.

D. En quels termes s'engagent-ils ?

R. Les *sponsores* par la forme *spondesne? — Spondeo*; les *fidepromissores* par celle *fidepromittisne? — Fidepromitto*. De là viennent leurs noms. Comme on sait, la forme *spondeo* est particulière aux ci-

toyens. La forme *fidepromitto* est donc la seule accessible aux pérégrins, et il est probable que les *fidepromissores* ont été admis après les *sponsores*; du reste, à leur imitation.

D. Est-il nécessaire que l'obligation principale, prise isolément, soit valable?

R. Non, on peut cautionner les obligations nulles en droit civil et même naturel; celles des fous, par exemple, et on a vu l'*adpromissor* employé pour sauver la stipulation *post mortem tuam*.

D. L'*adpromissor* doit-il prendre le même engagement que le débiteur principal?

R. Il peut s'obliger moins, non plus.

D. Quelle formalité devait remplir le stipulant?

R. Avant de recevoir l'engagement des *adpromissores*, il devait déclarer à haute voix pour quel objet et en quel nombre il allait les faire obliger. En prouvant l'omission de cette formalité, ce pour quoi ils avaient un délai de trente jours, les *adpromissores* étaient libérés.

D. Quelle était l'utilité de cette pratique?

R. C'est que, d'après la loi Apuleia, ces *adpromissores* anciens étaient tacitement associés entre eux; de sorte que celui qui payait plus que sa part avait de plein droit recours contre les autres. Pour calculer cette part d'associé, il fallait nécessairement connaître le montant total de la dette et le nombre des obligés secondaires. Cette explication est fort plausible, surtout aux yeux de ceux qui croient la déclaration (*prædictio*) exigée par la même loi Apuleia qui a créé ces rapports sociaux.

D. N'a-t-on pas tiré une autre conséquence de cette société tacite?

R. Oui; d'après la loi Furia, la division de la dette entre tous les *adpromissores* encore obligés au jour de l'exigibilité; de façon que le créancier ne peut demander à chacun plus que sa quote-part d'après ces données.

D. Quelle est la sanction de cette prohibition ?

R. La peine de la *plurispetitio*, qu'encourt le créancier s'il dépasse cette limite, même par suite d'une erreur de calcul.

D. Cette loi Furia rend superflu le recours accordé par la loi Apuleia; à moins que vous veuilliez supposer que, sur la demande amiable du créancier, l'un des *adpromissores* ait payé au-delà de sa part ?

R. Une pareille supposition est fort invraisemblable; car la même loi Furia accordait le recouvrement, du moins aux *sponsores*, par la procédure rigoureuse de la *manus injectio* de ce qu'ils avaient payé au-delà de leur part; Mais Gaius (III, § 122) explique que la loi Furia n'était relative qu'à l'Italie et laissait, pour les provinces, tout entière l'utilité de la loi Apuleia.

D. A quel moment doivent s'engager les *adpromissores?*

R. Avec le débiteur principal.

D. Cette assertion, que ne justifie positivement aucun texte, est fort combattue. On dit notamment que la formalité de la *prædictio* doit se placer, vraisemblablement, entre la naissance préexistante de l'obligation principale et le contrat avec les *adpromissores* qu'elle annonce.

R. Voilà ce que rien ne prouve. Retournant l'argument, je dis que lors de la *prædictio* le créancier doit savoir combien il prend d'*adpromissores*. Dès lors, il ne peut les recueillir l'un après l'autre; et, s'il est obligé de les recevoir tous ensemble à un moment unique, quel peut-il être sinon celui où naît l'obligation principale ?... Mon opinion est corroborée par le mot même d'*adpromissio*, par la symétrie de cette institution avec l'*adstipulatio*, enfin par ce que disent de la novation Justinien et surtout Gaïus (III, § 177).

D. Que voulez-vous dire?

R. Que lorsque le débiteur voulait donner un *adpromissor* après coup, il en était quitte pour pro-

mettre à nouveau avec lui, et que, au cas où le créancier voulait, au contraire, décharger un *adpromissor*, il faisait reprendre l'obligation par ceux-là seuls qui devaient y demeurer soumis. C'est l'explication du texte de Gaïus, de son silence relativement aux fidéjusseurs, pour qui cette règle n'existe pas.

D. Dans quel délai doit-on poursuivre les *adpromissores ?*

R. Dans celui de deux ans, au plus tard; car le seul laps de temps suffit à les délier.

D. Le créancier peut-il actionner l'*adpromissor* de préférence au débiteur principal?

R. Oui, sauf dans la période où régna une loi mal connue, qui l'obligeait, dit Justinien, à préférer le débiteur principal. Celui des deux qu'il négligeait était libéré, comme pour les codébiteurs solidaires.

R. Quelles actions l'*adpromissor* qui a payé a-t-il pour se couvrir?

R. 1° L'action *pro socio* contre les autres *adpromissores.* S'il en est d'insolvables, la perte ne reste pas à son compte; elle est répartie entre tous, parce que cette action est de bonne foi;

2° L'action du créancier que peu à peu le préteur fait céder à l'*adpromissor*, au cas de défaut ou d'insuffisance de la précédente;

3o L'*actio mandati* ou *negotiorum gestorum contraria*, en général, contre le débiteur;

4° L'*actio depensi*, en faveur des *sponsores* seuls, non des *fidepromissores.*

D. Quel est le caractère de cette action-ci?

R. Elle est de droit strict et de celles *quæ crescunt in duplum adversus inficiantem.*

D. Le *sponsor* n'a-t-il pas encore une autre garantie rigoureuse de remboursement, même avant cette action?

R. Oui; la loi *Publilia*, qui l'a créée lui accordait aussi la *manus injectio*, comme s'il avait déjà obtenu le jugement de condamnation, contre le débi-

teur qui, dans le délai de six mois, ne l'aurait pas remboursé. C'est sur cette exécution, s'il la combat, que se donne l'action *depensi*.

D. Quelles différences y a-t-il entre le *sponsor* et le *fidepromissor* ?

R. 1° Ils s'engagent en termes différents;

2° Le *sponsor* est nécessairement citoyen;

3° L'obligation du *fidepromissor* pérégrin ne peut s'éteindre par la *capitis deminutio*, au moins *media* et *minima*; en certains pays elle survit même à son décès;

4° Le *sponsor* seul a l'action *depensi*, et la *manus injectio* contre le débiteur.

Section 3e. — *Des fidéjusseurs (droit de Justinien)*

D. Qu'est-ce que la fidéjussion ?

R. C'est une espèce d'adpromission, admise avec les précédentes, mais ultérieurement, et qui finit par leur survivre, la seule pratiquée sous Justinien.

D. En quels termes s'obligeait le fidéjusseur?

R. Par la forme *fidejubesne? — fidejubeo*, en latin, d'où lui vient son nom : mais, par suite de dégradations admises ici comme pour la stipulation en général, il fut permis de cautionner en grec et en termes quelconques, en observant la conformité de la réponse avec l'interrogation.

D. Quelle disposition Justinien édicte-t-il pour la fidéjussion dont il y aurait acte écrit?

R. Qu'on ne sera admis à prouver aucune irrégularité à l'encontre de cet acte mentionnant la régularité du contrat; nous avons vu la même présomption légale en matière de simple stipulation.

D. A quoi peut s'attacher cette *adpromissio* ?

R. A toutes obligations, verbales ou non, par exemple celles résultant d'un testament, d'un délit.

D. La fidéjussion a-t-elle besoin, pour exister, d'une obligation principale et valable?

R. Oui; parce qu'elle est accessoire, il faut une obligation principale. En outre, il faut que cette obligation soit valable; la fidéjussion ne peut servir, comme l'adpromission ancienne, à suppléer l'engagement du *promittens* principal, qui aurait manqué de naître.

D. Est-il donc nécessaire que cet engagement ait l'existence civile et prétorienne?

R. Non; l'obligation naturelle suffit. Nous avons vu que c'est l'un de ses effets et de ses avantages pour le créancier, qu'elle puisse servir au cautionnement.

D. Mais peut-on cautionner l'obligation purement civile, par exemple celles que paralysent les sénatusconsultes velléien et macédonien?

R. Il est certain que ces deux espèces d'obligations ne peuvent recevoir le fidéjusseur; mais il est fort douteux que le motif en soit la prohibition de cautionner les obligations civiles pures. Une explication préférable est celle-ci. La loi ne veut pas que le fils de famille paie l'usurier, ni la femme la dette d'un tiers. Or, si leurs obligations pouvaient recevoir le fidéjusseur, par l'effet de l'action *mandati* de ce dernier, que ne paralyse point l'exception propre à chacun des sénatusconsultes, on arriverait indirectement à faire payer ces personnes que le sénat a voulu exempter. (L. 25, *de fidejuss.*)

D. Quelle est la mesure de l'engagement du fidéjusseur?

R. C'est l'étendue même de celui du débiteur principal. Cette règle, déjà admise jadis, doit être bien comprise. Quand on dit que la caution ne peut s'engager plus rigoureusement que le débiteur, cela doit s'entendre des quantités et des modalités (Inst. hic., § 5), et n'empêche pas que le fidéjusseur soit

tenu civilement, tandis que le créancier n'aurait pas d'action contre le débiteur principal, ou que, celui-ci ne donnant d'autres sûretés que la satisdation, le fidéjusseur fournisse des gages, hypothèques.

D. Quelle est la sanction de la règle?

R. Le cautionnement exagéré est nul, et non réduit, comme en droit français. (art. 2013). Le système contraire, qu'on enseigne parfois, est en opposition avec les textes. (Inst. hic. § 5, L. 8, § 7, *de fidejussor.*)

D. A quel moment doit s'engager le fidéjusseur?

R. Il le peut faire avant, après le débiteur principal ou simultanément. Si la fidéjussion est donnée au préalable, elle est de plein droit conditionnelle.

D. Dans quel laps de temps le créancier doit-il poursuivre?

R. Son action est perpétuelle et le laps de temps ne l'éteint pas, jusqu'à l'introduction de la prescription.

D. L'obligation du fidéjusseur est-elle attachée à sa personne?

R. Non, pas comme celle des *sponsores* et *fidepromissores*. Elle se transmet aux héritiers et autres successeurs.

D. Cette succession n'introduit-elle pas comme une variété de modalité entre les coobligés?

R. Oui, au cas de pluralité de successeurs, parce que l'obligation, divisée entre eux, n'est plus *in solidum*.

D. Quelles exceptions ou moyens de refus d'action le fidéjusseur peut il opposer au créancier?

R. Comme je l'ai dit, ces moyens sont réels ou personnels. Le fidéjusseur peut invoquer les premiers sans distinction: paiement, acceptilation, novation, impossibilité d'exécution. Pour les autres, il peut les opposer quand ils sont personnels au débiteur, non à un cofidéjusseur: confusion, compensation, etc.

D. N'y a-t-il pas des moyens de libération propres aux fidéjusseurs?

R. 1° L'omission de la *prædictio*, qui leur avait été étendue,

2° Le bénéfice du sénatus-consulte Velléien.

D. Quand, par son fait, le créancier est mis hors d'état de céder ses actions au fidéjusseur qui le désintéresse, celui-ci ne peut-il le repousser par une sorte d'exception de garantie? (conf. C. C., 2037).

R. Non. Le *mandator* a seul cette exception.

D. Les fidéjusseurs n'ont-ils pas divers bénéfices, comme moyens relatifs de défense envers le créancier ou de recours envers qui de droit, qui ont été régularisés par diverses dispositions?

R. Oui; il y a trois bénéfices, qui sont ceux de division, d'ordre ou discussion et de cession d'actions.

D. Ne pourriez-vous compter ainsi la *prædictio?*

R. Oui et surtout son omission; mais on ne le fait pas généralement. L'extension par la jurisprudence, aux fidéjusseurs, de cette disposition de rigueur avait quelque chose d'exorbitant; et comme le motif que j'ai cru reconnaître à la *prædictio* n'existe plus, comme le § 123, où Gaïus en parle, est passé sous silence par Justinien, on peut croire que cette formalité est tombée en désuétude à son époque. Dès lors, la garantie qu'elle offrait aux adpromisseurs n'aurait pas existé avec les trois grands bénéfices qui se sont perpétués dans les législations modernes.

D. Qu'est-ce que celui de division?

R. C'est la faculté donnée au fidéjusseur, qui n'a pas cautionné seul, d'exiger la division de la demande entre tous ceux qui sont présentement solvables. (conf. C. C., 2026).

D. En quoi ce bénéfice diffère-t-il de celui analogue de la loi Furia?

R. 1° La loi était particulière à l'Italie; le bénéfice est général;

2° La loi ne parle pas des fidéjusseurs, qui n'étaient peut-être pas connus quand elle fut portée (659 U. R.); le bénéfice de division s'est appliqué aux trois espèces d'adpromisseurs;

3° La division de la loi se calcule au jour de l'exigibilité et celle dont nous parlons à celui de la litiscontestation ;

4° La première a lieu entre tous les *adpromissores* subsistants, non morts ou *capite minuti* ; la seconde entre ceux solvables ;

5° La division de la loi Furia a lieu de plein droit, et le créancier doit l'observer, à peine de perdre son procès, si sa demande est *certa*. Le bénéfice de division n'a pas le même caractère ; on peut y renoncer expressément ou tacitement. Si le fidéjusseur ne l'invoque pas *in jure*, comme le contrat est de droit strict, le juge ne peut le suppléer.

D. Quels sont donc les fidéjusseurs privés de ce bénéfice ?

R. 1° Ceux qui y ont expressément renoncé ;

2° Ceux qui en ont omis la demande ;

3° Ceux qui ont d'abord nié leur engagement ;

4° Les fidéjusseurs fournis pour la satisdation des tuteurs.

D. Quelle est l'origine du bénéfice ?

R. En s'en tenant aux données de Gaïus, on dit communément que c'est un rescrit d'Adrien. Mais Paul (Sent. I, XX,) donne à penser que cet empereur a simplement, sur ce point, légitimé le droit prétorien. En effet, les fidéjusseurs existent au moins depuis la loi Cornélia, sous Sylla (an 673 U. R.) et bien avant Adrien. La loi Furia n'était pas faite pour eux ; le préteur dut trouver équitable de leur en étendre le bénéfice de division, en le restreignant à ceux solvables, et, naturellement, il le donnait au moment où l'instance se liait devant lui. Je trouve là tous les éléments du bénéfice et n'hésite pas à croire qu'il est réellement antérieur à Adrien.

D. Qu'est-ce que le bénéfice de discussion ?

R. La faculté qu'a le fidéjusseur, même unique, d'exiger que le créancier, avant de prendre condamnation contre lui, s'assure de l'insolvabilité du débiteur principal.

D. Mais, l'ayant actionné, le créancier n'a plus droit d'en poursuivre nul autre?

R. Si fait. En 531 Julien a aboli cet ancien principe de l'effet novatif de la litiscontestation. Il s'ensuit que le créancier peut:

1° Revenir contre le débiteur principal si le fidéjusseur exige la discussion;

2° Poursuivre ensuite son action contre ce dernier pour en obtenir le paiement intégral ou le solde, suivant les cas.

D. Quelle est l'origine de ce bénéfice?

R. Il date seulement de Justinien, qui l'a créé par la novelle 4, en 539. Mais l'empereur déclare restaurer une ancienne loi tombée en désuétude.

D. N'y a-t-il pas des fidéjusseurs privés du bénéfice de discussion?

R. On n'en peut plus être privé faute de le demander avant de plaider, dans la procédure au temps de Justinien; mais il demeurera encore refusé:

1° Quand la discussion est inutile, parceque le débiteur est en fuite, caché ou en déconfiture;

2° Au fidéjusseur qui y a renoncé.

D. Les bénéfices de discussion et division sont-ils compatibles ensemble?

R. Oui; on peut les cumuler.

D. Quel est le troisième bénéfice?

R. Celui de cession d'actions, pour les recours.

D. Le fidéjusseur, en cas d'avance, à l'origine, avait-il recours contre le débiteur principal?

R. Oui; ce recours était de droit commun. On regardait le fidéjusseur comme ayant fait l'affaire du principal obligé, en lui procurant du crédit par sa promesse et lui avançant ses deniers dans le paiement; d'où suivait l'octroi de l'action *mandati contraria*, dans le cas où le débiteur avait sollicité l'intercession du fidéjusseur et de celle *negotiorum gestorum*, au cas contraire.

D. L'une et l'autre actions n'étaient-elles pas refusées en certains cas?

R. 1° Quand le fidéjusseur avait agi *animo donandi*, sans vouloir de recours ;

2° Quand il était intervenu au mépris de l'ordre exprès du débiteur. Encore, ici, y avait-il controverse; (loi 40, *mandati*). Sous Justinien ce n'est qu'une question d'action, en ce dernier cas, celle du créancier passant au fidéjusseur.

D. Le fidéjusseur qui n'est pas seul a-t-il un recours contre ses cofidéjusseurs?

R. Les diverses phases que nous avons signalées dans les progrès du droit, quant au recours entre codébiteurs solidaires, se reproduisent ici. La fidéjussion ne comportait pas plus, par elle-même, d'action entre les fidéjusseurs que la solidarité entre les codébiteurs. Pour en avoir une, il faut obtenir la cession de celle du créancier. Dans une seconde période, le préteur impose cette cession, mais il ne paraît pas qu'on ait enfin admis une cession tacite, une subrogation légale. Comme les autres, ce bénéfice doit être demandé.

D. Quelle est son origine?

R. L'interprétation des prudents et le droit prétorien.

D. Quelle est l'utilité de la cession ?

R. 1° Elle donne un recours au fidéjusseur contre ses cofidéjusseurs ;

2° Elle donne action au fidéjusseur, même unique, contre le débiteur qu'il a cautionné malgré lui, et qui manque de l'action de gestion d'affaires ;

3° En tous cas, contre ces deux classes de personnes, elle lui confère les sûretés dont, outre la satisdation, jouissait le créancier, gages et hypothèques;

4° En vertu de cette dernière garantie, il peut actionner tous les détenteurs.

D. Le recours est-il intégral?

R. Plusieurs distinctions sont nécessaires :

1° Oui contre un unique débiteur ;

2° Oui aussi au cas où les débiteurs, bien que multiples, sont tenus d'une obligation solidaire, indivisible ou hypothécaire; sinon, on ne peut actionner chacun d'eux que pour sa part virile ou proportionnelle;

3o Contre ses cofidéjusseurs, non seulement le recours du fidéjusseur n'est pas intégral, à l'instar de celui des codébiteurs solidaires, mais encore il lui faut subir le bénéfice de division et l'hypothèque ne lui permet au plus de recourir comme un débiteur solidaire, sa part déduite, parce qu'il est tenu de garantie dans cette mesure;

4° Contre les tiers, le recours est intégral.

D. Y a-t-il des fidéjusseurs privés du bénéfice de la cession d'actions?

R. Dans l'ancien droit, elle ne compétait pas à celui qui ne l'avait pas obtenue du créancier, quand elle dépendait de lui; plus tard, à celui qui ne la demandait pas au magistrat avant la *litiscontestatio*. Sous Justinien, il n'y a de privés que ceux qui ont invoqué la division, car les deux bénéfices ne peuvent pas se cumuler.

D. Mais n'enlève-t-on pas encore celui-là aux renonçants?

R. La renonciation stipulée par le créancier ne serait pas valable, à raison de ce qu'il serait sans intérêt et stipulerait en faveur des tiers. Elle ne serait obligatoire que dans un contrat fait entre tous les intéressés.

D. En quoi les fidéjusseurs diffèrent-ils des anciens *adpromissores*?

R. 1° Par la forme de leur engagement indifféremment accessible aux citoyens et pérégrins;

2° La fidéjussion exige une obligation principale valable;

3° Elle peut être verbale ou autrement;

4° La fidéjussion est donnée auparavant ou après ou en même temps;

5° L'obligation du fidéjusseur est perpétuelle ;
6o Elle survit à la mort et à la *capitis deminutio* ;
7° Les fidéjusseurs ont le bénéfice de discussion, jadis inconnu au moins à l'origine et un bénéfice de division différent de celui de la loi Furia. Sur tous ces points, on voit l'opposition.

D. En quoi les fidéjusseurs obligés *in solidum* à côté du débiteur principal ou entre eux diffèrent-ils des débiteurs solidaires ?

R. 1o Les codébiteurs sont intéressés et non les fidéjusseurs ;
2o Ils ont un mécanisme spécial pour faire naître leur genre d'obligation, et non les fidéjusseurs ;
3o Ils ont entre eux un seul contrat ; la fidéjussion en comporte au moins deux, un principal, un accessoire ;
4o Le codébiteur solidaire n'a pas toujours recours ; le fidéjusseur doit être rendu indemne, sauf dans le cautionnement fait *animo donandi* ;
5o Les recours entre codébiteurs solidaires se font *in solidum* sauf la garantie ; ceux entre cofidéjusseurs ont lieu pour la part virile de ceux solvables ;
6o Les fidéjusseurs ont les trois grands bénéfices et les débiteurs solidaires tout au plus, en dernier lieu, celui de cession d'actions.

TITRE XXI

Des contrats littéraux.

Section 1re. — *Généralités.*

D. Qu'est-ce qu'un contrat littéral?

R. C'est celui ou la *causa civilis* générative d'obligation consiste en certaines écritures rituelles, en dehors desquelles l'engagement ne saurait naître.

D. Quelle est la raison de ce formalisme?

R. Il y en a deux, une historique, une de logique.

D. Quel est le motif historique?

R. Le contrat littéral semble être la troisième dégradation du *nexum*. Il consiste dans la suppression de la mancipation et de la *nuncupatio*, dont le souvenir est simplement conservé; celui de la mancipation dans une mention de valeur fournie, et celui de la *nuncupatio*, dans la solennité de cette mention.

D. Quel est le motif de raisonnement?

R. De même qu'il importe de ne pas confondre les paroles de pourparler avec celles exprimant un engagement ferme, la loi devait écarter l'effet obligatoire des écritures contenant des comptes non définitifs, la mention de faits obligatoires qui ont pu ne pas se produire.

D. Ne retrouve-t-on pas trace de ces considérations dans le nom même de l'ancien contrat littéral?

R. Oui; il se nomme *expensilatio*, terme qui

rappelle ceux-ci *(pecunia) expensa lata*, argent porté en compte comme versé.

D. Le danger de confusion dont vous parliez ne se présente-t-il pas, ici plus particulièrement ?

R. Oui. Quand un écrit est dressé d'accord entre les parties, il est souvent délicat de discerner s'il constitue une simple preuve d'un engagement né de remise d'argent intervenue entre elles ou si sa perfection détermine la naissance d'une obligation, et de là vient la difficulté de ce sujet assez obscur.

D. Quel ordre faut-il suivre pour éviter cette confusion ?

R. Il faut traiter des anciens écrits productifs d'obligations, en les distinguant soigneusement des écrits simplement probants. On examine ensuite la question de savoir si ceux dont parle Justinien appartiennent à l'une ou l'autre catégorie.

D. Quelle action naît des contrats littéraux ?

R. La *condictio certa* ou *incerta*.

Section 2e — *Des anciens contrats littéraux.*

D. Combien distinguait-on jadis de contrats littéraux ?

R. On peut dire qu'il y en avait deux : l'*expensilation* et la série des actes dits *chirographa* et *syngrapha*.

D. En quoi se distinguent-ils ?

R. A peu près comme dans l'adpromission ancienne, il y a une forme pour les pérégrins et une qui leur est commune avec les citoyens.

D. Pourquoi dites-vous qu'on peut voir là deux espèces de contrats ?

R. Je reproduis l'expression hésitante de Gaïus : ***Fieri videtur*** (III, § 133), qui me semble inspirée par

cette circonstance que les contrats sont des conventions du droit civil et qu'il n'y a pas, à proprement parler, de contrats pour les pérégrins. L'*expensilatio* est donc le véritable contrat littéral.

D. Qu'est-ce que l'*expensilatio* ?

R. C'est la mention solennellement écrite, qu'on a enrichi quelqu'un d'une valeur déterminée. Elle se fait au moyen des *nomina transcriptitia*.

D. Expliquez l'expression *nomina*.

R. Les anciens Romains avaient tous un registre, tenu avec soin, où ils notaient les actes modifiant la composition de leur patrimoine, le *Codex accepti et expensi*. Ce livre formait le compte du maître avec tous ceux dans le rapport desquels pouvaient se produire ces mouvements de valeurs, et offrait ainsi une certaine analogie avec les comptes-courants ouverts à leurs clients par nos banquiers. Chaque article porté au crédit de l'écrivain tourne naturellement au débit de quelqu'un qui y est nommé, et devient débiteur; et, réciproquement, chaque inscription au débit de l'écrivain rend créancier celui dans le rapport de qui elle est faite. De là vient qu'on adopte le mot *nomina*, qui peut se traduire par *articles*.

D. Comment se divisent les articles ?

R. Ceux du crédit et ceux du débit; mais ceux du crédit sont les principaux pour chaque écrivain; de là vient que, dans un sens plus étroit, *nomen* signifie créance.

D. Comment se nomme le fait d'inscription ?

R. L'inscription au crédit est l'expensilation, par laquelle on mentionne qu'on a fait raison d'une certaine valeur à quelqu'un. Celle au débit de son propre compte, par laquelle on reconnaît avoir reçu une valeur déterminée, *(pecunia) accepta lata*, est l'acceptilation. Chacune d'elles, du reste, doit être double et se reproduire en sens inverse sur le registre du correspondant de l'écrivain, parce qu'il est élémentaire, en comptabilité, que celui qui paie soit crédité à l'aide du débit de celui qui reçoit.

D. Quel est le caractère commun de ces opérations?

R. Des actes légitimes, c'est-à-dire dont la loi a réglé les formes, les termes solennels, qui ne peuvent se faire par procureur et ne comportent aucune modalité.

D. Expliquez l'expression *transcriptitia*.

R. L'expensilation, de même que la stipulation, est communément employée pour rendre civil et de droit strict quelque engagement préexistant ou dont les parties viennent de tomber d'accord. L'expensilation renferme donc les deux idées d'écriture et de transport ou transmutation d'obligation, ce qu'exprime très-bien le mot de *transcriptitia*.

D. N'y a-t-il pas un cas où cette expression est inexacte?

R. Oui, c'est celui de libéralité. De même que le donateur peut promettre ce qu'il ne doit pas; de même en portant gratuitement une somme au crédit de quelqu'un, on s'en rend débiteur par donation.

D. Combien y a-t-il d'espèces d'expensilation?

R. 1° Elle est *a re in personam*, lorsqu'on modifie la cause de l'obligation, sans en changer le débiteur. Par exemple, vous me devez cent pour prix d'une vente. Je vous en débite, par votre ordre; vous devenez débiteur à titre littéral, et non plus consensuel. De même, vous m'aviez emprunté cent et m'aviez par simple pacte promis pour un an l'intérêt centésimal. Je vous débite du tout, par votre ordre. Au lieu d'une obligation réelle de cent et d'une autre naturelle de douze, vous me devez maintenant une seule obligation littérale, de cent douze.

2° Elle est *a persona in personam*, dans le cas de délégation. Vous devant cent, je vous autorise à les porter au compte de Mœvius, dont le nom est couché à mon crédit et celui-ci, à qui il est indifférent d'être débité par l'un ou par l'autre, y consent. Dès lors, Mœvius, qui ne vous devait rien, est votre obligé littéral.

3° Il peut y avoir combinaison des deux espèces de transcription ; comme si Mœvius, que je vous délègue, me devait un prix de vente ou une obligation purement naturelle.

D. Y a-t-il novation dans ces divers cas ?

R. Cela est évident. L'inscription au crédit oblige celui dont le nom y est porté, d'une façon civile et de droit strict, mais elle le libère de sa précédente obligation. De même, en général, l'inscription du délégué libère le déléguant et il y a présomption en ce sens ; mais les accords des parties peuvent être différents et le délégataire se réserver la créance contre les deux débiteurs.

D. L'expensilation est-elle un contrat exclusivement civil ?

R. Elle le fut d'abord, comme la stipulation. Puis les pérégrins y furent admis, mais dans quelle mesure ? Les proculiens leur en accordaient entièrement l'usage, et les Sabiniens distinguaient, leur permettant la transcription de causes et leur refusant celle de personnes, qui était un puissant instrument de crédit.

D. Qu'y avait-il de solennel dans l'inscription ?

R. C'étaient, d'abord le livre sur lequel elle avait lieu, et qui n'était point le simple journal ou brouillard, *adversaria*, où l'on consignait provisoirement les éléments de la comptabilité ; en second lieu, l'autorisation de celui qui allait devenir débiteur, autorisation qui se donnait sans doute originairement en termes solennels. Les usages des Romains, la paraphrase de Théophile et ce que nous verrons plus loin sur l'acceptilation me confirment en cette opinion.

D. Est-il nécessaire, pour faire naître l'obligation, qu'il y ait concordance entre les deux registres du débiteur et du créancier, et que le premier se soit lui-même débité par l'*acceptilatio* de la même valeur dont le dernier a fait l'*expensilatio* à son nom.

R. C'est une question difficile, qu'on résout gé-

néralement par la négative. Il pourra être bon, pour la preuve complète de l'obligation, qu'il y ait cette concordance entre les registres, mais cela n'est pas nécessaire pour sa naissance; et n'y eût-il qu'expensilation, sans acceptilation, si le juge reconnaît que l'inscription a été autorisée, il condamnera.

D. L'expensilation est-elle rescindée quand le consentement a été surpris?

R. Elle est nulle quand il y a erreur matérielle sur l'opération ou l'individu qui en serait l'objet. Hors de là, le consentement y ayant une importance secondaire, elle est rescindée vis-à-vis des majeurs, seulement pour cause de violence et de dol.

D. En quoi l'expensilation diffère-t-elle de la stipulation?

R. 1° La stipulation est demeurée plus solennelle que l'autre contrat, et lui a survécu;

2° Elle ne peut se former entre absents; l'expensilation s'y prête;

3° La stipulation, qui s'applique à des obligations de tout genre, dont l'objet n'est pas toujours déterminé, donne lieu à la *condictio certa* ou *incerta*; mais l'expensilation, ne créant qu'une obligation de *dare*, toujours déterminée, donne exclusivement naissance à la *condictio certa*;

4° La stipulation comporte le terme et la condition; mais l'expensilation ne se prête à aucune modalité.

D. Vous avez parlé d'un contrat littéral propre aux pérégrins?

R. Oui; c'est celui qui se noue par des écrits appelés *chirographa* et *syngrapha* ou *syngraphæ*.

D. Que sont ces écrits?

R. Divers systèmes ont été faits sur cette question. Le plus plausible me semble donc celui, fondé sur le texte de Gaïus, qui regarde les *chirographa*, comme des promesses unilatérales, et les *syngraphæ* comme des engagements synallagmatiques, dont le

texte était remis à chaque partie (conf. C. C., 1325).

D. Un citoyen qui aurait écrit la promesse de faire ou donner quelque chose n'eût-il donc pas été obligé?

R. Non, sauf dans les pactes légitimes de dot et de donation. Nous avons vu, par exemple, que la promesse de prêter n'est pas obligatoire. La forme écrite ne changeait pas son caractère de simple obligation naturelle.

D. Pourquoi n'assimilez-vous pas cette espèce de contrat à la précédente?

R. Parce qu'il est particulier aux pérégrins, et que nous étudions les contrats du droit des Romains.

D. Quels sont les écrits probants dont vous parliez comme analogues à ceux des contrats littéraux?

R. Ce sont les *nomina arcaria* et les *cautiones* ou *instrumenta*.

D. Quels sont les *nomina arcaria?*

R. Des articles de caisse, suivant la traduction littérale. C'est la mention d'un paiement, faite par mesure d'ordre, sans avis ni débit effectif de celui qui l'a reçu. Ainsi je vous fais un prêt de 1000, sans que vous m'autorisiez à vous rendre débiteur littéral; vous restez donc obligé *re;* mais j'ai inscrit ma sortie de caisse, et la mention mise sur mon registre, régulièrement tenu, m'aidera à prouver la remite d'argent, source de votre obligation.

D. On explique d'ordinaire autrement la différence entre les *nomina arcaria* et les *chirographa*.

R. Oui, dans ce système, ces deux espèces d'écrits seraient des billets ou promesses, les premiers seuls portant leur cause. Cette différence est importante, car Justin s'y attache, en obligeant le demandeur à faire la preuve qu'il a fourni la valeur quand la promesse est sans cause; chez nous encore on suit généralement cette distinction.

D. Pourquoi rejetz-vous donc ce système?

R. Parce qu'il est en complet désaccord avec le texte de Gaïus, qu'il est imprudent de mettre de côté en cette matière.

D. Qu'est-ce que la *cautio* ou l'*instrumentum*?

R. Cet écrit, par exemple, dont j'ai parlé à propos de la stipulation et de la fidéjussion, dressé pour prouver que tel a promis ou cautionné régulièrement, déclaration à laquelle Justinien attache une force probante absolue.

Section 2e. — *Le contrat littéral dans les Instituts.*

D. Comment les actes probants peuvent-ils être confondus avec ceux obligatoires?

R. Supposez que je vous aie fait un prêt d'argent. Dans l'écrit unilatéral que nous dressons à cette occasion, vous pouvez déclarer simplement que vous reconnaissez le prêt ou promettre de le rembourser. La première forme n'est que probante; la seconde peut paraître génératrice d'obligation, puisque la promesse engendre toujours l'obligation, au moins naturelle. Nous distinguons encore en droit français, parmi les actes unilatéraux, les reconnaissances des promesses. Ce que je viens de dire sert à expliquer la théorie de Justinien sur les contrats littéraux.

D. Quelle est cette théorie?

R. Supposez, dit-il, que, pour déterminer un capitaliste de qui il veut obtenir un prêt, un solliciteur lui a fait d'avance une promesse ou reconnaissance de l'argent qu'il espérait et qu'en définitive il ne reçoit pas. Si le détenteur du billet en veut abuser, le souscripteur aura bien pendant deux ans, pour se défendre, le secours d'une exception de dol particulière, dite *non numeratæ pecuniæ*; mais, passé ce laps, il n'échappera pas à la condamnation. *S'il est condamné, c'est qu'il était obligé; or, il ne l'était* re, verbis, *ni* consensu: *donc il l'était* litteris, *par sa signature.*

D. Que pensez-vous de ce système?

R. C'est un sophisme, qu'il est bien étonnant de voir développé par quelques commentateurs. Heineccius, par exemple, l'a entrepris. On peut voir son malaise et ses contradictions (*Recitationes*, § 888). Les textes et le raisonnement en font justice.

D. Quels textes ?

R. Le Digeste, quand il énumère les diverses classes des contrats, passe toujours sous silence celle *litteris*, à cause de la perte de l'expensilation, que rien n'a remplacée. L'hypothèse anormale dont parle Justinien ne date pas de son époque : le *mutuum* était connu ; les *cautiones*, les surprises auxquelles elles peuvent donner lieu, sont bien anciennes et nul jurisconsulte n'a imaginé de voir là une obligation et d'en chercher l'origine. Gaïus, comme par intuition, semble s'être donné à tâche de réfuter Justinien (III, § 131).

D. Croyez-vous donc qu'il n'y a pas d'obligation?

R. Non. Justinien définit l'obligation parfaite *un lien de droit* qui entraîne la contrainte à payer, d'après les lois civiles. Or, ces caractères se rencontrent bien ici. Mais quelle est la source de cette obligation? Il est évident qu'elle est dans le *mutuum* prouvé, et non dans l'écrit qui le constate.

D. Mais la *res* n'y est pas, les *litteræ* y sont. Donc l'obligation est littérale et non réelle.

R. Cela n'est pas admissible. Le demandeur lui-même ne le prétend pas. Il dit qu'il y a obligation réelle. Du reste quelle serait cette obligation littérale qui prendrait naissance au bout de deux ans seulement? Alors il faut dire qu'elle a pour cause le temps!

D. Il n'y a donc plus de contrats littéraux?

R. Non, dans l'ordre d'idées où se place l'empereur. Mais, d'après lui, comme nous le verrons bientôt, la vente, le louage, l'emphytéose, avec acte écrit, sont de véritables contrats littéraux.

TITRE XXII

Des contrats consensuels.

D. Qu'est-ce qu'un contrat consensuel ?

R. C'est celui où la *causa civilis* git dans le consentement, en dehors duquel il n'est besoin d'aucun fait, d'aucune solennité pour faire naître l'obligation.

D. Comment expliquer l'admission d'une classe de contrats si différente des autres ?

R. C'est la suite de l'adoucissement que signale de toutes parts l'histoire du droit. Ces contrats paraissent venir tous du droit des gens, d'où on les transporta successivement dans le droit civil, à raison de leur importance pratique.

D. Si le consentement est la seule source ici des obligations, quelle différence y a-t-il entre les contrats consensuels et ceux des pactes qui ont reçu l'action?

R. Comme pour les autres contrats, la cause et le nom ; la cause, car il n'y a que les contrats consensuels où la loi attache au seul consentement l'effet obligatoire ; le nom, car ils sont nommés dans le sens que nous avons expliqué, et, la liste close, pendant longtemps on n'a rien voulu y ajouter, malgré les progrès du droit.

D. Le consentement, avez-vous dit, est requis dans tout contrat. Ceux dont vous avez parlé précédemment ont donc deux causes, puisque le consentement en peut être une.

R. On requiert ici un consentement pleinement libre, qui fait la *causa civilis* du contrat. Dans les autres, ce n'est qu'une condition accessoire, exigée parce que l'espèce doit réunir les caractères du genre, que le contrat est une espèce de convention et qu'il n'y a pas convention là où il n'y a pas consentement. La loi donne le moins possible à cette considération ; elle se contente d'un consentement de fait, matériel pour ainsi dire. Mais dans la vente, par exemple, l'erreur a des effets plus étendus, (parce que c'est un contrat consensuel,) que dans la stipulation ou l'expensilation.

D. A quel moment est parfait le contrat consensuel ?

R. Quand les parties se sont mises entièrement d'accord. Cette perfection n'est donc pas annoncée par un signe matériel, comme dans les autres contrats ; d'où ressort, pour le juge, une tâche plus délicate à remplir.

D. Les parties, du moins, ne doivent-elles pas être en présence ?

R. Non. Ces contrats peuvent se former par lettre, par messager ; bien plus, quand l'équité le comporte, on s'y contente du consentement présumé ; ainsi on admet que tous les contrats consensuels peuvent n'être que tacites : société tacite, mandat tacite, etc.

D. Quels sont les caractères généraux de cette espèce de contrats ?

R. Ils sont tous synallagmatiques, parfaits ou imparfaits, donnant ou pouvant *ex post facto* donner naissance à des obligations réciproques. Ils sont tous de bonne foi et accessibles aux pérégrins ; mais, comme on l'a vu, la réciproque n'est pas vraie : les contrats de bonne foi ne sont pas tous consensuels.

D. Combien compte-t-on de ces contrats ?

R. Les Romains n'avaient voulu en admettre que quatre. Les pactes munis d'action par les empereurs, et formant de véritables contrats, étaient restés hors

de la liste, lorsque Zénon y fit entrer l'emphytéose. On doit donc, sous Justinien, compter cinq contrats consensuels, qui sont: la vente, le louage, l'emphytéose, la société, le mandat.

TITRE XXIII

De la vente.

Section 1re. — *Nature et caractères.*

D. Qu'est-ce que la vente ?

R. C'est un contrat purement consensuel, en général, par lequel, moyennant la dation d'un prix, on s'engage à livrer une chose.

D. Pourquoi dites-vous purement consensuel, en général ?

R. Parce que, dans un cas particulier, comme nous le verrons, Justinien a altéré la nature consensuelle de la vente.

D. Pourquoi dites-vous *moyennant la dation d'un prix?*

R. *Un prix* ; parce que, faute de prix, le contrat serait une donation ; — *dation*, parce que l'acheteur en doit transférer la propriété.

D. Pourquoi dites-vous s'engage ?

R. Parce que la vente n'est qu'un contrat et qu'en thèse générale, un contrat ne peut faire naître

que des droits personnels, corrélatifs à des engagements. Elle ne fait pas exception à cette règle et ne crée jamais de droit réel.

D. Pourquoi dites-vous *livrer une chose*, et non en transmettre la propriété?

R. Parce que, chez les Romains, à l'inverse du droit français, l'obligation qui crée la vente est exclusivement de livrer la chose et jamais d'en transférer la propriété.

D. Comment comprenez-vous que l'acheteur n'entende pas avoir la propriété?

R. Le vendeur doit mettre l'acheteur en mesure de jouir pleinement, *rem licere habere*, *vacuam possessionem tradere*. L'avantage présent sera donc pour l'acheteur effectivement celui de la propriété. Il l'aura pleinement si le vendeur l'avait. Dans le cas contraire, l'acheteur usucape, généralement. S'il ne le peut faire et qu'on le dépouille, il a recours contre son vendeur. Ce caractère de la vente tient au caractère même de la propriété chez les Romains, où l'on jouissait librement de beaucoup de choses qu'on avait *in bonis* seulement. Comment, par exemple, les fonds provinciaux eussent-ils pu être l'objet de ventes translatives de propriété?

D. Quelles sont les conséquences du principe romain?

R. 1° Le vendeur est libéré quand il a livré *vacuam possessionem*;

2° L'acheteur, ordinairement, entre en propriété ou en cours d'usucapion par la tradition;

3° Tant qu'il n'est pas évincé, il n'a pas de recours en garantie, en général.

D. Quelles sont les conséquences du principe français sur l'effet de la vente?

R. 1° Elle doit aboutir à la constitution de la propriété. Elle la transfère de plein droit, si l'objet est un corps certain;

2° Si c'est un genre, elle est conférée par l'emploi d'un mode d'acquérir.

3° La vente de la chose d'autrui est nulle ;

4° L'acheteur a recours avant même l'éviction (C. C. 1583, 1599 et L. du 23 mars 1855).

D. Quel est le caractère du contrat chez les Romains ?

R. Il est consensuel, pleinement synallagmatique, de bonne foi.

D. Quand est-il parfait ?

R. Il faut distinguer, à cet égard, avant et après Justinien. Dans la première période, on suit la règle générale des contrats consensuels. Les obligations sont respectivement formées, dès que les parties se sont mises d'accord sur leurs objets.

D. Et dans la seconde période ?

R. Justinien distingue entre les ventes ordinaires et celles par écrit, c'est-à-dire où les parties sont d'accord de garder une preuve littérale de leur contrat. Dans ces dernières, la naissance des obligations est subordonnée à la perfection de l'*instrumentum*. Tant qu'il y manque quelque chose, elles ne sont point formées. Pour les autres ventes, rien d'innové.

D. Justinien n'a-t-il pas altéré autrement les règles anciennes sur la perfection du contrat ?

R. Oui, en modifiant le caractère des arrhes.

D. Qu'était-ce jadis que les arrhes ?

R. Une somme ou un emblème, que l'acheteur remettait au vendeur, comme preuve de leur entente ; si c'était une somme, la remise en avait, de plus, le caractère d'un paiement à valoir.

D. Qu'en a fait Justinien ?

R. La preuve d'une condition résolutoire, potestative pure, tacite. Les parties sont libres de se désister du contrat, l'acheteur en abandonnant les arrhes, le vendeur en les restituant au double. Le Code civil a suivi ce système, mais seulement dans les promesses de vente (C. C., 1590).

Section 2e. — *Des conditions essentielles de la vente.*

D. A quoi fait allusion ce mot *essentielles?*

R. C'est qu'il importe souvent de distinguer dans un contrat ce qui y est essentiel, naturel, accidentel, ou, comme on dit encore, ce qui est de son essence, ou de sa nature, ou d'accident.

D. Qu'appelle-t-on choses essentielles?

R. Ce sont des objets ou énonciations, qui sont indispensables à l'existence du contrat, qui constituent sa substance et en l'absence de l'une desquelles il serait nul ou constituerait un contrat différent : la remise dans le *mutuum*, la demande dans la stipulation, et, à mon avis, l'acceptation dans la *dotis dictio*.

D. Qu'appelle-t-on choses naturelles ?

R. Des clauses qui se trouvent habituellement dans chaque espèce de contrat, mais sans que leur défaut soit irritant, la stipulation *duplæ* dans la vente, l'hypothèque des meubles dans le louage, l'intérêt dans le *mutuum*. Ces clauses d'usage finissent, du reste, par être suppléées dans les contrats de bonne foi, comme nous l'avons vu.

D. Qu'appelle-t-on clauses accidentelles ?

R. Des clauses qui peuvent se rencontrer dans un contrat, mais qui n'y sont ni nécessaires ni habituelles ; par exemple, la responsabilité des cas fortuits, le pacte de réméré dans la vente, l'exclusion des clauses naturelles quand elles furent devenues de style, par exemple, de la garantie dans la vente, de l'hypothèque dans le louage.

D. Quelles sont les choses essentielles dans la vente ?

R. Le consentement, la chose, le prix.

D. Nous verrons plus tard ce qui est relatif aux vices du consentement. Parlez du prix. Qu'est-ce ?

R. Une somme d'argent, dont l'acheteur s'oblige à transférer la propriété au vendeur, pour obtenir l'acquittement de l'obligation de celui-ci.

D. Le prix ne pourrait-il consister en denrées, meubles, etc.?

R. Non. La composition du prix en argent est de l'essence de la vente; en y dérogeant, on tomberait dans une autre convention, l'échange.

D. Quelles qualités doit réunir, en outre, le prix ?

R. Il doit être déterminé, sérieux et juste.

D. Qu'est-ce à dire *déterminé?*

R. Certain, précis, connu avant le paiement. Mais on admet la détermination par référence : par exemple, la somme qui est dans telle caisse, le prix d'achat, etc.

D. Le prix est-il déterminé, si on le laisse à l'arbitraire du vendeur, de l'acheteur ?

R. Non. Dans le dernier cas, le contrat, en outre, serait vicié par la condition potestative *si voluero.*

D. La détermination peut-elle être remise à un tiers ?

R. Oui. De deux choses l'une, alors. Si le tiers s'acquitte de sa mission, le prix est, en quelque sorte, déterminé par référence. S'il ne le fait pas, faute de pouvoir ou vouloir, la vente n'a pas de prix ; elle est nulle (conf., C. C., art. 1592).

D. Qu'entendez-vous par prix *sérieux ?*

R. Que la valeur monétaire déterminée ne doit pas être insignifiante. La vente *uno nummo* serait une donation ; car, en droit, presque rien est assimilé à rien.

D. Qu'entendez-vous par prix *juste* ?

R. La vente est un contrat commutatif, c'est-à-dire que l'abandon de chaque partie doit être l'équivalent de celui de l'autre. Le prix supérieur ou inférieur à la valeur de la chose, ne remplit pas ce

but. Mais il faut tenir compte, d'une part, de l'incertitude du prix de toute chose et, en outre, de la valeur relative qu'elle peut avoir.

D. Cette condition a-t-elle le même caractère que les précédentes ?

R. Non. Il est essentiel que le prix soit déterminé et sérieux. S'il n'est pas juste, le contrat vaut néanmoins; mais en certains cas exceptionnels, il est rescindé.

D. Quelles choses peut-on vendre?

R. Toutes choses qui existent ou existeront, corporelles ou incorporelles, susceptibles de jouissance privée et pouvant être utiles à l'acheteur; car la vente a pour origine l'échange, entre les premiers hommes, de ce dont les uns avaient besoin et les autres excès.

D. Pourquoi dites-vous *qui existent?*

R. Parce qu'on ne peut vendre les choses péries, mais seulement leurs débris.

D. Pourquoi *qui existeront ?*

R. Parce que les choses futures se vendent.

D. N'y a-t-il pas à apprécier la portée de la vente dont elles sont l'objet ?

R. Oui. Il faut rechercher si la chose vendue est l'espérance, bien incorporel, ou des choses matérielles dont on espérait la naissance.

D. Expliquez cela par un exemple.

R. Ainsi un pêcheur vend un coup de filet, un vigneron sa récolte future. Si on juge que la vente est aléatoire, le prix en sera dû, quand même le filet serait demeuré vide et la vigne presque vierge. Il en sera autrement si l'on juge qu'il s'appliquait au résultat, aux choses matérielles espérées. On se décidera principalement par le taux du prix.

D. Pourquoi dites-vous *susceptibles de jouissance privée, etc. ?*

R. Parce que les choses qui ne le sont point ne sauraient être l'objet de nul contrat, comme nous l'a-

vons vu aux *Généralités*, et qu'en outre leur livraison à l'acheteur ne lui serait, ordinairement, d'aucune utilité. Telles sont les choses, sacrées, religieuses et saintes, publiques, etc., les marchandises prohibées, etc. La vente de ces choses est généralement nulle.

D. Pourquoi ne l'est-elle donc pas toujours ?

R. C'est que, si l'acheteur est de bonne foi, il a droit vis-à-vis du vendeur, même de bonne foi aussi, à des dommages-intérêts. Il n'en est autrement que dans le cas de la vente de choses péries, qui est absolument sans effet.

D. Mais cela n'est pas admis, au cas de stipulation d'une chose publique, sacrée, etc. ?

R. Il est vrai. La différence tient à la nature de la vente, contrat de bonne foi.

D. Quelle capacité faut-il avoir pour figurer en une vente ?

R. Celle d'aliéner, en général, et celle d'acquérir. Les pupilles et prodigues ne peuvent faire ce contrat, parce qu'il les obligerait. Les femmes jadis ne pouvaient vendre les *res mancipi*, réputées les plus précieuses, sans l'assistance de leur tuteur. D'autre part, la privation relative du *commercium* empêchait certaines personnes d'acheter certaines choses, comme je l'ai dit à la Stipulation.

Section 2e. — *Des effets de la vente, obligations et actions.*

D. Quelle est l'obligation de l'acheteur ?

R. De payer son prix, par une tradition translative de propriété.

D. A quel moment doit-il payer ?

R. Au terme fixé par la convention, et, en tous

cas, à défaut d'accord, avant de pouvoir exiger la livraison (C. C., 1612).

D. Pourquoi l'acheteur doit-il s'exécuter le premier ?

R. Parce que, en général, la chose vendue étant corporelle, il a vis-à-vis du vendeur, pour l'exécution de l'obligation de livrer, une sûreté qui manque vis-à-vis de lui.

D. Pourquoi l'acheteur doit-il transférer la propriété de son prix, tandis que le vendeur ne transfère pas nécessairement celle de la chose ?

R. Cela tient à la différence d'objet des deux obligations. Le vendeur est rarement assuré d'être propriétaire ; tandis que, pour les deniers, si la tradition qui lui en a donné la possession ne l'a pas rendu propriétaire, il le devient *ex post facto*, comme nous l'avons vu, par la consommation. Or, le paiement est une consommation.

D. Quelles sont les obligations du vendeur ?

R. Il y en a deux qui se rencontrent aussitôt en toute vente, et deux autres différées, éventuelles.

D. Quelles sont les premières ?

R. Celle de faire les stipulations d'usage, de promettre, par exemple, la reprise en cas de vice rédhibitoire, la garantie au double en cas d'éviction, l'absence de fait dolosif ; en second lieu, l'obligation de livrer.

D. Ne peut-elle être différée ?

R. Oui, par la convention des parties et, en outre, par le défaut de paiement du prix, en vertu du droit de rétention dont je viens de parler.

D. Le vendeur n'a-t-il pas une autre sûreté ?

R. Oui. C'est que la tradition qu'il fait ne le dépouille pas de sa propriété, à moins qu'il ait reçu, soit le prix, soit des sûretés, ou que, sans en demander, il ait donné terme (Table VI).

D. Quel est l'effet de la vente de la chose d'autrui ?

R. Elle en a d'importants. Si la revendication par le propriétaire n'a pas lieu dans les délais de l'usucapion, dont les conditions seraient toutes remplies, cette demande ne sera plus recevable. Dans le cas contraire, s'il y a au moins bonne foi, l'acheteur retiendra les fruits consommés, et obtiendra des dommages-intérêts contre le vendeur.

D. Mais il en est exactement de même chez nous. Pourquoi dit-on donc, en droit romain, que la vente de la chose d'autrui est valable, et nulle en droit français ?

R. C'est, selon moi, une pure différence de mots. Les rédacteurs du Code ont été entraînés par le souvenir d'une réforme effective qu'ils avaient faite en proscrivant le legs de la chose d'autrui. La meilleure des deux façons de formuler la règle relative à la vente de la chose d'autrui me semble être celle des Romains. La vente produit des effets, disent-ils ; donc elle n'est pas nulle.

D. Mais si l'acheteur obtient des dommages-intérêts, chez nous, n'est-ce pas en vertu d'une obligation quasi-délictueuse seulement, à raison de la faute du vendeur, qui lui cause un préjudice ?

R. Non, cela n'est pas soutenable. Pour accorder des dommages-intérêts à l'acheteur, sauf leur quotité (art. 1147 et s., 1635), on n'a pas égard à la bonne ou mauvaise foi du vendeur, à son imprudence. Cela prouve clairement que les dommages-intérêts sont alloués, non pour la réparation d'une faute, mais pour l'inexécution d'une obligation (art. 1142). En second lieu, on ne peut prescrire sans titre ; or, en vertu de la vente de la chose d'autrui, l'acheteur peut prescrire. Donc cette vente est bien valable chez nous comme chez les Romains.

D. Quelle est la première des obligations éventuelles du vendeur ?

R. De reprendre la chose, en restituant le prix, si elle est atteinte de vices rédhibitoires.

D. Qu'est-ce que le vice rédhibitoire?

R. C'est un défaut non apparent de la chose, qui la rend impropre ou moins propre à l'usage pour lequel l'acheteur la recherchait. Toute assurance du vendeur que la chose ait telle ou telle qualité fait de son défaut un vice rédhibitoire (C. C., art. 1641 et s.).

D. Quelle est l'origine de l'obligation de reprise?

R. C'est l'intervention des édiles, qui imposaient au vendeur les stipulations dont nous avons parlé, avec la clause *duplæ* même pour certains vices. J'ai dit que ces stipulations, d'abord effectives, pouvaient être suppléées ensuite.

D. L'acheteur n'a-t-il pas une option?

R. Oui; il peut, à son choix, demander la reprise de la chose ou la réduction du prix (C. C., 1644).

D. Quelle est la seconde des obligations éventuelles?

R. La garantie, en cas d'éviction.

D. Qu'est-ce que l'éviction?

R. Une défaite judiciaire. Elle se produit donc quand un tiers prétend et fait reconnaître sur la chose l'existence d'un droit réel.

D. Faut-il donc que l'acheteur attende d'être dépouillé, et ne peut-il recourir dès qu'il est troublé?

R. Certes; s'il faut attendre la demande, du moins elle donne naissance à l'obligation de garantie. L'acheteur est même obligé de la dénoncer, sans quoi le vendeur serait ensuite déchargé de toute réparation de l'éviction consommée (C. C., 1640).

D. N'y a-t-il pas un cas où l'on peut recourir avant d'être attaqué?

R. Cela n'est pas admis par les principes; mais on accorde une action utile à celui qui a acheté de bonne foi la chose d'autrui, d'un tiers, qui la lui a vendue sciemment.

D. En quoi consiste l'obligation de garantie?

R. 1° A assister l'acheteur en cause;

2° Au remboursement du prix;
3° Au paiement des impenses faites à la chose?
4° Aux dommages-intérêts.

D. Ces dommages ne sont-ils pas souvent déterminés d'avance?

R. Ils peuvent l'être par une clause pénale. A l'origine, comme l'acheteur n'avait pas action de plein droit, ni pour la restitution du prix, ni pour les dommages, et qu'il était bon de les déterminer, par le motif que nous avons vu, on eut recours à une stipulation dite *duplæ*, par laquelle le vendeur promettait de payer le prix et tout autant à titre de peine. C'est cette *cautio per repromissionem*, qui est obligatoire pour le vendeur d'esclaves, d'animaux, de choses précieuses, d'après l'édit des édiles.

D. Qu'en est-il résulté?

R. Suivant la règle que les clauses d'usage sont sous-entendues dans les contrats de bonne foi, on permet à l'acheteur évincé de demander le double au vendeur même qui ne le lui a pas promis.

D. Dans quelle mesure, au contrat de vente, les parties réparent-elles leurs fautes?

R. En principe, comme il est dans l'intérêt de chacune, elles doivent se prester réciproquement la faute légère. Mais cette responsabilité est aggravée par la *custodia*. Si la chose, avant la livraison ou avant la rétrotradition, périt entre les mains du vendeur ou de l'acheteur, par une faute même très-légère, il reste tenu.

D. Mais si la chose périt ou se détériore par cas fortuit, qui en supporte le risque?

R. L'acheteur. Il en est de même en droit français (C. C., art. 1138, 1583-1585).

D. Chez nous la vente est translative de propriété, et si l'acheteur supporte la perte de la chose, arrivée avant la tradition, c'est qu'elle lui appartient: *res perit domino*. En droit romain, avez-vous dit, la vente n'est pas translative. Comment expliquer qu'on y arrive à la même solution?

R. Soit parce que la règle *res perit domino* n'avait pas chez les Romains la même généralité que chez nous, soit parce qu'ils ne tenaient aucun compte des droits réels dans la matière toute contractuelle de la vente, ils ont demandé la solution de la délicate question des risques à un autre principe : *debitor speciei interitu rei liberatur.*

D. Pour qui les accroissements de la chose ?

R. Ils sont, de même, pour l'acheteur, et c'est précisément une considération qu'on fait valoir, bien qu'assez faible, pour justifier la solution qui précède.

D. Cette solution est-elle sans exceptions ?

R. Au contraire. Elle ne s'applique pas :

1° Aux ventes de genre,

2° A celles vraiment conditionnelle,

3° A celle de la chose d'autrui,

4° Dans les ventes ordinaires, à tous les cas où le débiteur répond du cas fortuit, notamment si la chose a péri par un vice ancien.

D. Et si la chose a péri par un fait non fautif du vendeur ?

R. La perte encore est pour lui. Le débiteur, avons-nous vu, ne peut se libérer lui-même.

D. Comment explique-t-on l'exception, quant à la vente de la chose d'autrui ?

R. Ne pas l'admettre, c'eût été subvenir à la mauvaise foi, puisqu'on est en présence d'un vendeur de bonne ou mauvaise foi, qui demande, en général, à s'enrichir sans cause aux dépens de l'acheteur. Pour éviter ce scandale, on recourait à des expédients. Quand la chose a péri, le vendeur doit, tout au moins, livrer ce qui en reste, et notamment céder les actions contre le tiers responsable du cas fortuit, qui peut n'être qu'un fait fautif de sa part ; comme s'il a mis le feu à la maison, favorisé la fuite de l'esclave, etc. Comme le vendeur de la chose d'autrui ne le peut faire, cela fournit une exception à l'acheteur qu'il actionne. Et si le paiement a eu lieu

par suite de l'ignorance de l'acheteur, à raison de cette même exception négligée par lui, il peut le répéter. Hors du cas où il y avait lieu à cession des actions ou des débris, une certaine opinion déchargeait encore l'acheteur du paiement de son prix; elle finit probablement par être acceptée.

D. Quelles actions naissent de la vente?

R. Deux : celle *empti* ou *ex empto*, pour l'acheteur; celle *venditi* ou *ex vendito*, pour le vendeur.

D. Quel est leur caractère commun?

R. Elles sont civiles, personnelles, directes, de bonne foi.

D. Qu'obtient-on par l'action *empti?*

R. Tout ce à quoi l'acheteur a droit :

1° La livraison de la chose et de ses accessoires;

2° L'accomplissement des promesses d'usage;

3° La responsabilité de la perte fautive ou de la détérioration;

4° La cession des actions, en cas de détérioration ou perte non imputable;

5° La garantie des vices rédhibitoires et des qualités annoncées;

6° La garantie en cas d'éviction;

7° Les impenses faites à la chose, au cas de rescision; mais sur ce dernier point le droit de rétention rend l'action *empti* souvent superflue.

D. Qu'obtient-on par l'action *venditi*?

R. Tout ce que le vendeur peut demander :

1° Le paiement du prix, avec les intérêts à partir, soit de la demeure, soit de la tradition;

2° Les impenses faites jusqu'à ce jour, de bonne foi, à la chose;

3° La responsabilité des fautes, notamment au cas de rescision, où le vendeur doit recouvrer la chose, qui peut être alors détériorée ou perdue;

4° L'exécution des clauses accidentelles, réméré, pacte commissoire, etc.

D. L'acheteur a-t-il d'autres actions?

R. Très-souvent la *condictio* ou l'action *ex stipulatu*, en vertu des stipulations forcées.

D. Mais quelle peut être leur utilité, à l'époque où elles ont été suppléées, où par l'action *empti*, on peut obtenir, avez-vous dit, la garantie des vices rédhibitoires, et même celle *duplæ*, à l'éviction?

R. Il y a plusieurs avantages, tenant à ce que la stipulation, si elle a été employée, donne à la vente son action de droit strict.

D. Quelles autres actions a l'acheteur, relativement aux vices cachés?

R. Il y en a deux : celle rédhibitoire, s'il demande la reprise; celle *æstimatoria* ou *quanti minoris*, s'il préfère obtenir une réduction de prix.

D. Quel est leur caractère commun?

R. Elles sont quotidiennes, temporaires, personnelles, de bonne foi.

D. Combien durent-elles de temps?

R. Cela a varié; mais on dit communément que l'acheteur a six mois pour obtenir la rédhibition, et un an pour la réduction de prix.

D. Le vendeur a-t-il d'autres actions?

R. Il a la *condictio*, pour le paiement du prix, s'il a eu la précaution de le stipuler, pour acquérir une obligation de droit strict; ce qui se faisait très-fréquemment. Il a celle *præscriptis verbis*, pour l'exécution des conventions accessoires à la vente, formant de simples contrats innommés, par exemple, le pacte de réméré, l'*in diem addictio*, etc.

D. Mais vous venez de dire qu'on peut obtenir l'exécution de ces pactes par l'action *venditi!*

R. Oui, il y a pluralité d'actions pour le même objet, comme nous venons de le voir. Ce cumul s'explique aussi historiquement. Originairement il n'y avait pour ces pactes que l'action *præscriptis verbis*; plus tard, on y accommode, selon les rôles, les actions *empti* et *venditi*. Enfin nous trouvons au Digeste, en ce qui concerne les pactes résolutoires, la théorie de

la *rètro-translation* de la propriété par l'effet de la condition. Le vendeur, dès-lors, n'a besoin d'aucune action personnelle. Il exerce la revendication.

Section 4e. — *Modalités de la vente.*

D. La vente admet-elle des modalités ?

R. Oui, elle peut être pure ou sous condition, à terme, etc.

D. Quand est-elle vraiment conditionnelle ?

R. La vraie condition, avons-nous vu, est celle suspensive. La vente sous condition résolutoire est réputée pure. Dès l'échange des consentements, les parties sont respectivement débitrices et créancières.

D. Quelle importance a cette distinction ?

R. Une très-grande. Dans la vente conditionnelle, les risques restent sur la tête du vendeur, et, si l'acheteur est mis en possession, comme il n'a pas de titre, il ne peut usucaper.

D. Les risques sont-ils toujours au vendeur, dans la vente conditionnelle ?

R. Non, en effet. Il faut distinguer entre celui qui amène la perte de la chose et celui qui cause une simple détérioration. Dans ce dernier cas, le contrat subsiste et, en cas d'événement, l'acheteur prend livraison, sans diminution de son prix. C'est une hypothèse où l'on observe, chose bizarre, que le vendeur a intérêt à la destruction entière de la chose.

D. N'y a-t-il pas des ventes tacitement conditionnelles ?

R. Oui, celles des choses qui se vendent à la dégustation, au poids, au compte, à la mesure. Dans la vente à la dégustation, il y a une condition suspensive potestative. Dans les autres, si la marchan-

dise périt avant d'être nombrée, pesée, etc., le prix reste indéterminé, les obligations nulles, les risques au vendeur ; ce qui imite la vente conditionnelle, dans sa nature et ses effets.

D. Mais si les marchandises sont vendues en bloc, un troupeau, un tas de blé déterminé ?

R. En ce cas, le pesage, la numération, est superflue pour déterminer le prix ; la vente est pure et définitive. Il en est de même du cas où l'on vend pour tel prix ou pour tant l'unité, un certain nombre de muids du vin qui est dans la cave ou de têtes de tel troupeau. Si la cave brûle ou que le troupeau périsse, la perte est pour l'acheteur (C. C., 1585, 1586).

D. La vente peut-elle être faite sous des modalités où se combinent le terme et la condition ?

R. Oui. C'est ce qu'on observe dans la vente à l'essai et le contrat qu'on nomme l'*in diem addictio*.

D. Comment peut se produire la vente à l'essai?

R. La condition potestative dont l'accomplissement doit avoir lieu dans un délai préfixe, ce qui l'empêche d'être potestative pure, est tantôt suspensive, tantôt résolutoire ; c'est-à-dire qu'on subordonne à la satisfaction de celui à qui la marchandise est offerte, tantôt la conclusion d'une vente encore inexistante et tantôt la résolution d'un contrat dès à présent conclu. Ces nuances, assez délicates, peuvent donner lieu à des procès, et voilà pourquoi en droit français la vente à l'essai est sous condition toujours suspensive (C. C., 1588).

D. Qu'est-ce que l'*in diem addictio* ?

R. C'est le contrat où le vendeur se réserve de disposer autrement de sa chose, s'il en trouve meilleur prix, dans un délai déterminé.

D. Sous quelle forme peut-il se produire?

R. Là aussi, la condition peut être suspensive : je vous vendrai ma chose, si avant un mois je n'en trouve un meilleur prix ; ou résolutoire : je vous vends ma chose, et si, dans le délai d'un mois, j'en trouve

un meilleur prix, je vous la reprendrai. Il est bon encore de distinguer ces deux conventions au point de vue des risques.

D. Mais ces conditions sont potestatives pures, car le vendeur peut cacher à l'acheteur ou feindre le marché préférable.

R. Elles dépendent, à la vérité, quelque peu, des diligences du vendeur; mais l'acheteur est recevable à démasquer les fraudes, puisque le dol doit être absent du contrat.

D. Qu'est-ce que la *lex commissoria?*

R. La clause que le contrat sera résolu, de plein droit, si l'une des parties manque à exécuter ses obligations. On l'emploie particulièrement contre l'acheteur, en prévoyant le défaut de paiement du prix.

D. Qu'est-ce que le pacte de réméré?

R. La clause que le vendeur recouvrera sa chose si, dans un délai déterminé, il rend l'acheteur indemne, par le remboursement du prix, des intérêts, frais et impenses. Le délai ne peut être prolongé par le juge (C. C., 1659 et 1661).

D. Les parties peuvent-elles le fixer librement?

R. Oui. La loi française y met un *maximum* pour ne pas laisser trop longtemps subsister des droits de propriété résoluble (art. 1660).

D. La vente est-elle conditionnelle, dans ces deux cas?

R. Non. Elle est pure. Il s'ensuit que l'acheteur commence à usucaper et que, si la chose périt, le vendeur retient le prix.

Section 5e. — *Rescision de la vente.*

D. Ne rescinde-t-on pas ce contrat plus volontiers que ceux étudiés précédemment, la plupart de droit strict ?

R. Oui. La vente est rescindée par suite de certains vices du consentement, de l'inexécution des conditions, de la lésion, enfin par le mutuel dissentiment des parties.

D. Quand la vente est-elle rescindée pour vice du consentement ?

R. Il faut distinguer quel est celui qui s'y est produit. Ces vices la rendent tantôt nulle, tantôt annulable.

D. Quel est l'effet de l'erreur ?

R. Elle peut être de trois natures et a ainsi des effets différents :

1° Elle peut porter sur l'identité de la chose, cas auquel le contrat, comme la stipulation ou l'expensilation, est nul ;

2° Sur les qualités constitutives de la chose ; erreur substantielle qui rend le contrat rescindable ;

3° Sur des qualités secondaires, accessoires, cas auquel le contrat subsiste.

D. Qu'appelez-vous la substance de la chose ?

R. Il y a de ce mot une explication presque matérielle, plus claire que les définitions philosophiques. C'est ce qui constitue pour chaque chose sa détermination, son *nomen appellativum*. J'achète une maison, comme moulin ; mais elle n'a ni chute d'eau ni artifices ; ce n'est donc pas un moulin. Au contraire, elle a une chute d'eau bien moins puissante que je le pensais ; les artifices sont ruinés ; en ce cas, l'erreur porte sur des qualités secondaires, et, à moins qu'elle n'ait été imposée par dol, le contrat sera maintenu.

D. Quel est l'effet du dol ?

R. Il faut distinguer le dol principal, qui rend le contrat annulable, celui secondaire, qui donne lieu à une action en redressement (C. C., 1116).

D. Qu'est-ce que le dol principal ?

R. On l'appelle *dolus malus dans causam contractui*. C'est celui qui a donné une opinion erronée à l'une des parties, sans laquelle elle n'eût pas traité, soit comme acheteur, soit comme vendeur.

D. Qu'est-ce que le dol accessoire ou incident?

R. Celui employé vis-à-vis d'une partie déterminée à traiter, mais par suite duquel son marché a été désavantageux. C'est l'action *empti* ou celle *venditi*, qui en fait réparer les conséquences.

D. Quel est l'effet de la violence ?

R. Comme elle renferme un dol caractérisé, on décide à l'égard de ce vice, comme pour le dol et en faisant la même distinction.

D. N'y a-t-il donc pas de différences entre l'un et l'autre vice ?

R. Si fait. La violence a un effet absolu, en ce qu'on peut demander la rescision ou la réparation du préjudice, à l'égard de toutes personnes, qui y ont ou non participé. Le dol, au contraire, ne peut être invoqué qu'à l'encontre de la partie adverse dont il émanerait ou qui aurait eu connaissance des manœuvres dolosives (C. C. 1111, 1116). On dit quelquefois que la violence a des effets réels et le dol des effets personnels.

D. Quel est l'effet de la lésion?

R. La lésion n'est pas, à proprement parler, un vice du consentement. Elle n'a longtemps servi à faire rescinder la vente que pour les personnes que le prêteur restitue contre tous engagements. Mais, sous l'ère impériale, par deux rescrits de Dioclétien et Maximien, elle est admise comme cause de rescision, dans l'intérêt du vendeur d'immeuble, quand elle atteint au delà de moitié de la valeur de la chose.

D. La rescision s'applique-t-elle à l'acheteur, s'applique-t-elle au vendeur de meubles?

R. On pense que non, parce que les constitutions ne parlent que du vendeur, et du vendeur d'immeuble. La règle romaine semble donc avoir été entièrement conforme à celle de notre droit; sauf que, chez nous, on exige que la lésion soit supérieure aux 7/12mes, modification étrange et fâcheuse du principe des anciens (art. 1674).

D. Le défendeur à la rescision demandée pour cette cause peut-il y échapper?

R. Oui, s'il veut parfaire le prix (C. C., 1681, 891).

TITRE XXIV

Du louage.

Section 1re. — *Nature et conditions essentielles du contrat.*

D. Qu'est-ce que le louage?

R. Un contrat par lequel on procure à quelqu'un moyennant la dation d'un prix, pour un temps déterminé, la jouissance continue d'une chose, l'avantage qu'on peut retirer de son exploitation, ou les services d'une profession vénale.

D. Quelles dénominations donne-t-on au contrat et aux parties?

R. Les parties reçoivent la désignation générique de *locator* et *conductor*. Celle du contrat, comme l'*emptio-venditio*, exprime les deux rôles ; c'est *locatio-conductio*.

D. Pourquoi, dans la définition, dites-vous la jouissance d'une chose, etc. ?

R. Parce que le louage peut avoir des objets fort variés.

D. Pourquoi dites vous pour un temps déterminé ?

R. Parce que la délivrance que fait le *locator rei* comporte l'obligation de rendre et n'a pas d'effets perpétuels, comme celle accomplie par le vendeur.

D. Pourquoi moyennant la dation d'un prix ?

R. Parce que, comme la vente, ce contrat doit être intéressé, au moyen d'une somme d'argent transférée en propriété.

D. Pourquoi la jouissance continue d'une chose?

R. Parce que le *locator rei* est tenu non seulement de délivrer la chose, pour que le *conductor* en retire le profit, mais encore de l'entretenir en état de servir à sa jouissance.

D. Pourquoi dites-vous d'une profession vénale ?

R. Parce que les professions libérales, dont l'exercice est rémunéré au moyen de l'honoraire, sont désintéressées. Leur prestation par suite de contrat constitue le mandat, non le louage.

D. Quel est le caractère général du louage ?

R. C'est un contrat ordinairement consensuel, pleinement synallagmatique, de bonne foi, à titre onéreux.

D. Quand est-il formé ?

R. Dès que les parties sont d'accord sur les éléments du contrat, dans l'ancien droit. Sous Justinien, on admet généralement que ce qu'il dit de la vente avec acte écrit s'applique aussi au louage. Peut-être avait-on aussi étendu en cette matière sa disposition au sujet des arrhes.

D. Quelle capacité faut-il avoir pour figurer au louage ?

R. Celle de s'obliger, en général. Toutefois, le louage étant un acte d'administration, sera permis à certaines personnes qui ne pourraient pas vendre ; par exemple, aux fils de famille et aux esclaves, pour les biens composant les pécules dont ils ne sont pas propriétaires. De même sous Justinien, celui qui a un droit d'habitation peut louer et non vendre. Le mari peut louer le fonds dotal, qu'il ne peut aliéner.

D. N'y a-t-il pas des personnes capables et qui ne peuvent prendre à bail?

R. Diverses prohibitions datent de l'ère impériale :

1° Les décurions ne peuvent prendre des biens à ferme ;

2° La même prohibition frappe les militaires, le clergé, pour qu'ils ne soient pas détournés de leurs devoirs ;

3° Les tuteurs et curateurs ne peuvent louer les biens du fisc ou de l'Etat, pour qu'il n'y ait pas cumul d'hypothèques sur les leurs.

D. Le louage peut-il recevoir des modalités ?

R. Oui, il peut être pur, à terme ou conditionnel. Le terme est même de l'essence de ce contrat, comme le dit ma définition.

D. Le terme est-il toujours exprimé ?

R. Il est, au contraire, très-souvent tacite. La ferme des impôts est tacitement faite pour commencer avec l'annuité. Le louage d'industrie pour un mois, un an, suivant les usages, ou jusqu'à la fin de l'ouvrage.

D. La condition est-elle parfois aussi tacite?

R. Oui. Le louage peut être à l'essai, comme la vente. Il est également conditionnel, quand on loue des choses non fongibles dont on déterminera plus tard la quantité, par exemple un troupeau à tant par tête. Le contrat est tacitement fait sous cette condition que la numération aura lieu.

D. Ne peut-il pas se faire aussi que, sous le bénéfice d'un certain événement certain ou incertain, le louage doive être, alternativement ou successivement, tel ou tel contrat.

R. Oui. Par exemple, je vous prête mon cheval, et, si tel événement arrive, ou à partir de tel terme, vous m'en paierez un loyer. Cela se rencontre surtout pour la vente. On peut citer l'exemple d'une chose remise à l'essai, à prendre à bail ou en vente ; d'une chose dont on jouira deux ans, dix ans, comme locataire, et dont on sera acheteur après ce temps: enfin le trait singulier, atroce même, que nous fournit Gaïus sur ce point (III, § 146).

D. Combien y a-t-il d'espèces de louage?

R. Trois, à raison de l'objet du contrat.

D. Quelle est la première?

R. *Locatio rei.* Les choses qu'on peut louer sont naturellement très-variées, comme celles qu'on peut vendre. A raison de leur nature, les parties reçoivent des dénominations spéciales : *inquilinus* (*insula*), pour le locataire d'une maison ; *colonus*, pour celui d'un bien rural ; *publicanus*, pour celui qui a pris à ferme la perception des impôts.

D. Quelles choses peut-on louer?

R. Toutes celles qui se prêtent à la jouissance privée, lors même qu'elles se refuseraient à l'appropriation. On peut donc affermer certains biens qu'on ne pouvait vendre, ceux de l'Etat, de l'Eglise, des municipes, de la dot. On peut louer les choses futures, en prenant pour terme au bail un temps postérieur à leur naissance. La location des impôts, par exemple, est toujours d'une chose future.

D. Peut-on louer les choses fongibles?

R. Voilà, au contraire, une classe de biens qui peut se vendre et ne peut se louer, en général. Nous avons vu, toutefois, que leur caractère est relatif, surtout à l'intention des parties, et qu'elles ne sont pas tout à fait insusceptibles du commodat. Les mêmes

D. Quelle capacité faut-il avoir pour figurer au louage?

R. Celle de s'obliger, en général. Toutefois, le louage étant un acte d'administration, sera permis à certaines personnes qui ne pourraient pas vendre; par exemple, aux fils de famille et aux esclaves, pour les biens composant les pécules dont ils ne sont pas propriétaires. De même sous Justinien, celui qui a un droit d'habitation peut louer et non vendre. Le mari peut louer le fonds dotal, qu'il ne peut aliéner.

D. N'y a-t-il pas des personnes capables et qui ne peuvent prendre à bail?

R. Diverses prohibitions datent de l'ère impériale:

1° Les décurions ne peuvent prendre des biens à ferme;

2° La même prohibition frappe les militaires, le clergé, pour qu'ils ne soient pas détournés de leurs devoirs;

3° Les tuteurs et curateurs ne peuvent louer les biens du fisc ou de l'Etat, pour qu'il n'y ait pas cumul d'hypothèques sur les leurs.

D. Le louage peut-il recevoir des modalités?

R. Oui, il peut être pur, à terme ou conditionnel. Le terme est même de l'essence de ce contrat, comme le dit ma définition.

D. Le terme est-il toujours exprimé?

R. Il est, au contraire, très-souvent tacite. La ferme des impôts est tacitement faite pour commencer avec l'annuité. Le louage d'industrie pour un mois, un an, suivant les usages, ou jusqu'à la fin de l'ouvrage.

D. La condition est-elle parfois aussi tacite?

R. Oui. Le louage peut être à l'essai, comme la vente. Il est également conditionnel, quand on loue des choses non fongibles dont on déterminera plus tard la quantité, par exemple un troupeau à tant par tête. Le contrat est tacitement fait sous cette condition que la numération aura lieu.

D. Ne peut-il pas se faire aussi que, sous le bénéfice d'un certain événement certain ou incertain, le louage doive être, alternativement ou successivement, tel ou tel contrat.

R. Oui. Par exemple, je vous prête mon cheval, et, si tel événement arrive, ou à partir de tel terme, vous m'en paierez un loyer. Cela se rencontre surtout pour la vente. On peut citer l'exemple d'une chose remise à l'essai, à prendre à bail ou en vente ; d'une chose dont on jouira deux ans, dix ans, comme locataire, et dont on sera acheteur après ce temps ; enfin le trait singulier, atroce même, que nous fournit Gaïus sur ce point (III, § 146).

D. Combien y a-t-il d'espèces de louage ?

R. Trois, à raison de l'objet du contrat.

D. Quelle est la première ?

R. *Locatio rei.* Les choses qu'on peut louer sont naturellement très-variées, comme celles qu'on peut vendre. A raison de leur nature, les parties reçoivent des dénominations spéciales : *inquilinus* (*insula*), pour le locataire d'une maison ; *colonus*, pour celui d'un bien rural ; *publicanus*, pour celui qui a pris à ferme la perception des impôts.

D. Quelles choses peut-on louer ?

R. Toutes celles qui se prêtent à la jouissance privée, lors même qu'elles se refuseraient à l'appropriation. On peut donc affermer certains biens qu'on ne pouvait vendre, ceux de l'Etat, de l'Eglise, des municipes, de la dot. On peut louer les choses futures, en prenant pour terme au bail un temps postérieur à leur naissance. La location des impôts, par exemple, est toujours d'une chose future.

D. Peut-on louer les choses fongibles ?

R. Voilà, au contraire, une classe de biens qui peut se vendre et ne peut se louer, en général. Nous avons vu, toutefois, que leur caractère est relatif, surtout à l'intention des parties, et qu'elles ne sont pas tout à fait insusceptibles du commodat. Les mêmes

qui pouvaient en être l'objet pourront être louées.

D. Peut-on louer la chose d'autrui ?

R. Tout aussi bien que la vendre : mieux encore, puisque la jouissance temporaire du *conductor* risque moins d'être traversée par une revendication.

D. Le louage est-il donc nul, si elle se produit ?

R. Non. Si le *conductor* est de bonne foi, il a droit à des dommages-intérêts, soit qu'on ne puisse lui faire la délivrance de la chose, soit qu'il s'en trouve ensuite évincé. Il en est de même au cas du louage des choses qui ne peuvent être effectivement l'objet du contrat, sacrées, religieuses, saintes. Les principes sont les mêmes en droit français, où le Code a négligé de reproduire la mention de l'art. 1599.

D. Quelle est la seconde espèce de louage ?

R. Celui d'industrie, *locatio operarum*. Le *locator* s'y nomme *mercenarius*; toute industrie vénale et honnête en peut être l'objet.

D. Quelle est la troisième espèce ?

R. Celui d'entreprise, *operis faciendi*. Le *locator* y remet un certain ouvrage à faire à un preneur, qui reçoit le nom spécial de *redemptor* et accepte l'entreprise pour bénéficier sur le prix fixé en bloc ou sur les conditions d'un devis détaillé.

D. Quelle peut être la nature du travail ?

R. Très-variée, comme dans le louage d'industrie. On le ramène à ces deux genres, il pourra donner : 1° un résultat, un produit immatériel, comme s'il s'agit de couper une moisson, de porter des dépêches ou des marchandises ; 2° une création qui tombe sous les sens, comme un temple, un pont élevé.

D. N'y a-t-il pas difficulté à distinguer cette espèce de louage des précédentes ?

R. Oui. Le *locator* y remet souvent son bien à l'entrepreneur, comme dans la *locatio rei* ; le *redemptor* fournit son travail, comme dans la *locatio operarum*. Ailleurs, le *locator* reçoit le prix ; ici, il le fournit. Malgré ce signe, il est malaisé de déterminer qui

est le *locator*. De même, en droit français, on a peine à distinguer l'entrepreneur et l'ouvrier, dont les rôles sont cependant différents, et, chez les Romains, le mot *redemptor* est plus facilement employé que chez nous ceux d'entrepreneur, *tâcheron*, *prixfataire*. Ainsi nous convenons que je transporterai des marchandises dans mon navire ; suis-je *locator* de la barque, de l'industrie ou *redemptor* des marchandises ? C'est une question insoluble.

D. Et qu'importe ici la précision ?

R. Elle importe pour le calcul de la responsabilité et au point de vue des actions. Si le preneur demande celle de bailleur, il se la voit refuser.

D. Quelles choses sont essentielles ici ?

R. Le consentement, le prix, la chose, comme dans la vente et, de plus, le laps de temps.

D. Comment s'appelle le prix de louage ?

R. En général, *merces*. Il y a aussi des dénominations particulières, *locarium* (d'où loyer), *pensio*, *reditus*, pour le bail des immeubles ; *manupretium*, pour le louage d'industrie.

D. Quelles qualités doit avoir la *merces* ?

R. Comme le prix de la vente, elle doit être formée d'argent, déterminée, sérieuse et juste.

D. La *merces* consiste-t-elle toujours en argent ?

R. Oui. Dans le louage des biens ruraux, on peut faire consister en une certaine remise des fruits ce que doit payer chaque année le cultivateur. Mais, suivant beaucoup d'auteurs, le contrat dégénérerait précisément alors, et serait une société.

D. Et si on convenait, hors de là, que la *merces* sera payée en denrées, meubles, etc.

R. Il pourrait y avoir encore société, ou, en tout cas, contrat innommé, comme dans l'exemple des taureaux, fourni aux Instituts (*hic*, § 2).

D. Comment faut-il déterminer la *merces* ?

R. Les règles sont ici exactement celles exposées pour la vente. Ainsi la détermination peut être

faite par référence ou remise à l'arbitrage d'un tiers.

D. Que serait le contrat gratuit?

R. Si on voulait faire un louage sans prix, ou *vino nummo*, on aurait le mandat ou la gestion d'affaires, ou le commodat, ou un contrat innommé.

D. Quand reconnaîtrait-on ces contrats nommés?

R. Si l'on fournit gratuitement sa chose à quelqu'un, il y a commodat; si c'est son industrie, il y a mandat ou gestion d'affaires.

D. Et quand le contrat innommé?

R. Dans les autres hypothèses, comme quand on demande le travail d'un ouvrier sans lui promettre de salaire, ou en promettant ce qui est juste. Mais si on lui avait annoncé la *journée* ou le salaire d'usage, il y aurait un louage, dont la *merces* serait déterminée par référence.

D. La *merces* doit être juste. Est-ce une condition essentielle?

R. Non. Le prêteur rescinde, pour les personnes à qui il a coutume de subvenir, le louage où l'une des parties est lésée. En outre, dans un certain système, on pense que la rescision fut admise en matière de louage, comme de vente, pour le locateur d'immeubles. (argument des L. 29 in f. *de ædilitio ed.* et 1, § 13 *si quid in fraudem*), mais cela est douteux.

Section 2e. — *Effets du contrat.*

D. Quelles sont les obligations du locateur?

R. Deux présentes et une éventuelle, différée.

D. Quelle est la première obligation?

R. De fournir, selon la nature du contrat, ce qu'il doit pour la jouissance du *conductor*, c'est-à-dire sa chose ou son industrie, ou le lieu où l'ouvrage doit être entrepris, établi.

D. Le *locator rei* peut-il se refuser à la déli-

rance avant que le prix ait été payé, comme le vendeur?

R. Non; on ne le lui accorde pas.

D. Quel est le motif de la différence?

R. La tradition qu'il fait, n'étant pas translative de propriété, ne lui enlève nulle des actions avec lesquelles il pourrait recouvrer sa chose aux mains d'un tiers détenteur. En outre il a une sûreté réelle dans l'hypothèque, qui est de la nature du bail des maisons et biens ruraux. On peut en dire autant du *locator operarum*, qui détient communément la chose du *conductor*, et peut opposer le droit de rétention.

D. Quelle est la seconde obligation présente?

R. C'est d'entretenir la chose en état de servir à la jouissance du *conductor* (dans le louage de choses), et de même, dans les autres, d'assurer la continuité de l'avantage que lui procure l'industrie.

D. Quelle est l'obligation éventuelle et différée?

R. De garantir le *conductor* en cas d'éviction, ce qui comprend la privation de la chose, en cas de *locatio rei*, et la ruine de l'ouvrage dans le louage d'entreprise.

D. Quelles sont les obligations du *conductor*?

R. Il a aussi deux obligations présentes et une éventuelle.

D. Quelle est la première?

R. De payer le loyer, à moins qu'il ait terme.

R. N'y a-t-il pas parfois remise de partie de cette obligation qui est généralement successive?

D. Oui. C'est quand il y a perte totale ou partielle de la jouissance durant un certain temps; par exemple, si une aile de la maison louée vient à s'écrouler, sans que l'ensemble cesse d'être propre à l'usage convenu; quand il y a perte d'une récolte par la force des éléments ou des hommes, *vi divina aut vi humana*.

D. Quelle proportion doit atteindre la perte pour qu'il y ait remise?

R. Le contrat étant de bonne foi, le juge fait le

compte des parties, *ex æquo et bono*. Toutefois il doit négliger ce qui est peu important et faire la part de la compensation que peuvent avoir donnée les bonnes années. En somme, il faut une perte extraordinaire, *plus quam tolerabile*; (C. C., art. 1769 et s.) en droit français, on demande outre moitié et le compte de compensation est posé en principe par la loi même.

D. Quelle est la seconde obligation?

R. Une obligation, successive aussi, pour le *conductor rei* ou *operis*, de veiller à la garde de la chose qui lui est remise à titre vraiment fiduciaire.

D. Quelle est l'obligation éventuelle?

R. Celle, en certains cas, de rendre la chose, avant le terme expressément ou tacitement convenu entre les parties.

D. A qui sont les risques de la chose louée?

R. On peut faire ici des distinctions :

1o Dans la seconde et la troisième espèce, cette chose étant immatérielle, il n'y a pas de risques. Il y a, il est vrai, des biens, mis aux mains du *locator* ou *conductor* : distinguons pour ceux-là encore. La perte fortuite de ceux qui ont été confiés, sauf demeure ou garantie promise, reste pour le propriétaire. Si l'*opus* en construction vient lui-même à périr, c'est pour le *redemptor*; s'il est achevé, la perte est pour le *locator*, à moins qu'il ait été convenu qu'il en serait fait une tradition-réception et qu'elle n'ait pas eu lieu;

2o Dans la *locatio rei*, la chose est aux risques du propriétaire, comme dans le commodat, etc.

D. Comment s'apprécie la responsabilité?

R. Comme dans la vente. Le contrat est dans l'intérêt des deux parties et elles se doivent, en principe, garantie des fautes légères. Mais cette responsabilité est aggravée par la *custodia*. Celui qui a la chose d'autrui entre mains, à titre de *locator* ou *conductor*, y doit veiller plus qu'à la sienne et répond de la perte ou des détériorations arrivées par sa faute très-légères. Cette disposition a passé dans le droit

français, même aggravée pour le cas d'incendie, où il y a présomption de faute (C. C., art. 1732, 1733 et s.)

D. Quel est le caractère du droit de preneur dans la *locatio rei?*

R. Il est purement personnel. Le *conductor* n'a aucun droit direct sur la chose; mais seulement de demander au *locator* de lui en assurer la jouissance. Celui-ci a toujours un moyen bien simple de faire cesser le bail; c'est d'aliéner la chose, parce que l'acquéreur, en sa qualité d'ayant-cause, ne succède pas à l'obligation du *locator* et n'est pas tenu d'entretenir le bail. En ce cas, le *conductor* n'a qu'une action en dommages-intérêts.

D. Le *conductor* peut-il céder son bail, ou une partie des choses louées?

R. Oui, si la convention ne s'y oppose (C. C., art. 1717). Mais, à moins de novation intervenue avec le *locator*, il reste tenu du paiment du loyer et de ses autres obligations.

D. Quelles différences y a-t-il entre le *conductor rei* et le commodataire?

R. 1° Le commodant n'a, à proprement parler, aucune obligation de par le contrat; il s'ensuit que le commodataire n'a aucun droit.

2° Ce qui lui est accordé, c'est un certain usage, déterminé, de la chose sans aucune jouissance, tandis que le *conductor* a l'un et l'autre.

3° Quand le *locator*, intempestivement ou sans motif, veut enlever la chose au *conductor*, le magistrat refuse l'action; dans ce cas, il l'accorde contre le commodataire, qui se défend par une exception.

4° L'usage du commodataire est gratuit.

5° Il cesse quand le commodant a besoin de la chose: celui du *conductor* seulement si le besoin est indispensable.

D. Quelles différences y a-t-il entre le *conductor rei* et l'usufruitier?

R. 1° Le *conductor* jouit nécessairement en vertu

d'un contrat à titre onéreux, tandis que l'usufruit s'établit généralement par donation ou testament.

2o De là suit, que la jouissance du preneur est payée, tandis que celle de l'usufruitier est ordinairement gratuite.

3o Le droit du premier est purement personnel; celui du second est réel et lui donne action contre les détenteurs, contre les acquéreurs de la chose.

4° Le droit de l'usufruitier est généralement viager, celui du locataire limité à un terme certain.

5° L'usufruitier paie les impôts du fonds, dont le *conductor* n'est pas chargé.

6° Si une récolte vient à manquer, l'usufruitier est en perte, non le fermier.

7° La chose ou sa jouissance venant à périr, c'est pour l'usufruitier, en ce sens qu'il est privé du prix qu'il a payé ou de l'avantage qu'on avait voulu lui faire. Dans ce cas, le *conductor* est indemne, en ce qu'il n'a plus de loyers à payer.

8° Le *locator* peut retirer la chose à son locataire, en cas de besoin absolu ou par l'aliénation. Il ne le peut à l'usufruitier.

9o Le droit de l'usufruitier s'éteint par sa mort ou sa *capitis deminutio* jusqu'à Justinien, et non celui du *conductor*, sauf dans la *locatio operis*.

D. Quelles actions naissent du contrat?

R. Celle *locati* ou *ex locato*, pour le *locator*; celle *conducti* ou *ex conducto* pour le *conductor*.

D. Quel est leur caractère commun?

R. Elles sont civiles, personnelles, directes, de bonne foi.

D. Qu'obtient-on par l'action *conducti?*

R. Ce à quoi a droit le *conductor* :

1o Dans la *locatio rei*, la livraison de la chose, avec les accessoires nécessaires à son usage; dans la *locatio operarum*, la prestation de l'industrie; dans la *locatio operis*, la livraison des choses nécessaires à l'accomplissement ou établissement du travail;

2° La continuité de la jouissance, c'est-à-dire de l'industrie, ou l'entretien de la chose louée, comprenant la garantie des vices rédhibitoires ou des qualités annoncées, la responsabilité des détériorations imputables au *locator*, *etc.*;

3 Les dommages-intérêts, en cas de perte imputable ou de détériorations obligeant le *conductor* à faire résilier le bail;

4° La garantie de l'éviction, dans la *locatio rei*, provenant de ce que la chose est à autrui ou de ce que le bailleur l'a aliénée, soit en propriété, soit en usufruit; dans celle *operarum*, la garantie de l'ouvrage;

5° Les frais urgents faits pour la conservation de la chose louée, ou de celle remise au *redemptor* dans la *locatio operis*;

6° Dans cette dernière espèce de louage, le paiement du prix convenu.

D. Qu'obtient-on par l'action *locati?*

R. 1° Le paiement du loyer de la chose ou le salaire de l'industrie;

2° La garantie de la perte ou de la détérioration de la chose, entre les mains du *conductor* ou *redemptor*;

3° La restitution de la chose aux cas prévus par la loi ou par la convention;

4° Dans la *locatio operarum*, les frais urgents faits pour sa conservation.

D. Les parties ont-elles d'autres actions?

R. Comme dans le dépôt, etc., celui qui a remis la chose peut négliger l'action personnelle pour agir en revendication. Au cas de perte ou de détériorations imputables, on peut, suivant les circonstances, employer l'action *furti* et la *condictio furtiva* ou l'action de la loi Aquilia. Si les rôles de *locator* et *conductor* sont incertains, on agira *præscriptis verbis*.

Section 3e. — *Dissolution du contrat.*

D. Quel est l'effet des vices du consentement dans le louage ?

R. Le même que dans la vente.

D. Que dire lorsque l'erreur porte sur le prix, celui qui recherche la chose ou l'entreprise pensant qu'on lui demande plus que ne veut l'autre partie ou réciproquement ?

R. Dans le premier cas, le contrat est valable, à l'inverse de la stipulation, à cause de ce qu'il est de bonne foi. Dans le second, on ne peut appliquer l'adage : qui veut le plus, veut le moins, et le contrat est nul.

D. Dans quels cas donc le louage est-il rescindé pour vice du consentement ou lésion ?

R. 1o Quand il y a dol principal;

2o Violence ayant déterminé l'une des parties à contracter;

3o Et, dans un certain système, la lésion précisée pour la vente.

D. De quelles façons, en outre, le louage peut-il être dissous ?

R. 1o Par l'arrivée du terme que les parties y ont mis, exprès ou tacite;

2o La mort du *locator* ou du *conductor*, parfois;

3o L'aliénation de la chose en usage, usufruit, habitation ou propriété;

4o La perte de la chose ou un changement qui la rend absolument impropre à l'usage pour lequel elle a été louée (C. C. 1722, 1741);

5o La résiliation, prononcée pour inexécution des obligations, notamment celle à la requête du *conductor*, pour diminution de jouissance, et celle à la requête du *locator* pour défaut de paiement de loyer, durant deux ans.

6º **Le mutuel** dissentiment.

Toutes ces causes, pour la plupart propres à la *locatio rei*, ont un effet analogue en droit français, sauf l'aliénation, relativement à laquelle l'art. 1743, fournit un puissant argument au système de la réalité du droit du preneur.

D. Donnez des exemples du terme tacite.

R. Le bail des publicains finit avec les annuités qu'ils ont soumissionnées, le louage d'industrie avec les termes d'usage, celui d'entreprise avec la tâche.

D. Dans la *locatio rei*, le *conductor* reste souvent en jouissance de la chose au-delà du terme, sans opposition du *locator*. Le contrat est-il alors résolu?

R. Oui ; mais il se forme un nouveau louage. C'est ce qu'on nomme la tacite reconduction.

D. Quelles en sont les conditions?

R. Il faut distinguer entre les maisons et les fonds ruraux. Pour ceux-ci, bien qu'il fût d'usage de louer par lustres, la reconduction avait lieu pour un an. La règle française est ici plus logique et moins précise que le droit romain, contre l'ordinaire (C. C., art. 1776, 1774). Pour les maisons, le bail fait par écrit est renouvelé pour la même durée ; tandis que, le code civil fixe alors d'après l'usage des lieux la durée de la reconduction; (C. C., art. 1759).

D. La mort dissout-elle le contrat?

R. Non, en général, pas plus que la *capitis deminutio*. Mais il en est autrement dans la *locatio operarum*, et celle *operis*, qui renferme un louage d'industrie (C. C. 1742, 1795, conf. 1237).

D. Cela même est-il général?

R. S'il s'agit de l'industrie d'un artisan et que l'héritier exerce la profession, il peut demander à faire ou continuer l'ouvrage; en un mot la mort ne résout le contrat que lorsqu'il a été fait *intuitu personæ*.

D. Quand le louage est-il résolu par le mutuel dissentiment?

R. Il l'est dans tous les cas. Mais, je le dirai plus

loin, il faut distinguer s'il y a eu exécution ou non.

D. Cette distinction ne doit-elle pas avoir lieu pour d'autres causes de résolution mentionnées?

R. Oui. Si le dissentiment, la perte de la chose, la mort du *locator* d'industrie, se produit avant toute exécution, rien ne reste du contrat, qui est entièrement dissous. Sinon, il y a toujours compte entre les parties, pour faire remplir partiellement l'obligation corrélative à celle qui a été exécutée pour partie.

TITRE XXIV (bis)

De l'emphytéose.

SECTION 1re. — *Caractère et conditions du contrat.*

D. Qu'est-ce que l'emphytéose?

R. Un contrat par lequel on remet à perpétuité ou pour longtemps à quelqu'un sur un fonds les attributs de la propriété, moyennant le paiement d'une redevance annuelle, comme hommage au disposant.

D. Pourquoi *les attributs de la propriété?*

R. Parce que le preneur à emphytéose a sur le bien tous les attributs, dont on ne fait pas jouir le *conductor rei*, savoir l'*abusus* ou le droit de recueillir les produits extraordinaires et de disposition.

D. Pourquoi dites-vous : *moyennant le paiement d'une redevance?*

R. Parce qu'à défaut de cette condition le contrat constituerait une donation.

D. Pourquoi *annuelle?*

R. Parce que, s'il était stipulé un prix une fois payé, la vente n'étant pas nécessairement translative de propriété en droit romain, nous aurions là une vente avec des clauses spéciales.

D. Comment nomme-t-on ici les parties?

R. L'une *dominus* et l'autre *emphyteuta*. Leur droit est la propriété, directe et utile.

D. Faut-il nécessairement être propriétaire pour bailler à emphytéose?

R. Non, il suffit d'être possesseur de bonne foi à même d'usucaper.

D. Quel est le caractère du contrat?

R. Il est consensuel, en principe, pleinement synallagmatique, de bonne foi, à titre onéreux.

D. En quoi n'est-il pas pleinement consensuel?

R. Il l'était à l'origine, sous Zénon. Mais on connaît les innovations de Justinien sur la vente, qui en ont fait, en certains cas, un contrat littéral. L'emphytéose se rapproche bi[illegible] plus de la vente que le louage, et les dispositions de Justinien lui sont donc applicables; en fait, il est impossible qu'on remette à perpétuité, ou pour un temps quasi-séculaire, les attributs de sa propriété, sans se procurer une preuve écrite qu'on l'a retenue. Dès lors, la naissance des obligations sera toujours subordonnée, non plus au consentement parfait, ma[illegible] à l'écriture.

D. Quelle est l'origine du contrat?

R. C'est la conquête. Elle mettait aux mains du peuple-roi de grandes quantités de terres incultes ou dévastées par la guerre, dont il était impossible de tirer parti par la vente ou la *locatio*. C'est pourquoi on imagina de les louer avec des termes et des droits étendus, moyennant une *merces* appelée vectigal, ou de les concéder à titre perpétuel avec tous les attributs de la propriété aux indigènes soumis, sous l'obliga-

tion de payer la redevance annuelle. Pour contribuer à la prospérité des territoires annexés, chacun des preneurs était obligé, essentiellement, par le contrat, de mettre en valeur le sol qu'on lui abandonnait. De là vient le nom d'*emphytéose*.

D. Comment se fait-il alors que ce contrat soit né sous Zénon?

R. Si la convention a reçu, à cette époque, ainsi que je l'ai expliqué, le nom de contrat, et si ce contrat, seul entre tous, porte un nom grec, la convention est plus ancienne. Elle existait depuis longtemps avec effet, comme pacte prétorien. Plus anciennement encore, le domaine bonitaire des *agri provinciales* répond aux mêmes convenances.

D. Quels en sont les éléments essentiels?

R. Le consentement, la redevance, une chose, qui ne peut être qu'un bien rural, l'obligation de l'améliorer, dans la véritable emphytéose.

D. La redevance offre-t-elle les caractères que nous avons vus plus haut ?

R. Elle doit être en argent et déterminée. Mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit sérieuse ni juste, vu son caractère honorifique et non commutatif.

SECTION 2e. — *Des effets du contrat. De sa dissolution.*

D. Que signifie le mot d'emphytéose?

R. Trois choses : 1° une convention ; 2° un droit personnel avant l'exécution de la convention ; 3° un droit réel qui naît de cette exécution.

D. Quel est donc l'effet du contrat ?

R. Exclusivement de faire naître ce droit personnel pour l'emphytéote, et, pour l'autre partie, le droit personnel qui y est corrélatif.

D. D'où naîtra donc le droit réel?

R. De la tradition seule.

D. Quelles sont les obligations du bailleur en emphytéose?

R. Il n'en a qu'une, livrer.

D. Et celles de l'emphytéote?

R. Des obligations présentes et successives:

1° Améliorer le sol à lui remis;

2° Payer les impôts y afférents, et garantir le *dominus* contre les recherches à ce sujet, par exemple en produisant les quittances;

3° Acquitter annuellement le canon.

D. Quelles sont les obligations éventuelles?

R. En cas d'aliénation, on doit:

1° Dénoncer son marché au *dominus*;

2° S'il l'approuve, lui payer le *laudemium*.

D. Quelle est la nature du droit de l'emphytéote?

R. C'est un droit de propriété utile, un droit réel particulier, qu'on nomme parfois *jus prædii*.

D. Quels attributs comporte-t-il?

R. 1° Le droit à tous les produits ordinaires ou extraordinaires du sol;

2° Celui d'en modifier la substance, sans en empirer la nature;

3° La faculté de louer, engager, constituer tous droits personnels et réels relativement à la chose;

4° La transmission aux héritiers testamentaires et légitimes;

5° Le droit d'aliéner à titre gratuit ou onéreux;

6° L'usage de la revendication à titre utile.

D. Que doit faire l'emphytéote, à la cession?

R. Dénoncer son marché au *dominus*, dis-je, qui peut le prendre pour lui et retrayer ainsi le fonds.

D. Et dans le cas contraire?

R. S'il n'a pas fait cette déclaration, dans le délai de deux mois, que Justinien lui réserve à cet effet, l'emphytéote est libre de conclure avec son cessionnaire; mais alors, sauf à la rejeter sur celui-ci, il est

tenu personnellement d'acquitter une nouvelle redevance, de mutation, appelée *laudemium*.

D. Quelle en est la quotité?

R. Plus d'une fois, paraît-il, le *dominus* s'était fait chèrement payer son agrément, qui, sans doute, n'était pas obligatoire à l'origine; Justinien tarit cette source d'exactions en fixant le *laudemium* au *maximum* du 50e, soit 2 % du prix de cession.

D. Et si les parties le diminuent fictivement, pour frustrer le *dominus*?

R. A raison du droit de préemption, cette fraude tournerait à son profit.

D. Et si, au contraire, pour déjouer l'exercice de ce droit, elles enflent le prix de la cession?

R. L'emphytéote convaincu de cette supercherie est privé de son droit sans indemnité, c'est-à-dire qu'il perd ses améliorations.

D. Le cessionnaire agréé devient emphytéote du *dominus*. N'est-il pas anormal de voir liés d'obligation avec vous un ayant-cause, avec qui l'on n'a pas pactisé?

R. C'est que, précisément, le *dominus* est censé avoir traité avec lui. En fait, le propriétaire intervenait à l'acte dressé et recevait le *laudemium*, pour prix de sa signature.

D. A qui sont les risques de la chose?

R. Aux deux propriétaires. Le sol et les améliorations sont perdues pour l'emphytéote. Mais, d'autre part, le *dominus* est lésé aussi, en cas de perte totale, car le canon cesse alors.

D. Qui supporte la perte des fruits?

R. L'emphytéote seul, qui n'obtient jamais de réduction sur le canon de l'année.

D. D'où vient cette différence avec le *colonus*?

R. C'est que la *merces* est commutative, constitue comme le prix de la récolte, tandis que le canon a le caractère d'un hommage de souveraineté.

D. Quelles différences saillantes peut-on signaler entre l'emphytéote et l'usufruitier?

R. 1° L'usufruitier ne paie pas de redevance;

2° Il ne peut modifier la substance de la chose, en recueillir les produits extraordinaires, la grever de droits réels;

3° Ni même céder ; l'emphytéote peut tout cela;

4° Sous Justinien, l'usufruit s'établit par simple contrat suivant un système; le droit réel d'emphytéose continue d'exiger la tradition;

5° L'usufruit s'éteint par la mort et même jadis par la *capitis deminutio*, événements indifférents ici;

6° L'usufruitier gagne les fruits par la perception, l'emphytéote par la séparation.

D. Quelles actions naissent du contrat?

R. Une seule, qu'on nomme *emphyteuticaria* et parfois *vectigalis*.

D. Quel est son caractère?

R. Elle est civile, personnelle, toujours directe, de bonne foi.

D. Pourquoi dites-vous *toujours directe?*

R. Parce qu'elle se prête avec le même caractère à la sanction d'obligations corrélatives, à la différence des actions *commodati*, *depositi*, *etc.*

D. Quelles actions a l'emphytéote, comme sanction de son droit réel?

R. Il peut employer contre les tiers, sous le titre d'utiles, toutes les actions civiles et prétorienne accordées à la propriété ou au propriétaire putatif: la revendication, l'action *ad exhibendum*, la publicienne et la contre-publicienne; les actions confessoire, pour les servitudes actives attachées au fonds et négatoire pour celles que des tiers prétendraient y exercer. On peut même voir dirigées contre le *dominus* toutes celles de ces actions qui s'y prêtent; la revendication, par exemple, s'il a enlevé le fonds à l'emphytéote.

D. Comment se dissout le contrat ?

R. 1° Par la rescision, pour vices du consentement, dans les mêmes cas que nous avons étudiés pour la vente et le louage;

2° Par la perte de la chose;

3° Par la consolidation ou réunion de l'emphytéose à la propriété;

4° Particulièrement par le retrait que le *dominus* fait prononcer du droit de l'emphytéote qui a contrevenu à ses obligations;

5° Par la prescription;

6° Par le mutuel dissentiment;

D. Quelles sont les contraventions de l'emphytéote qui entraînent le retrait de la concession?

R. 1° S'il détériore le fonds ou néglige d'améliorer;

2° S'il ne justifie pas du paiement des impôts;

3° S'il reste deux ou trois ans, (suivant la qualité du *dominus*), sans acquitter le canon;

4° S'il vend sans dénoncer son marché ou cherche à frustrer le *dominus* du droit de préemption.

D. Comment l'emphytéose s'éteint-elle par prescription?

R. C'est un cas de consolidation particulier. Quand l'emphytéote reste dix ou vingt ans, (suivant que le *dominus* est présent ou absent), sans payer le canon, il est plein propriétaire. En effet, son titre n'est point précaire et ne lui interdit pas de prescrire.

D. Le droit de superficie offre de l'analogie avec celui d'emphytéose, pourquoi ne parle-t-on pas ici de la convention par laquelle il s'établit?

R. Parce qu'elle n'a jamais été érigée en contrat.

TITRE XXV

De la société,

Section 1re. — *Caractère, conditions constitutives, division.*

D. Qu'est-ce que la société ?

R. Un contrat par lequel plusieurs personnes mettent certaines valeurs en commun, entre elles. pour en partager les bénéfices.

D. Pourquoi dites-vous *certaines valeurs?*

R. Parce que la société peut avoir des objets variés.

D. Pourquoi dites-vous *pour en partager les benéfices ?*

R. Parce que, d'une part, bien que l'amitié puisse porter les parties à nouer ce contrat, il y a toujours considération de l'intérêt qu'on y trouve, dans la communication ou l'augmentation des bénéfices respectifs ; parce que, d'un autre côté, le partage des profits est de l'essence du contrat.

D. Quel est le caractère de la société ?

R. C'est un contrat pleinement consensuel et synallagmatique, commutatif, de bonne foi.

D. Quand est-il parfait ?

R. Dès que les parties sont d'accord sur l'objet de la société et les conditions auxquelles elles le mettent en commun.

D. Quels sont les éléments essentiels ici ?

R. Le consentement, la chose, la communication du profit.

D. Combien compte-t-on d'espèces de sociétés ?

R. 1° Celle universelle ou de tous biens ;
2° Celle de biens à venir ou d'acquêts ;
3° Celle faite pour une négociation quelconque;
4° Celle pour la ferme des impôts ;
5° La société d'un objet particulier.

D. Qu'est-ce que la société universelle ?

R. Celle dans laquelle plusieurs personnes mettent en commun tout ce qu'elles ont : actif et passif.

D. Quelle particularité offre-t-elle ?

R. C'est que, sans qu'il soit besoin de tradition et par l'effet seul du contrat, les droits réels sont communiqués aux associés sur tous les biens corporels de chacun d'eux.

D. Qu'est-ce que la société d'acquêts ?

R. Celle dans laquelle les associés mettent en commun seulement leurs biens à venir.

D. Que comprennent ces biens à venir ?

R. Toutes les acquisitions provenant de l'économie, les produits ordinaires ou extraordinaires des biens présents, les fruits de l'industrie des associés. Les biens donnés ou recueillis par succession restent en dehors, ainsi que le passif correspondant (conf. C. C., 1498, 1401 et s.)

D. En quoi consistent les autres sociétés ?

R. Au partage des profits divers pouvant naître d'une spéculation quelconque, ou, spécialement, de la ferme des impôts, dont on fait un genre de société à part, à raison de ce qu'elle a un caractère exceptionnel ; enfin à la gestion commune d'un objet isolé, comme un champ pris à colonat, un esclave.

D. Ne donne-t-on pas d'autres divisions ?

R. Oui. Une division bipartite, où les quatre dernières espèces ci-dessus forment un genre, appelé société particulière ; une division tripartite, où l'on reconnaît la société 1° universelle, 2° générale (celle

d'acquêts), 3° particulière, comprenant les trois dernières espèces.

D. Quelles choses peut-on apporter en société?

R. Toutes celles qui peuvent être l'objet de la vente et du louage ; par exemple, toute sorte d'industrie vénale et honnête. Le principe même de l'association doit être conforme aux bonnes mœurs ; ainsi on a proscrit l'association que les maîtres imposaient à leurs esclaves avant de les affranchir, et qui n'avait d'ailleurs d'effets qu'à l'encontre de ceux-ci. La mise en société des choses futures est valable, et, de même, celle de la chose d'autrui, sacrée, religieuse, périe, etc., a les effets que nous avons vus, en matière de vente et de louage.

D. Plusieurs personnes ont souvent une chose en commun, pour la gestion et le partage des profits, sans accord entre elles, parce qu'on la leur a donnée ou léguée ainsi ? Y a-t-il alors société ?

R. Non. C'est là ce qu'on nomme la communauté, état de fait qui diffère de la société, en ce que :

1° La société est un contrat, la communauté un quasi-contrat ;

2° La société dépend du consentement, et la communauté de faits qui y sont souvent étrangers ;

3° Les obligations entre associés et communistes sont très-différentes sur plusieurs points ;

4° Les actions ne sont pas de même nature.

D. Comment se partagent les bénéfices ?

R. La répartition est faite d'après la convention, et, à défaut d'entente sur ce point, d'après la loi, c'est-à-dire également.

D. Cette égalité est-elle arithmétique ou géométrique, c'est-à-dire proportionnelle ?

R. Les textes semblent bien indiquer que c'est l'égalité arithmétique, celle du partage par tête. On a suivi une interprétation sans doute inverse pour le Code civil, qui adopte l'égalité géométrique (art. 1853). C'est aux associés qui seraient lésés du partage par tête à le faire écarter par un accord formel.

D. Peut-on convenir qu'un associé, qui n'a apporté aucun bien meuble ou immeuble, prendra part aux bénéfices ?

R. Oui. Il a sans doute fourni son industrie, son nom même, qui peut valoir l'apport matériel des autres.

D. Pouvait-on convenir que la part à prendre par tel associé dans les pertes, ne serait pas la même fraction qu'il prend dans les bénéfices ?

R. Oui, bien qu'on l'eût jadis contesté.

D. Et que l'un des associés serait déchargé des pertes ?

R. Oui. Toutes ces combinaisons permettent d'apportionner avec équité celui qui, en argent, en biens corporels ou incorporels, apporterait plus que ses associés.

D. Et qu'un des associés demeurera privé des bénéfices ?

R. Non ; cela ne peut être équitable.

D. C'est ce qu'on nomme la société léonine ?

R. A proprement parler, la société léonine est celle où tous les bénéfices sont réservés à un seul. La clause précédente s'en rapproche beaucoup et se confondrait avec elle au cas où il n'y aurait que deux associés.

D. Une telle société est-elle toujours nulle ?

R. Non. Elle peut valoir comme donation, si les parties ont eu l'intention et la capacité de faire un contrat à titre gratuit.

D. Quand la convention s'est exprimée pour le partage des bénéfices, ou des pertes seulement, suit-on pour le surplus la répartition légale ?

R. Non, on suit le règlement des parties sur le tout, d'après leur accord présumé.

D. Les associés peuvent-ils s'en référer à un tiers pour fixer la répartition ?

R. Oui, de même qu'ils peuvent la déterminer simplement par référence, de toute autre manière.

Mais le juge redressera le règlement émané de la personne commise, s'il est ouvertement contraire à l'équité.

D. La société peut-elle recevoir des modalités ?

R. Oui ; elle peut être sous condition suspensive ou résolutoire ou à terme. On peut faire l'association avec une clause d'essai ou semblable à celle de l'*in diem addictio*. Le *dies ad quem* surtout est très-usité. Si les parties n'ont pas indiqué de terme exprès ou tacite à la durée de la société, elle est indéfinie.

Section 2e. — *Effets du contrat.*

D. Quel est l'effet général de la société ?

R. De faire naître des obligations entre les parties ?

D. Leur accord ne met-il pas aussi en commun entre elles les choses dont la communication est le moyen de la société ?

R. Non, en général. Il faut pourtant distinguer entre les droits réels et ceux personnels. Les premiers sont communiqués de plein droit et par l'effet du contrat, dans la société universelle. Les autres ne le sont dans aucune.

D. Qu'offre de particulier le contrat de société ?

R. C'est que les parties reçoivent le même nom, *socii*, et ont toutes, *à priori*, une obligation identique.

D. Quelle est cette obligation ?

R. D'assurer à la société la propriété ou la jouissance de ce qui fait l'objet de leur apport.

D. N'y a-t-il pas d'autres obligations successives ou éventuelles ?

R. 1° De dédommager les coassociés de toute

dépense ou perte subie, de les garantir pour tout engagement pris, dans l'intérêt commun ;

2° De communiquer tout droit réel ou personnel acquis pour la société ;

3° De rendre, avec intérêts, fruits et, au besoin, dommages-intérêts, toute valeur ou chose sociale possédée ou détournée pour nos affaires personnelles.

D. Comment s'exécute la communication des apports ?

R. Pour les biens corporels, par l'emploi des modes d'acquérir ; pour les biens incorporels, au moyen des expédients par lesquels on arrivait à la cession des créances, l'associé donnant mandat à ses coassociés de poursuivre ses débiteurs ou les faisant stipuler d'eux avec lui, à nouveau, comme créanciers solidaires ou conjoints.

D. Les associés n'ont-ils pas, du reste, un mandat tacite et général les uns des autres ?

R. Oui, mandat de faire tout ce qui est pour le bien commun.

D. Quand, en vertu de ce mandat, l'un des associés a fait acte d'administration en achetant, en recevant, par tradition, mancipation, etc., en contractant dans l'intérêt de la société, est-elle de plein droit propriétaire ou créancière ?

R. La société n'a pas de personnalité ; donc elle ne peut acquérir.

D. N'y a-t-il pas d'exceptions ?

R. Si fait, en faveur des sociétés contractées pour la production du sel, l'exploitation des mines d'or et d'argent, la ferme des impôts. Mais ces sociétés n'acquièrent les droits réels ou personnels qu'aux cas où une personne le pourrait faire.

D. Les associés, de droit commun, deviennent-ils donc individuellement propriétaires ou créanciers ?

R. Pas davantage. Nous savons qu'on ne peut acquérir la propriété par un tiers, que nul ne stipule valablement pour autrui. Il faut que l'associé, qui y

est obligé en sa qualité de mandataire, communique à ses coassociés, comme je l'ai dit au sujet des apports, le droit réel ou personnel qu'il a acquis pour eux.

D. Ce formalisme est-il absolument nécessaire dans tous les cas ?

R. Il faut renvoyer, à cet égard, aux règles générales sur l'acquisition des droits réels et personnels. La mancipation, l'*in jure cessio*, ne peuvent tolérer l'emploi de mandataire. Quant à la tradition, elle fera acquérir la propriété aux associés, comme conséquence de la prise de possession, s'ils ont déjà le titre d'acquisition, comme si on leur a vendu à tous une chose qu'on livre ensuite à l'un d'eux.

D. Et si l'associé, au contraire, a promis ?

R. Le contrat est nul, en principe ; mais nous savons qu'il a pu le sauver, en promettant son fait personnel ou une peine.

D. Et s'il a vendu la chose sociale, qu'il l'ait livrée même ?

R. La vente de la chose d'autrui est valable ; à plus forte raison, celle de la chose commune. Quant à la tradition, elle se fait régulièrement par un mandataire. Elle serait donc translative de propriété, en ce cas, pour les *res nec mancipi*.

D. Et si l'associé gérant n'a pas de mandat ?

R. S'il y en a un présumé, cela suffit. Au cas contraire, le peu d'effets symboliques que nous venons de rattacher au mandat ne se produirait même pas.

D. N'y a-t-il pas des cas, cependant, où, par suite d'un contrat ou d'une tradition intervenue entre un associé et un tiers, il y aura action directe de ce tiers contre les associés, et réciproquement ?

R. Oui, des cas exceptionnels dont nous avons déjà une idée. Ces actions directes sont admises peu à peu, en matière de société et de mandat, celles passives plus facilement. Ce sera, par exemple :

1° Si l'associé peut être considéré comme préposé, gérant, et cela se présentera fréquemment, *quasi institor* ;

2° Si les associés ont profité de ce qu'il a reçu, *in rem versum*;

3° Pour les associés eux-mêmes, s'ils ne peuvent sauver leurs intérêts qu'en agissant contre le tiers.

D. De quelles fautes les associés se doivent-ils la réparation ?

R. De la faute légère, en principe. Mais cette responsabilité est exagérée par les différentes circonstances aggravantes que nous connaissons, si l'un des associés s'est offert pour agir, s'il a pris la garde de la chose, etc.

D. La diligence s'apprécie-t-elle *in abstracto ?*

R. Non, *in concreto*, à raison de ce que les associés se choisissent entre eux. Le point de vue individuel de la responsabilité du défendeur ne saurait être écarté.

D. Si l'un des associés a mis son intérêt en commun avec des tiers, ou subrogé un mandataire en son nom privé, pour sa gestion, quels rapports naissent avec ses nouveaux co-contractants ?

R. Aucun. Il y a là *res inter alios acta*, un contrat qui reste étranger aux associés. Celui qui a agi doit prester les fautes de son mandataire subrogé.

D. A qui sont les risques de la chose mise en société ?

R. Au lieu des règles de la vente, il faut appliquer ici, au moins en fait, celle *res perit domino*. Quand donc on a promis une chose déterminée en société, la perte advenant avant la communication est pour vous ; et, comme vous ne pouvez plus faire votre apport, la société est dissoute. Il n'en peut être différemment que dans la société universelle. L'apport réalisé, au contraire, la perte est pour les coassociés. Celui qui a mis en commun la chose perdue, à moins qu'elle le soit *ex causa antiqua* ou par sa faute, bien entendu, reste associé et prend part aux bénéfices réalisés exclusivement avec les apports des autres.

D. N'y a-t-il pas en droit français une disposition analogue ?

R. Oui, l'art. 1867 du C. C., parfaitement d'accord avec les principes romains et que les commentateurs s'efforcent de rattacher à celui de la translation de la propriété par l'effet des conventions, inauguré en droit français.

D. Quelles actions naissent du contrat ?

R. Une seule que, de son nom, l'on appelle *pro socio*.

D. Quel est son caractère ?

R. Elle est civile, toujours directe, de bonne foi, infamante.

D. Pourquoi cet effet ?

R. A raison de la loyauté qui doit régir tous les rapports des parties, en ce contrat.

D. L'action n'offre-t-elle pas une autre particularité ?

R. Oui, c'est le bénéfice de compétence, que peut invoquer le défendeur, pour n'être pas condamné au-delà de ses ressources.

D. La condamnation est-elle toujours tempérée par le bénéfice ?

R. Non, lorsqu'elle est prononcée :

1° Contre l'associé qui a nié sa qualité ;

2° Celui qui s'est rendu dolosivemen tinsolvable ;

3° Celui qui a nové sa dette par la stipulation ou l'acceptilation ;

4° Contre les héritiers ; mais non contre le fidéjusseur, parce que son recours *in solidum* priverait l'associé du bénéfice.

D. Qu'obtient-on par l'action *pro socio* ?

R. Tout ce qu'on peut avoir à demander à ses coassociés :

1° La communication des droits réels et personnels, formant les apports ;

2° La communication des biens corporels ou incorporels acquis pour la société :

3° La restitution, avec fruits et intérêts, de biens sociaux ;

4° La *repromissio*, pour faire naître un recours contre le défendeur, au profit du demandeur, pour les engagements qu'il a pris dans l'intérêt commun et qui le laissent exposé seul, soit durant la société, soit après sa dissolution, aux actions des tiers ;

5° La réparation des fautes.

D. Et pour le partage de l'avoir social ?

R. Les associés ont l'action *communi dividundo*, ainsi que pour le partage de tout objet particulier.

D. Quelle est la différence entre les deux actions ?

R. Elles ne sont pas tout à fait de la même nature, l'action *communi dividundo* étant qualifiée de mixte. Dans l'action *pro socio*, d'une autre part, on demande principalement une condamnation ; dans celle *communi dividundo*, l'adjudication, et ce n'est qu'accessoirement que le juge y peut condamner l'une des parties aux prestations ou soultes qu'exige l'équité.

D. Les associés peuvent-ils avoir d'autres actions ?

R. La revendication, contre l'associé détenant la chose sociale ; les actions nées des délits, s'il y a usurpation ou perte fautive d'une chose ; l'action *ex stipulatu* pour les garanties dont j'ai parlé.

Section 3e. — *Dissolution de la société.*

D. Comment prend fin le contrat ?

R. 1° Par la renonciation de l'un des associés ou le mutuel dissentiment de tous ;

2° Par la mort d'un des associés, ou la *magna capitis deminutio* ;

3° Par la confiscation, la *bonorum venditio* qu'il aurait subie, la cession de biens ;

4° Par la fin de l'entreprise ;

5° Par la perte d'une chose mise en société.

D. La renonciation a-t-elle toujours cet effet ?

R. Pas d'une façon absolue. Il faut qu'elle soit loyale et opportune. Au cas contraire, elle n'a qu'un effet relatif, savoir vis-à-vis du renonçant. Un associé universel avec Titius renonce à cette société au moment du décès de quelqu'un qui l'a institué et avant de faire adition. Cette hérédité n'en tombera pas moins dans la société, si elle est lucrative, et l'institué y sera privé de sa part. De même, si on renonce au milieu d'une affaire compromettante, on n'en supporte que les pertes.

D. Comment la mort dissout-elle la société ?

R. Dans le rapport de tous les associés.

D. Pourquoi cela ?

R. Parce que le nombre et surtout la considération des personnes ont une grande portée en ce contrat. Les survivants sont présumés n'avoir voulu être associés entre eux qu'autant que le défunt le serait aussi. Cette présomption est-elle inexacte, ils n'ont qu'à renouer la société.

D. N'y a-t-il pas des sociétés qui font exception ?

R. Oui, à raison de l'intérêt public engagé à ce que leur fonctionnement ne soit pas interrompu facilement, les sociétés *vectigales* et celles que j'ai désignées aussi plus haut continuent avec les héritiers du défunt, si sa gérance n'était pas indispensable. Participants à la société, ils ne peuvent cependant en prendre l'administration et jouent un rôle analogue à celui de nos associés commanditaires. (C. Com. art. 42 et s.)

D. Peut-on convenir, *ab initio*, qu'en cas de décès de l'un ou de tel de ses membres, une société subsistera entre les survivants ?

R. Oui. C'est une simple modalité.

D. Et entre les survivants et les héritiers du défunt ?

R. **Non ; il répugne à la nature du contrat qu'on le forme avec des personnes incertaines. Mais dans les sociétés exceptionnelles que je viens de mentionner, la clause est valable.**

D. Pourquoi la *bonorum venditio* et les événements analogues mettent-ils fin à la société ?

R. Parce qu'ils constituent la mort commerciale et laissent l'associé sans ressources. Ses coassociés, toutefois, peuvent renouer avec lui, s'ils trouvent un apport suffisant dans son industrie.

D. Pourquoi ne signalez-vous pas le laps de temps parmi les causes de dissolution, puisque le *dies ad quem* est usuel dans ce contrat ?

R. Parce que ce n'est pas une cause d'extinction des obligations. Son seul effet, c'est qu'en se produisant au terme convenu, la retraite de l'associé ne pourra être arguée de dol ou qualifiée intempestive.

D. La perte de la chose est-elle le seul fait de cette nature dissolvant la société ?

R. Non ; il faudrait dire, plus généralement, l'impossibilité d'exécuter les apports ou de les entretenir quand ils sont le seul objet de la société. Ainsi, quelqu'un associe son industrie avec mes capitaux, et, bientôt, son état valétudinaire le met hors d'état de travailler, la société est dissoute.

D. Quand est-ce que la perte de la chose dissout la société ?

R. C'est lorsqu'elle se produit avant la réalisation de l'apport, ou, dans le cas contraire, quand il n'y a pas d'autres choses en société. Mais s'il brûle, par exemple une maison appartenant à un associé universel, le contrat ne cesse point de subsister.

TITRE XXVI

Du mandat.

D. Qu'est-ce que le mandat?

R. Un contrat par lequel on charge une personne gratuitement d'accomplir un fait déterminé.

D. Pourquoi dites-vous gratuitement?

R. Cela est de l'essence du mandat.

D. Comment faut-il entendre ce mot : *on charge?*

R. *Lato sensu*, il peut y avoir commandement, prière ou une sorte de conseil.

D. Comment nomme-t-on les parties?

R. Celui qui donne le mandat, *mandans* ou *mandator*, celui qui le reçoit, *procurator*, et parfois *mandatarius*.

D. Quelle est l'origine du contrat?

R. C'est un pacte du droit des gens et fiduciaire. Celui qui recevait les ordres livrait sa main, en signe de fidélité. De là le nom donné au contrat, quand on l'accueillit dans le droit civil, mandat (*manus data*).

D. Quel est son caractère?

R. Il est consensuel, synallagmatique imparfait de bonne foi, à titre gratuit.

D. Quand est-il parfait?

R. Quand les parties se sont mises d'accord sur le fait commandé et sur les conditions de son accomplissement.

D. Quelles choses sont essentielles au contrat?

R. Le commandement, un fait du mandataire, la gratuité.

D. Si, le commandement faisant défaut, vous agissiez comme mandataire, en vue d'obliger telle personne?

R. Ce serait la gestion d'affaires.

D. Quel peut être le fait?

R. Extrêmement varié. Mais il faut qu'il s'agisse d'un fait possible et honnête, sans quoi il ne naît pas d'obligations.

D. En quoi dégénère le mandat non gratuit?

R. En louage d'industrie ou d'ouvrage, ou en contrat innommé, dans le cas où il est entendu qu'on paiera un salaire non déterminé ou un équivalent en denrées, meubles, etc.

D. Et s'il s'agit d'une industrie libérale?

R. Le contrat garde le nom de mandat, parce que l'honoraire n'en altère pas la gratuité.

D. Le mandat peut-il recevoir des modalités?

R. Oui; la condition, suspensive ou résolutoire; le terme certain ou incertain.

D. N'y a-t-il pas certaine espèce de terme et de condition que les parties ne pouvaient adopter?

R. Oui, le terme incertain pris de la mort du mandant ou du mandataire, et la condition qui ne pourrait se vérifier qu'à cette époque.

D. Justinien a-t-il modifié cela?

R. Oui, pour le mandat après la mort du mandant, comme il l'a fait pour le legs et la stipulation; mais non pour celui après la mort du mandataire, la considération de sa personne étant essentielle.

D. Y a-t-il diverses espèces de mandat?

R. Oui. On en a fait plusieurs classifications, à des points de vue différents.

D. Quelle est celle des Instituts?

R. Elle est tirée de l'intérêt des parties, et importante, dès-lors, au point de vue de la responsabilité des fautes. Le mandat peut être dans l'intérêt du

mandant, dans celui des deux parties, dans celui d'un tiers, dans celui d'un tiers et du mandant, ou d'un tiers et du mandataire.

D. N'y a-t-il pas d'autres combinaisons?

R. On peut ajouter ces deux-ci : l'ordre peut être donné dans l'intérêt des deux parties et d'un tiers, ou dans celui du mandataire seul.

D. Pourquoi Justinien n'en parle-t-il pas?

R. La première hypothèse rentre dans celle du mandat intéressé pour les deux parties. La seconde ne constitue pas de contrat.

D. Cependant, si vous conseillez à quelqu'un sciemment ce que vous lui savez nuisible, cette personne sans doute n'est pas obligée de le faire; mais quand elle a agi et souffert un préjudice, ensuite de votre commandement, elle a action contre vous.

R. C'est ensuite de la faute, et non du mandat.

D. N'y a-t-il pas un cas où le loyal conseil, dans le seul intérêt de celui qui le reçoit, constitue le mandat?

R. Oui, c'est le *mandatum pecuniæ credendæ*, dont je parlerai plus loin.

D. Donnez des exemples du mandat intéressant le mandant seul.

R. Cela est aisé, car il est le plus commun. On charge le mandataire d'acheter pour vous quelque chose, de vous rendre les services d'une profession libérale, de stipuler avec vous comme *adstipulator*, de vous cautionner. C'est ainsi, avons-nous vu, que le fidéjusseur acquiert l'action du mandat contre le débiteur principal.

D. Donnez des exemples du mandat dans l'intérêt des deux parties?

R. C'est celui qui existe tacitement dans la société et la communauté. Supposez encore que, voisin avec vous, je vous charge de stipuler une servitude de prospect ou de vue utile à nos fonds.

D. Quel est le premier exemple de Justinien?

R. Un créancier va poursuivre le fidéjusseur, en vertu de son droit d'option. Celui-ci lui donne mandat de poursuivre tel autre fidéjusseur ou le débiteur principal. Dès lors, le créancier impayé, et qui a perdu son action *ex stipulatu* en agissant contre d'autres, se retourne contre le fidéjusseur, avec l'action de mandat. De même pour un débiteur solidaire jadis.

D. L'insertion de cet exemple aux Instituts n'est-elle pas l'effet d'une erreur?

R. Oui, dit-on communément. Les commissaires de Justinien auraient perdu de vue que l'effet novatif de la litiscontestation, dans le rapport des fidéjusseurs, ayant été supprimé dès 531, cet accord n'avait plus d'intérêt en 533, et que les rédacteurs du Digeste ont eu soin de l'en retrancher. Mais on peut répondre qu'il a encore quelque utilité, au point de vue du droit d'option, supprimé seulement en 539. Le fidéjusseur, qui n'avait pas, lors de la publication des Instituts, le droit d'exiger la discussion du débiteur principal, pouvait la demander au créancier, en la prenant à ses risques et périls, ce qui donnait à celui-ci l'action *mandati*, de bonne foi, outre celle *ex stipulatu*, qui lui demeurait.

D. Quel est l'autre exemple des Instituts?

R. La *procuratio in rem suam*, qui était l'un des expédients employés pour la cession des créances. Un débiteur, pour satisfaire son créancier, lui donne mandat de poursuivre son propre débiteur, à ses risques et périls. Un associé, faisant apport de créance, donne un semblable mandat à ses coassociés. Cela fait l'affaire des deux parties.

D. Donnez un exemple de mandat dans l'intérêt d'un tiers.

R. Je charge quelqu'un d'acheter un champ pour Titius ou de voiturer ses colonnes à sa maison en construction.

D. Cet ordre donne-t-il toujours action à son auteur contre qui le reçoit?

R. Non. Il faut qu'il y ait quelque intérêt du mandant; intérêt matériel, dans un premier système. moral, d'après un autre, fondé sur la L. 54 *mandati*; Si Titius m'avait déjà chargé de lui acheter un champ ou ériger une maison, j'ai un intérêt matériel au mandat que je vous donne, et qui assure l'exécution de ma propre obligation. J'y ai un intérêt moral, si Titius est mon parent, mon ami. Hors de là, nulle action ne naît, nulle obligation, si ce n'est naturelle.

D. Mais si j'exécute le mandat entièrement désintéressé que vous m'avez donné?

R. Il y aura gestion d'affaires et obligation civile de Titius de vous rembourser la perte ou les dépenses qu'elle a pu vous causer. Si Titius vient ratifier l'ordre, c'est un véritable mandat, donné par lui. S'il ratifie simplement la gestion *ex post facto*, on suit encore les règles du contrat, à raison de la règle : *ratihabitio mandato æquiparatur*.

D. Mais, d'après cela, Justinien aurait eu tort de parler du mandat donné dans l'intérêt d'un tiers seul. Il ne peut pas se rencontrer comme contrat?

R. Si fait; mais cette espèce diffère des autres. Quand, sur mon ordre désintéressé, vous avez entrepris la gestion d'une affaire pour Titius, il est né un intérêt pour moi à ce qu'elle soit menée à bien et à ce qu'il vous rembourse vos dépenses; car, l'un ou l'autre, à défaut d'accomplissement de l'une de ces obligations, vous aurez action contre moi. Je suis ainsi intéressé maintenant.

D. Quel est donc le caractère de ce mandat?

R. Celui des contrats innommés, pactes non obligatoires à l'origine, et qui le deviennent par l'exécution.

D. Le mandat dans l'intérêt d'un tiers ne serait-il pas obligatoire hors de là même, en un certain cas?

R. Oui, si le mandant s'était fait promettre une peine, en cas d'inexécution. En en poursuivant le paiement, par l'action *ex stipulatu*, il contraindrait

indirectement son mandataire, contre qui il n'a pas l'action du mandat.

D. Donnez un exemple de mandat dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers.

R. Le meilleur est le *mandatum pecuniæ credendæ*, dont je parlerai plus loin.

D. Quelles sont les autres divisions du mandat?

R. Au point de vue de son étendue, il est général ou spécial: au point de vue des modalités, pur, conditionnel, à terme, etc. On distingue encore le mandat exprès, ou tacite, ou présumé; enfin celui judiciaire et celui extrajudiciaire. Toutes ces distinctions sont importantes au point de vue des effets du contrat.

Section 2e. — *Effets du mandat.*

D. Quel est l'effet du mandat?

R. Il produit directement des obligations pour le mandataire, et en comporte d'autres qui peuvent naître, *ex post facto*, chez le mandant.

D. Quelles sont les obligations du mandataire?

R. 1o D'exécuter ce qu'on lui a prescrit;

2o D'apporter la plus grande diligence à l'observation des ordres et à la garde des choses qui peuvent lui être remises;

3o De transférer les droits réels et personnels qu'il a acquis pour le mandant. (C. C., 1991 et s.)

D. Pourquoi la nécessité de cette translation?

R. Elle est expliquée par ce que j'ai dit des rapports des associés, qui sont entre eux réciproquement mandants et mandataires. Le mandataire n'absorbe pas sa personne dans celle du mandant. Quand il a fait un marché pour celui-ci, il faut donc qu'il le lui cède, comme le commissionnaire en droit français.

D. Les tiers qui ont contracté avec le mandataire ont-ils parfois action directe contre le mandant?

R. Oui, dans les cas exceptionnels où la jurisprudence prétorienne l'admit et que j'ai signalés.

D. Cette jurisprudence n'est-elle pas arrivée à donner, dans tout mandat spécial, une action directe contre le mandant aux tiers qui ont traité avec le mandataire?

R. Oui; c'est une action utile, qui porte le nom du contrat et la qualification de *quasi-institoria*; mais son admission tardive est la subversion des vrais principes du droit romain, que je viens d'exposer.

D. N'y eut-il pas, dans le droit ancien, des mandataires représentant le mandant?

R. Oui; ce sont les premiers mandataires judiciaires, les *cognitores*. Ils soutenaient l'instance, et elle était jugée pour ou contre le mandant, nommément.

D. N'y a-t-il pas aussi des mandataires légaux qui s'absorbent dans la personnalité du mandant?

R. Oui; ce sont les gens en puissance que nous avons appelés des personnes impersonnelles. Toutes leurs opérations sont de plein droit pour le maître, au moins quant aux effets actifs, et même, en certains cas, quant aux effets passifs; notamment quand ils agissent en vertu d'un ordre, c'est-à-dire d'un mandat exprès.

D. Quelles sont les obligations du mandant?

R. 1° Dédommager le mandataire de toute dépense ou perte que lui occasionnerait l'exécution du mandat;

2° Se lier envers lui par la *repromissio*, pour la garantie des engagements sous le coup desquels il demeure.

D. Le mandant est-il forcé d'accepter la gestion du mandataire et de le désintéresser, quand celui-ci a dépassé les limites du mandat?

R. C'était une question controversée chez les

Romains. On faisait, en définitive, une distinction sur le caractère de la chose pour laquelle recourait le mandataire ; chose divisible, pour laquelle on admettait le recours dans la limite du mandat, ou indivisible, pour laquelle on le rejetait. Supposez que le mandataire ait cautionné pour 120, au lieu de 100, il pourra se faire rembourser 100, s'il paie la dette. S'il s'agit, au contraire, de l'acquisition, pour 120, d'une maison, que le mandant avait commandé d'acheter pour 100, le mandataire garde le marché pour son compte, afin qu'il n'ait pas l'option de le retenir pour lui ou de le céder au mandant.

D. Que décide ici Justinien ?

R. Supprimant cette distinction, il décide que le mandant peut, dans tous les cas, demander la cession du marché, aux conditions qu'il avait fixées.

D. Et s'il s'agit d'une vente au-dessous de la limite?

R. Il doit respecter le marché, en se faisant payer l'appoint de son prix par le mandataire. Ce n'est qu'en cas d'insolvabilité de celui-ci qu'il peut refuser sa chose pour la livraison, ou la revendiquer.

D. Le mandataire peut-il remettre à un tiers l'accomplissement de son mandat ?

R. Non, en principe, et s'il l'a fait, il en répondra comme d'une faute.

D. Mais si l'opération a bien abouti ?

R. La faute est alors sans conséquence et le mandant doit indemniser le mandataire, comme celui-ci son substitué.

D. Quelles fautes se prestent les parties ?

R. Toutes les deux, en général, la faute très-légère. Le mandant seul peut être tenu d'une responsabilité moins rigoureuse, si le contrat était dans l'intérêt du mandataire.

D. Cette règle se comprend, au cas assez fréquent où il est seul intéressé au contrat : mais, à l'inverse, suivant votre théorie, le mandataire devrait réparer

seulement ses fautes lourdes, comme vous l'avez observé dans le dépôt.

R. Cette différence entre les deux contrats est fort remarquable. On l'explique par le caractère officieux du mandat.

D. Cette circonstance n'a-t-elle pas une autre conséquence aggravante de la responsabilité du mandataire?

R. Oui, c'est qu'elle s'apprécie *in abstracto*.

D. Quelles actions naissent du mandat?

R. Deux, comme dans les autres contrats synallagmatiques imparfaits : celle *mandati directa*, pour le mandant; celle *contraria*, pour le mandataire.

D. Qu'obtient-on par la première?

R. 1° L'exécution des ordres donnés;

2° La cession des droits réels et personnels acquis pour le mandant;

3° La réparation des fautes;

4° La restitution, avec intérêts courant de plein droit, de toutes les valeurs proprés au mandant et qu le mandataire a employées pour son compte.

D. Qu'obtient-on par l'action contraire?

R. 1° Le remboursement de ses avances;

2° La réparation des fautes;

3° Celle même de tout dommage résultant de l'exécution du mandat.

D. Celui qui rend les services d'une profession libérale peut-il demander ses honoraires en employant cette action?

R. Non, il n'est pas donné d'action pour le paiement des honoraires: le prêteur les taxe et alloue par une *cognitio extraordinaria*.

D. Quels sont les caractères communs des deux actions *mandati*?

R. Elles sont civiles, personnelles, l'une directe, l'autre contraire, toutes deux de bonne foi.

D. Quel particularité offre celle contraire?

R. C'est que le défendeur condamné est noté d'infamie.

D. Les parties ont-elles d'autres actions l'une contre l'autre?

R. Oui, comme on l'a vu dans d'autres contrats : les actions attachées à la propriété, au moins putative ; celles naissant des délits, suivant les circonstances ; enfin, l'action *ex stipulatu*, au cas de garantie donnée.

SECTION 3e. — *Dissolution du mandat*

D. Comment le mandat prend-il fin?

R. 1o Par la mort du mandant ou sa *capitis deminutio* ;

2o Par les mêmes faits frappant le mandataire ;

3o Par la fin de la gestion ;

4o Par la révocation du mandataire ;

5o Par sa renonciation ;

6o Par le mutuel dissentiment.

D. Les actes faits par le mandataire pour le mandant, après la mort de celui-ci, restent-ils pour son compte?

R. Non, ils sont pour les héritiers si le mandataire a agi de bonne foi. C'est donc plutôt la connaissance de la mort du mandant, que sa mort même, à laquelle s'attache l'effet dissolvant (C. C. art. 2008).

D. En est-il de même, après la révocation?

R. Oui. Si le mandant l'envoie par un *nuntius*, le retard de celui-ci ne saurait préjudicier au mandataire. D'autre part, la mauvaise foi de ce dernier, s'il ne se soumet pas à la révocation, ne doit pas nuire aux tiers. Après la révocation signifiée, le mandant doit ratifier tous actes conformes au mandat qu'il ne pourrait méconnaître sans les froisser. Ainsi, a-t-on vendu sa chose à un tiers de bonne foi, devenu propriétaire, il ne peut la reprendre. Mais le mandataire a-t-il acheté, cautionné, il demeurera acheteur ou fidéjusseur, sans recours

D. Comment le mandant peut-il éviter l'abus ?

R. En retirant sa procuration, si elle est écrite ; en publiant la révocation, au cas contraire.

D. Les obligations du mandataire passent-elles aussi dans une certaine mesure à ses héritiers ?

R. Oui, ils succèdent à l'obligation de garde, même à celle de poursuivre l'exécution du mandat s'il y avait péril pour l'intérêt du mandant à l'interrompre. Ils doivent, en outre, lui donner avis au plus tôt du décès de leur auteur (C. C., 2010).

D. La révocation et la renonciation sont-elles toujours libres ?

R. Non ; comme dans la société, elles ne doivent être ni intempestives ni entachées de dol.

D. N'y a-t-il pas des cas où le mandant ne peut, seul, révoquer le mandataire ?

R. Oui, c'est lorsque le mandataire a été constitué par lui concurremment avec quelque autre partie ; comme l'est, par exemple, l'*adjectus solutionis gratia*.

D. Le mandataire qui a renoncé, en fait, à l'exécution du mandat est-il responsable du retard qu'il a mis à en informer le mandant.

R. Oui ; hors les cas qui l'excuseraient, comme si le mandant est devenu insolvable ou si, lui-même, a été grièvement malade ou obligé de s'absenter inopinément.

D. La *capitis deminutio* dissout-elle le mandat ?

R. Oui. Il devait en être ainsi jadis même de la *minima*. Toutefois, comme le mandat peut être conféré aux fils de famille, cet effet ne dut pas être longtemps admis. Sous Justinien, il ne faut l'attacher qu'aux deux grandes espèces.

D. La cession de biens, la confiscation, la *bonorum venditio*, dissout-elle le mandat ?

R. Probablement aussi.

Section 4e. — *Mandatum pecuniæ credendæ.*

D. Qu'est-ce que le *mandatum pecuniæ credendæ?*

R. C'est une espèce de mandat, par lequel on commande à quelqu'un de prêter à un tiers de l'argent ou une quantité quelconque.

D. Quel est le caractère particulier de ce mandat?

R. C'est la différence entre les obligations du mandataire et du mandant. La première est conforme au droit commun dans le mandat; la seconde offre le caractère d'une *intercessio*.

D. Comment cela?

R. C'est que, si le tiers a qui le prêt est fait ne le rembourse pas, c'est, pour le mandataire, une perte subie par l'effet du mandat, et dont le mandant doit l'indemniser. De là vient que le *mandator pecuniæ credendæ* est quelquefois assimilé au fidéjusseur notamment dans la rubrique du Digeste : *de fidejussoribus et mandatoribus.*

D. Dans l'intérêt de qui est donné ce mandat?

R. Il peut l'être : dans l'intérêt du mandataire seul, quand on lui conseille de prêter à une personne déterminée, sans s'attacher à l'avantage de celle-ci; dans l'intérêt du mandataire et du tiers, quand on se préoccupe de ce dernier: dans l'intérêt des deux parties et du tiers, quand le mandant doit retirer du prêt quelque avantage; dans l'intérêt du tiers et du mandant, en la même hypothèse, quand le mandataire n'a nul profit du prêt, qu'il n'est pas fait *sub usuris*; dans l'intérêt du tiers seul, quand il n'y a avantage ni pour le mandant ni pour le mandataire.

D. Quelle particularité offre le *mandatum pecuniæ credendæ*, donné dans le seul intérêt du tiers ou du mandataire?

R. C'est que, ensuite du contrat, nulle obligation ne naît immédiatement pour aucune des parties. Le

mandant seul est obligé, *ex post facto*, si le mandataire exécute. Cette espèce de mandat ressemble donc fort aux contrats innommés; c'est un contrat réel plutôt que consensuel.

D. N'y a-t-il pas une convention fort analogue?

R. Oui; dans le cas où, s'intéressant à un débiteur, on prie le créancier de lui donner délai. S'il y consent, on s'oblige par là à lui payer ce que sa mansuétude lui a fait perdre.

D. Quelles différences signalez-vous entre le *mandatum pecuniæ credendæ* et la fidéjussion?

R. La différence capitale, c'est que l'obligation du *mandator* n'est pas accessoire, comme celle du fidéjusseur, mais principale et indépendante de celle du débiteur, qui résulte du *mutuum* ou de la stipulation par laquelle on l'aurait novée.

D. Quelles conséquences ressortent de là?

R. 1° Le fidéjusseur est tenu d'une action de droit strict et le *mandator* d'une action de bonne foi;

2° Si le *mandator* paie le créancier, son mandataire, il ne libère pas le débiteur principal, comme le ferait par là un fidéjusseur;

3° Si le créancier poursuit le fidéjusseur, il libère le débiteur (du moins jusqu'en 531); cet effet novatif ne se produit pas, en faveur du *mandator*;

4° Il en résulte que, même après la litiscontestation, quand le créancier se tourne contre lui, il peut demander la cession d'actions.

D. N'y a-t-il pas une différence remarquable?

R. Oui. Si le créancier n'est pas à même de céder ses actions au *mandator*, celui-ci peut se refuser au paiement, par l'exception *cedendarum actionum*, à cause du caractère de l'instance. Cela a été admis, chez nous, pour les cautions (C. C., art. 2037). Mais il en n'était pas ainsi en faveur des fidéjusseurs.

TITRE XXVI (bis)

Des Pactes.

Section 1re. — *Des pactes en général.* —Nuda pacta.

D. Qu'est-ce que les pactes ?

R. Une espèce de conventions dénuées des caractères de contrats et auxquelles l'ancien droit n'attachait pas d'action.

D. En quoi diffèrent-elles des contrats ?

R. En ce qu'elles n'ont, en général, de nom ni d'action propre, et jamais, en tous cas, la cause créant l'obligation civile.

D. N'a-t-on pas donné l'action à plusieurs pactes ?

R. Oui, c'est à ce point de vue que se divisent les pactes, en *pacta nuda* et *vestita*.

D. Que signifient ces expressions ?

R. La première est employée par les auteurs pour désigner les conventions demeurées dans leur état d'infériorité. L'autre créée par les commentateurs désigne celles qui, de diverses sources, ont reçu l'action.

D. Les *nuda pacta* sont-ils dénués d'effets ?

R. Non. Ils produisent l'obligation naturelle, dont j'ai indiqué les conséquences. Ainsi, ce qui y a été promis peut être l'objet d'une fidéjussion, d'un cons-

tfitut, d'une novation, d'un paiement inattaquable: et ils donnent l'exception en justice.

D. Vous indiquiez des espèces des *pacta vestita?*

R. Oui, d'après la source de leur action qui opère comme une *causa civilis*. Il y en a quatre classes.

D. Indiquez ces classes et ces sources?

R. 1° Certains pactes reçoivent action de l'exécution de l'accord, par l'une des parties;

2° D'autres, de leur adjonction *(pacta adjecta)*;

3° D'autres, du préteur *(pacta prætoria)*;

4° D'autres, des constitutions *(pacta legitima)*;

D. Ces pactes ont-il un nom, une action spéciale?

R. Oui, pour quelques-uns, mais non la *causa civilis* proprement dite qui les distingue de tous les contrats sauf ceux consensuels.

Section 2e. — *Des contrats innommés.*

D. Quelle est la première classe des *pacta vestita?*

R. Les contrats innommés, sanctionnés par la jurisprudence, leur donnant action à raison de ce qu'une partie les a exécutés.

D. D'où vient leur dénomination de contrats?

R. Il y a des conventions dénuées de *causa civilis*, qui ont cependant reçu en droit civil un nom, une action spéciale et la qualification de contrats, ce sont ceux consensuels, longtemps maintenus à quatre, portés à cinq par Zénon. Certaines autres, dénuées d'action spéciale, de nom civil, sont demeurées en dehors. On les appelle de là contrats innommés.

D. Quel est le caractère de ces pactes?

R. Ils [illegible], sans obliger nulle

des parties, et quand l'une d'elles a exécuté, ils ont l'effet d'un cont...

D. Quelle classe de contrats imitent-ils?

R. Ceux réels. L'obligation de part et d'autre se forme *re*. Si je vous promets un prêt ou un gage, il n'y a obligation de part ni d'autre; mais, après la remise par moi, vous êtes tenu à restitution.

D. L'obligation des contrats innommés est-elle ainsi seulement de restituer?

R. Non, c'est d'exécuter soi-même la convention.

D. On a prétendu le contraire. Celui qui a spontanément accompli sa promesse n'aurait qu'une action en reprise de ce qu'il a livré ou en dommages-intérêts, si la reprise est impossible.

R. Ce système est contraire aux textes.

D. Quelle action naît des contrats innommés?

R. Cela dépend de l'option du poursuivant sur la reprise ou l'exécution forcée (C. C. 1184).

D. Quelle action a-t-il pour reprendre?

R. La condiction *causa data, causa non secuta* ou *ob rem dati*.

D. Qu'obtient-on par là?

R. La restitution d'une chose qu'on a donnée à quelqu'un en exécution d'un pacte, en vue d'en obtenir ensuite une chose, un résultat (*res ulterior*).

D. S'agit-il exclusivement ici d'une dation?

R. Oui. On cite souvent, comme une exception, que l'action vous est donnée si vous avez fait acceptilation à votre débiteur pour une cause future. Mais ici il y a dation par la tradition de brève-main. La condiction est inutile, toutes les fois qu'en vue d'une chose ou d'un fait à obtenir, on aura accompli un fait, des dépenses, subi une perte.

D. Est-on donc alors sans action?

R. Il en fut ainsi sans doute quelque temps et l'on donna en ce cas l'action de dol.

D. N'en a-t-on pas créé un autre?

R. Oui, dite *civilis incerta*, *civilis in factum*, *præscriptis verbis*.

D. D'où viennent ces dénominations?

R. *Civilis incerta*, par opposé à la condiction *ex mutuo*, donnée pour poursuivre l'obligation réelle d'une quantité déterminée; *civilis in factum*, parce que, bien que née du droit civil, cette action imite en sa formule celles *in factum*, toutes prétoriennes; enfin *præscriptis verbis*, à raison de l'exposé de faits qu'il y avait en tête de cette formule.

D. Quel est le caractère de cette action?

R. Elle est personnelle, directe, *in jus* malgré son nom, arbitraire et de bonne foi.

D. Qu'obtient-on par cette action?

R. Sous Justinien, la condamnation de la partie adverse à exécuter l'engagement qu'on a soi-même accompli, mais seulement des dommages sous le système antérieur de procédure, dit des formules, où les condamnations sont toutes pécuniaires.

D. Vous disiez qu'on pouvait obtenir l'exécution?

R. Sans contrainte directe. L'ordre du juge et l'appréhension de la condamnation, le plus souvent, porteront le défendeur à exécuter.

D. Y a-t-il plusieurs contrats innommés?

R. Ils répondent à quatre combinaisons suivant qu'il s'agit de part et d'autre d'un fait ou d'une dation: *do ut des — do ut facias — facio ut des — facio ut facias.*

D. L'action *præscriptis verbis* est-elle générale?

R. Oui, en ce qu'elle forme l'action commune aux contrats innommés; mais elle manque pour l'une des quatre combinaisons: *facio ut des*, comme si l'on a fait travailler un ouvrier pour un salaire non fixé. En ce cas, négliger la dation est un procédé criant et on laisse ici subsister l'action de dol, infamante.

D. N'y a-t-il pas des contrats innommés très-pratiques, pourvus même d'un nom?

R. Oui. D'après ce que j'ai dit, le contrat innommé n'exclut pas cette circonstance.

D. Quels sont les principaux de ces pactes?

R. L'échange, l'*astimatum*, le précaire, la transaction.

D. Qu'est-ce que l'échange *(permutatio)* ?

R. Le pacte par lequel l'une des parties s'oblige à livrer une chose en vue d'une autre dation qu'elle doit obtenir.

D. Peut-on échanger le bien d'autrui ?

R. S'agit-il seulement d'un genre, donné à une partie de bonne foi ? L'obligation naîtrait alors, *ex post facto*, de la consommation, qui la rendra propriétaire, comme on l'a vu dans le *mutuum* donné par un pupille, etc. S'agit-il d'un corps certain ? Il ne peut y avoir d'échange que si le *dans in permutationem* a acquis l'objet depuis le pacte.

D. Si je vous promets la dation d'un fonds pour de l'argent, est-ce une vente ?

R. Non, mais une *permutatio*, pacte dans lequel la *datio*, étrangère à la vente, est essentielle.

D. Quelles différences y a-t-il entre ces conventions ?

R. 1° La vente est un contrat donnant naissance de plein droit à des obligations corrélatives, l'échange un pacte où elles naissent *ex post facto*;

2° La *datio* forme une seconde différence;

3° Il s'ensuit qu'avant toute éviction chacun des coéchangistes peut recourir, s'il apprend que la tradition ne l'a pas rendu propriétaire de ce qui lui a été remis, comme l'acheteur en droit français.

4° Les risques de chaque objet de l'échange sont pour celui qui l'a promis. L'autre partie peut se dispenser de payer, ou répéter ce qu'elle avait donné.

D. Quelle est l'action de ce contrat innommé ?

R. Celle g[illegible] *præscriptis verbis*.

D. Qu'est-c[illegible] l'*æstimatum* ?

R. Une convention par laquelle on s'engage à recevoir un corps certain d'une valeur déterminée, en se réservant d'en disposer, mais à charge de le restituer en nature ou d'en payer l'estimation.

D. Cette convention ressemble fort à la vente.

R. Oui, c'est ce qu'on a admis en droit français (art. 1551-1552). C'est aussi chez nous identiquement l'un des contrats de cheptel. Les Romains l'avaient d'abord assimilé au mandat, au louage d'ouvrage, avant de lui reconnaître une nature propre.

D. Quelle responsabilité se prestent les parties ?

R. Le *dans in æstimatum* doit prester la fauto légère, parce que le pacte intéresse, en général, les deux parties; et l'*accipiens*, celle très-légère, à raison de la *custodia*.

D. Mais les risques ne lui incombent-ils pas pleinement?

R. Oui, à moins qu'il n'ait été sollicité par le *tradens*. C'est un point débattu.

D. Ne supporte-t-il pas toujours la mévente ?

R. Oui, à moins, si on le décharge du cas fortuit, qu'elle ne provienne de pertes partielles.

D. N'y a-t-il pas ici une action spéciale ?

R. Non, c'est celle *præscriptis verbis*, nommée parfois ici *de æstimato* ou *æstimatoria*.

D. N'y en a-t-il pas d'autres portant ce nom ?

R. Oui, en matière de vente et d'injure. Il faut se garder de les confondre.

D. Qu'est-ce que le précaire ?

R. Une convention, par laquelle on remet un corps certain à quelqu'un, qui le sollicite (*precare*), pour en retirer tout l'usage et le restituer à réquisition du concédant.

D. Cela ressemble fort au commodat ?

R. Oui. 1° Il s'agit d'un corps certain ;

2° On en preste l'usage, la garde ;

3° Essentiellement à titre gratuit ;

4° L'accord est synallagmatique imparfait ;

5° Le *tradens* a les risques de la chose, mais l'*accipiens* preste la faute très-légère.

D. Quelles différences y a-t-il donc ?

R. 1° Le commodat n'est pas toujours sollicité ;

2° Il ne comporte que l'usage spécifié entre les parties;

3° L'objet doit en être restitué, seulement au terme fixé, sauf le cas de besoin urgent ;

4° Le commodat comporte une double action spéciale.

D. Quelle est donc celle du précaire ?

R. L'action générale *prescriptis verbis.*

D. N'y a-t-il pas une autre sanction ?

R. C'est un interdit, *de præcario*, mesure d'exécution.

D. Et si le précariste, de son côté, est créancier de frais de garde, entretien, réparation de pertes ?

R. Il a le droit de rétention, et le juge, faisant le compte entre les parties, peut même condamner, pour solde, le concédant envers le précariste.

D. Vous supposez l'action *prescriptis verbis* de bonne foi ici ?

R. Justinien signale ce caractère seulement pour la *permutatio* et l'*æstimatum*, mais il est assurément général, et non douteux ici. De même, le précariste peut employer l'action *prescriptis verbis* dans le cas où le commodataire a celle *commodati contraria.*

D. Qu'est-ce que la transaction ?

R. Un pacte pour terminer une contestation née ou prévenir celle à naître (C. C., 2044).

D. Quelle capacité faut-il avoir pour ce pacte ?

R. Celle de droit commun. Le pupille, ne pouvant s'obliger, est incapable dans la transaction. Le tuteur peut la faire librement pour lui, sauf la restitution compétant aux mineurs (*contra*, C. C., 2045).

D. La transaction valable est-elle obligatoire ?

R. Non, à l'origine. Dans une seconde période, c'est un contrat innommé, c'est-à-dire que l'exécution par l'une des parties la rend, *re*, obligatoire pour l'autre. Enfin, c'est devenu un pacte légitime.

D. Comment palliait-on au défaut de sanction?

R. On employait la stipulation ou le contrat

verbal pour obliger à l'accomplissement de ce qui a été promis à titre de transaction : un esclave à livrer, une acceptilation à déclarer. Si les circonstances ne comportaient pas cela, on stipulait une peine.

D. La transaction, avant d'être devenue un pacte légitime, ne donne-t-elle jamais d'action ?

R. Oui, dans certains cas, où elle éteint de plein droit l'action sur laquelle elle porte. Le demandeur est censé, dès lors, avoir exécuté et peut agir *præscriptis verbis*.

D. Comment des actions sont-elles ainsi éteintes?

R. Les unes le sont *ipso jure*, sans qu'on puisse les former ; les autres, *exceptionis ope*, *prætoris auxilio*.

D. Sur quelles actions se produit cet effet ?

R. La transaction éteint de plein droit, outre l'action de vol, celle d'injure, la *querela inofficiosi testamenti* ou *inofficiosæ donationis*, qui y sont assimilées. Elle éteint, *exceptionis ope*, toutes les instances *imperio continentia*.

Section 3e. — *Des pactes légitimes.*

D. Qu'appelez-vous pactes légitimes?

R. Ceux qui ont été pourvus d'action par les sources du droit civil, surtout les constitutions impériales, sans recevoir le nom de contrats.

D. Quelles conventions citerez-vous à ce titre ?

R. 1o La convention sur les intérêts du *mutuum* aux cas exceptionnels que j'ai signalés;

2° Le *receptitium*, ou constitut civil ;

3o La transaction, jadis contrat innommé;

4° Le compromis ;

5° La convention de donation, non exécutée;

6° La promesse de dot, depuis Théodose.

D. Qu'est-ce que le compromis ?

R. L'accord des parties, pour soumettre leur différent à des arbitres.

D. Qui en a fait un pacte légitime ?

R. Justinien, comme de la transaction. Avant lui, ainsi que pour ce dernier pacte, on recourait à la sanction d'une clause pénale.

D. Ces pactes ont-ils des actions spéciales ?

R. C'est fort rare. L'action commune est une *condictio* dite *ex lege*. Dans la convention d'intérêt on agit par la *condictio ex mutuo*. Enfin le *receptitium* a une action nommée.

D. Qu'est-ce que ce constitut civil ?

R. Ce pacte que nous nommons spécialement civil, pour le distinguer d'un pacte prétorien, est une convention par laquelle un banquier s'engage à payer, à jour fixe, de l'argent, des denrées, ou des corps certains.

D. Pourquoi désignez-vous *un banquier* ?

R. Parce que ces commerçants seuls pouvaient prendre cet engagement sans employer la stipulation.

D. Pourquoi dites-vous *à jour fixe* ?

R. Parce que la convention demeure à l'état de simple pacte, si cette condition y fait défaut.

D. D'où et pourquoi a-t-on admis ce contrat en dehors de la stipulation ?

R. Vraisemblablement, à l'époque où les seuls citoyens avaient l'usage de la stipulation, il fallait donner un effet aux accords que faisaient avec toutes personnes les banquiers, qui pouvaient être eux-mêmes pérégrins. C'est ce que reconnut la jurisprudence et ce progrès fut exprimé par le nom du contrat : constitut (simple promesse).

D. Quelle action produit le constitut ? est-elle nommée ?

R. C'est l'action *receptitia*. Elle est nommée, car si elle ne reproduit pas l'image de l'acte du débiteur dans la convention, *constituere diem*, elle rappelle celui du créancier, *recipere diem*.

D. A quoi tend-elle?

R. Au paiement de ce qui a été promis, capital et intérêts bloqués.

D. Quel est son caractère ?

R. Personnelle, *in jus*, de droit strict, directe.

D. Le constitut civil et l'action *receptitia* sont-ils bien usuels ?

R. Non, parce que, d'une part, le pacte est spécial à une certaine classe de personnes, et que, d'autre part, le préteur l'a généralisé et comme absorbé dans le constitut prétorien.

D. Cette absorption ne se produisit-elle pas en définitive ?

R. Oui, car Justinien a fondu les deux espèces de constitut et fait disparaître le nom de l'action *receptitia*.

Section 4e. — *Des pactes adjoints.*

D. Qu'appelez-vous ainsi ?

R. Des pactes accessoires à un contrat nommé.

D. Mais ils peuvent être adjoints aussi à une mancipation ou autre acte constitutif de droit réel ?

R. C'est le contrat innommé, traité ci-dessus.

D. Les pactes adjoints produisent-ils l'action ?

R. En certains cas, d'après plusieurs distinctions.

D. Exposez donc méthodiquement cette matière.

R. Elle consiste à classer les pactes, les contrats et leurs énonciations à divers points de vue :

1° Les pactes ont lieu *in continenti* ou *ex intervallo*, selon que la convention accessoire est faite avec celle principale, formant contrat, ou après coup ;

2° Les contrats sont de bonne foi ou de droit strict ; l'adjonction à l'un ou tel importe fort ;

3° Les pactes peuvent être aggravants ou atténuants ;

4° Porter sur des points principaux ou secondaires du contrat.

D. Parlez donc des pactes faits *in continenti* pour un contrat de droit strict.

R. Ces pactes produisent un effet d'action, en général, dans le cas où ils sont atténuants.

D. Qu'entendez-vous par un effet d'action ?

R. Tous les contrats de droit strict sont unilatéraux. Il est difficile, dès lors, de faire une espèce ou l'atténuation de l'obligation qui en naît donnerait action au débiteur, mais le pacte opérera un effet d'action en restreignant *ipso jure* cette obligation.

D. Donnez un exemple à l'appui de la règle.

R. Le *mutuum* en est un bien choisi. Si je vous prête 10 pour que vous me rendiez 11, promis par un simple pacte aggravant, il ne me donne pas d'action ; si c'est à charge que vous me rendrez 9, l'action est, contre moi, éteinte à due concurrence, *ipso jure.*

D. Qu'entendez-vous par cet effet *ipso jure ?*

R. La restriction de l'obligation et de l'action naissant du contrat, dans la mesure fixée par le pacte, d'où découlent ces conséquences :

1° Le défendeur n'a pas besoin d'une exception, et cela est important, parce qu'elles sont plus rigoureusement réglées dans les instances de droit strict;

2° Le demandeur encourt la *plurispetitio.*

D. Pourquoi avez-vous dit : *en général ?*

R. Parce que les textes sur la stipulation semblent indiquer qu'on suivait une règle particulière pour ce contrat et que les pactes *in continenti*, même aggravants, s'y joignaient au principal. Lorsque le répondant ajoute ou retranche quelque chose aux énonciations du stipulant, si celui-ci en tombe aussitôt d'accord, la stipulation est censée faite sur ces bases et non dans les termes de l'interrogation.

D. Est-ce là une véritable dérogation ?

R. Rarement, en fait. Si le répondant modifie l'interrogation, ce sera très-généralement pour diminuer les quantités ; s'il ajoute, ce sera un terme, une condition.

D. Si le pacte se lie à un contrat *bonæ fidei* ?

R. Le pacte *in continenti* produit effet d'action, en restreignant l'obligation en faveur de qui l'invoque, ou lui conférant une obligation parfaite.

D. Quelle est cette action ?

R. Celle même du contrat. Nous avons vu que l'action *venditi* compète pour l'exécution du pacte commissoire et de celui de réméré.

D. Parlez des pactes faits *ex intervallo*, dans les contrats de droit strict.

R. Ces pactes restent dans la règle commune et créent une simple obligation naturelle. Si, par exemple, après un emprunt de 100 sacs, je vous accorde, vu le renchérissement du blé, de n'en rembourser que 95, je n'ai pas moins action pour 100. Je les demande sans plurispétition et vous ferai condamner si vous avez omis d'invoquer l'exception *pacti conventi* ou ne la justifiez pas.

D. En est-il ainsi dans les contrats de bonne foi ?

R. Oui, en principe. Les pactes *ex intervallo* n'y donnent pas non plus action. Mais les jurisconsultes ont fini par l'admettre pour les pactes portant sur les éléments essentiels du contrat (*substantialia*), non sur les points secondaires (*adminicula*) ; comme si le prix, dans la vente, est modifié en plus ou moins.

D. Hors de cette exception, et sous l'empire de la règle, la distinction de l'adjonction aux contrats de droit strict ou de bonne foi est-elle sans intérêt ?

R. Non, car si le pacte, de part ou d'autre, en ce cas, ne produit que l'exception, elle est différemment régie dans les *judicia stricti juris* où le juge ne peut examiner que celle insérée en la formule, et dans les instances de bonne foi, où l'on peut lui soumettre toutes les exceptions d'accord avec l'équité.

Section 5e — *Pactes prétoriens.*

D. Qu'a fait le préteur pour les pactes ?

R. 1° Il les a consacrés tous par les effets de l'obligation naturelle, notamment l'exception ;

2° Il a tiré de la catégorie commune, en leur donnant action, un certain nombre de pactes, pour ce motif appelés *prætoria*.

D. Est-ce une action commune à tous ?

R. Une action spéciale et nommée comme les pactes, en général. Mais ce n'est pas là le nom civil, qu'il ne dépend pas du préteur de conférer.

D. Quels sont les principaux de ces pactes ?

R. Le constitut, le serment, la dation en paiement et l'hypothèque.

D. Qu'est-ce que le constitut ?

R. L'engagement de payer une dette, pris envers le créancier ou son mandataire.

D. Quelle est l'origine de ce pacte ?

R. Le constitut civil, dont j'ai parlé aux pactes légitimes. Le droit civil donnait action, sur la *nuda promissio* de l'*argentarius*. Le préteur n'a fait que généraliser.

D. A quelles conditions naît l'action ?

R. 1° Une promesse de paiement, en termes ou forme quelconques, par un capable ;

2° Une dette antérieure en formant l'objet.

D. La promesse est-elle verbale, acceptée ?

R. On peut la faire *per nuntium*, *epistolam* ou *nutu*. L'acceptation est superflue.

D. Quel doit être le débiteur originaire ?

R. Le constituant ou un tiers, il n'importe.

D. Et pour la nature de l'obligation ?

R. Elle peut être civile et prétorienne, prétorienne, ou simplement naturelle.

D. Peut-on constituer la dette civile pure ?

R. Non, le préteur ne la reconnaît pas ?

D. Peut-on constituer au-delà de la dette ? Sinon, y a-t-il une sanction ?

R. L'engagement excessif est seulement réduit.

D. Est-il nécessaire d'indiquer un terme ?

R. Cette condition paraissait exigée par l'origine du constitut; mais l'édit ne la reproduit pas expressément. On donnait un terme moral, à défaut d'accord

D. Le constitut éteint-il la dette préexistante ?

R. Non : c'est contraire au but prétorien, l'équité.

D. Peut-on constituer pour tout objet?

R. Non; seulement les dettes de *certa pecunia*.

D. A quoi sert la promesse des choses déjà dues ?

R. C'est fort utile. Le constitut permet de :

1° Remanier une obligation civile, entre parties qui ne peuvent faire stipulation;

2° Donner action à une obligation naturelle;

3° Assurer deux actions au créancier;

4° Cautionner la dette civile ou naturelle.

D. N'y a-t-il pas particulièrement avantage dans le constitut qu'un *paterfamilias* fait de la dette de son esclave ou fils de famille ?

R. 1° Il peut, en effet, constituer au-delà du montant, non de la dette, mais du pécule.

2° La perte de ce pécule ou sa diminution devient alors indifférente, tandis qu'elle eût réduit ou effacé l'utilité de l'action *de peculio*.

D. Quelle est celle propre au constitut ?

R. On la nomme *de pecunia constituta*.

D. Quel est son caractère ?

R. Prétorienne, personnelle, de bonne foi.

D. En quoi diffère-t-elle de celle *receptitia* ?

R. J'indiquerai, aux *Actions*, les différences, que Justinien a effacées.

D. Et quelles différences y a-t-il entre le fidéjusseur et le constituant de la dette d'autrui ?

R. Le fidéjusseur s'engage par un contrat verbal et le droit strict, de constituant par une simple con-

ention. Toutes les différences découlent de là :

1° On ne devient fidéjusseur qu'au moyen des diverses conditions de forme de la stipulation ;

2° Le constituant peut, à l'encontre du fidéjusseur, s'engager plus rigoureusement que le débiteur principal, sans excéder le montant de la dette ;

3° Il doit les intérêts courus de la demeure ou promis par pacte ; le fidéjusseur ceux seulement stipulés ;

4° Le bénéfice de division, prétorien, ensuite légitime, ne compète au fidéjusseur que s'il l'a invoqué *in jure*. Le constituant peut le proposer *in judicio* et jusqu'à la condamnation ;

5° La litiscontestation avec le débiteur principal libère le fidéjusseur, mais non le *mandator*, on l'a vu, et non sans doute le constituant ;

6° A l'instar de ce dernier, il est sans doute déchargé si le créancier se trouve, par son fait, hors d'état de faire cession de ses actions.

D. Qu'est-ce que le pacte prétorien de serment ?

R. Le serment a été déféré ou référé entre deux parties sur l'existence d'un droit réel ou personnel. Il y a dès lors, comme sanction de ce droit, une action pour la partie en faveur de qui a tourné cette épreuve.

D. Est-ce là le serment judiciaire ?

R. Cette espèce de serment est déféré à l'une des parties par le magistrat (serment supplétoire), ou en sa présence tout au moins par l'autre partie, (serment décisoire, conf. C. C., 1357 et s.) Il s'agit ici d'un serment extrajudiciaire, sans analogie chez nous.

D. Le préteur a imité les contrats verbaux ?

R. Non. 1° Le silence de celui à qui on réfère le serment suffit à créer l'action prétorienne ;

2° Le droit ainsi sanctionné, par suite du pacte, peut être, soit personnel, soit réel.

D. N'y a-t-il pas ici la confusion que vous signaliez aux contrats littéraux ?

R. Pas précisément. Le demandeur *ex jureju-*

rando, au lieu d'alléguer telle ou telle cause préexistante d'obligation prouvée par le serment, le présente comme une cause. Le juge ne vérifie que le serment, et à l'encontre de la demande, il n'y a que les exceptions générales d'incapacité, de dol, de violence.

D. Quelle est l'action de ce pacte ?

R. *De jurejurando*, personnelle, prétorienne.

D. Ne peut-on en invoquer une autre ?

R. Celle *de pecunia constituta*, s'il s'agit de quantités.

D. Le préteur ne sanctionne-t-il pas autrement le serment extrajudiciaire ?

R. Oui, comme les *nuda pacta* même, par voie d'exception. Le juge doit rechercher si le défendeur a dénié sous serment l'existence d'un droit réel ou personnel, invoqué par le demandeur.

D. Et s'il y a condamnation pour parjure ?

R. Elle donne une exception ou une réplique, en réponse à l'action et à l'exception *de jurejurando*, qui seraient ultérieurement présentées. Mais, si elles l'ont été préalablement, il n'y a pas de restitution contre la sentence qui les a consacrées.

D. Qu'est-ce que la dation en paiement ?

R. Le pacte par lequel deux parties tombent d'accord de changer l'objet de l'obligation.

D. Quelle sanction y attache le préteur ?

R. A la fois l'action et l'exception.

D. Dans quelles circonstances ?

R. L'action, pour le créancier, afin d'obtenir le nouvel objet promis ; et, s'il continue à demander l'ancien, une exception *pacti conventi*, pour le débiteur.

D. Le débiteur lui-même n'a-t-il pas action ?

R. Oui ; si le créancier n'opère pas sa libération, (afin d'éteindre la dette en droit strict après l'exécution de la dation en paiement), il exercera la condiction *causa data causa non secuta*, pour ravoir ce qu'il a donné, et l'action *præscriptis verbis* si la reprise est impossible.

D. Pourquoi cette action des contrats innommés?

R. Parce que la dation rentre en la combinaison *do ut facias*. Ç'a dû être un contrat innommé avant que le préteur y attachât d'emblée l'action.

D. Est-ce l'action prétorienne qui sert, quand le pacte intervient après un contrat de bonne foi?

R. Non; il y a là *pactum adjectum ex intervallo* qui, portant sur un objet substantiel, est sanctionné par l'action du contrat.

D. Quel recours a le créancier évincé de la chose qu'il a reçue *in solutum*.

R. Dans l'opinion des Sabiniens, l'action ancienne et subsistante; d'après Ulpien, une action *utilis ex empto*, ayant acheté la chose au prix de sa créance.

D. Quel système lui est meilleur?

R. Cela dépend des circonstances. L'action ancienne est préférable, en général, comme s'il s'y rattachait des sûretés accessoires. Celle *ex empto* peut valoir mieux, quand la chose avait augmenté de valeur, car le créancier recevra, en dommages-intérêts, plus que le montant de la dette.

D. Ce pacte ne crée-t-il pas même un droit réel?

R. Oui; le créancier peut suivre aux mains des tiers l'objet de la dation en paiement; il se sert dans ce but de l'action servienne, créée pour le gage.

D. Qu'a-t-il besoin dès lors d'une action personnelle?

R. C'est que le droit réel ne peut naître que si l'objet de la dation est un corps certain.

D. Quel recours a le créancier évincé de la chose?

R. C'était un point débattu. Il me semble plus conforme aux principes de décider que l'action survit. Cela est certain pour moi, si le créancier n'a pas fait novation avant la tradition, ou, postérieurement, éteint l'obligation *ipso jure*. Dans le cas où il l'a fait, le défaut de dation annihile ces actes.

D. Qu'est-ce que l'hypothèque?

R. Une convention par laquelle on affecte à la

sûreté d'une obligation parfaite ou naturelle un objet déterminé, qu'on retient en pleine possession.

D. Quel droit résulte de ce pacte ?

R. Un droit réel seul, découlant du pacte même. C'est une des exceptions à la règle que les conventions ne sont pas des modes d'acquérir.

D. Quelle est l'action du pacte ?

R. Celle quasi-servienne, réelle, prétorienne.

TITRE XXVII

Des quasi-contrats.

Section 1re. — *Généralités.*

D. Que sont les quasi-contrats ?

R. Des faits licites, qui nous obligent, en vertu d'un consentement présumé ou de l'équité et de la loi.

D. Pourquoi dites vous *des faits licites* ?

R. Pour faire la part d'une autre source d'obligations, les délits et quasi-délits.

D. Pourquoi : *en vertu d'un consentement présumé ?*

R. Parce que si l'on est ici obligé parfois à son insu, ce n'est pas précisément malgré soi, et qu'il n'y a pas pourtant consentement formel.

D. Pourquoi : *ou de l'équité et de la loi ?*

R. Parce que, dans un certain système, on se refuse à admettre le consentement présumé et que tous les quasi-contrats peuvent se rattacher à des considérations d'équité sanctionnées par la loi.

D. Quelles sont les présomptions d'où l'on induirait le consentement tacite ?

R. On peut citer les suivantes : chacun est censé vouloir ce qui, sans lui préjudicier, est utile à autrui ; — ce qui lui est avantageux à lui-même ; — les conséquences de ses propres actes ; — nul n'est censé vouloir s'enrichir injustement aux dépens d'autrui.

D. Quel est le caractère des quasi-contrats ?

R. Ils sont ordinairement unilatéraux, et toujours réels dans le sens large du mot, c'est-à-dire que l'obligation y découle d'un fait.

D. Combien y a-t-il de quasi-contrats ?

R. Le nombre en est mal déterminé. On en peut citer principalement six : la gestion d'affaires, la tutelle, la communauté, le paiement de l'indû, le voisinage.

Section 2e. — *De la gestion d'affaires.*

D. Quand y a-t-il gestion d'affaires ?

R. Quand on accomplit spontanément quelque fait utile pour autrui à son insu et pour l'obliger.

D. Pourquoi dites vous: *spontanément, à son insu?*

R. Parce que, hors de ces conditions, il y aurait mandat : exprès, si le gérant a reçu l'ordre d'agir ; tacite, si, sans l'avoir commandée, le maître connaît et laisse poursuivre la gestion.

D. Quelles obligations découlent de là ?

R. Il en naît pour le gérant et pour le maître de l'affaire.

D. Quelles sont celles du *negotiorum gestor* ?

R. 1° Continuer sa gestion autant qu'il le faut ;

2° Rendre compte et payer le reliquat, s'il y a.

D. Le gérant est-il donc tenu de garder la gestion jusqu'à ce que le maître puisse la prendre ?

R. Non, sa situation serait bien plus rigoureuse que s'il avait un mandat. Comme le mandataire, il ne doit pas renoncer intempestivement. S'il fait couper des bois, il doit les rentrer, recouvrir la toiture qu'il réparerait, etc.

D. Quelles sont les obligations du maître ?

R. 1° Rembourser les avances, même avec les intérêts, que n'alloue pas notre jurisprudence ;

2° Réparer le dommage né du dol, de la faute.

D. Quelles personnes peuvent être tenues de ces diverses obligations ?

R. Toutes personnes, en principe, celles mêmes qui ne pourraient se lier par un consentement exprès. Le *negotiorum gestor* peut être une femme, un pupille, un fou ; le maître aussi, même un enfant non né.

D. N'y a-t-il pas quelque distinction à faire ?

R. Oui. Le fou, le pupille, le prodigue ne seraient pas responsables d'une interruption de leur gestion, intempestive, même dolosive à moins qu'ils fussent *doli capaces*. De même, quand c'est le maître qui est incapable, on apprécie plus rigoureusement l'utilité de la gestion.

D. Le quasi-contrat de gestion d'affaire est-il synallagmatique parfait ?

R. Non. Souvent, comme dans le mandat, il n'y a d'obligations que vis-à-vis du gérant et parfois, au contraire, vis-à-vis du maître seul. Enfin, il peut ne naître aucune obligation, cas auquel il n'y a plus quasi-contrat.

D. Donnez-en des exemples ?

R. Si je paie la dette d'un ami absent, ou la cautionne, je n'ai plus rien à faire ; lui, seulement, est obligé à me rembourser. Si j'entreprends une gestion

excessive. *animo donandi*, sans intention de me faire rembourser mes avances, le maître n'y est pas obligé: je suis seul tenu à parfaire mon entreprise. Enfin si, de même, *animo donandi*, j'accomplis un acte isolé, définitif, comme le paiement, *l'intercessio*, le maître n'est obligé, ni moi envers lui.

D. Si le travail qu'a fait accomplir le gérant, utile à l'origine, a ensuite péri, le maître doit-il encore en rembourser les frais?

R. Oui, ses deniers ont été épargnés.

D. En est-il toujours ainsi?

R. Oui, quelle que soit l'époque de la perte, sauf vis-à-vis des incapables. Quant à eux, on ne reconnaît l'utilité qu'autant qu'elle subsiste au temps de la litiscontestation (*secus*, C. C., 1306).

D. Le mandataire est-il mieux traité?

R. Oui, quand même la dépense serait voluptuaire, superflue, exagérée, il a droit à son remboursement s'il a suivi ses instructions (C. C , 1999).

D. De quelles fautes les parties se doivent-elles la réparation dans ce quasi-contrat?

R. Le maître est responsable de sa faute lourde, qui se rencontrera rarement. Le gérant preste celle très-légère, s'étant ingéré dans les affaires d'autrui.

D. N'y a-t-il pas des cas où sa responsabilité se trouve atténuée, aggravée?

R. Oui, le gérant ne répond que de ses fautes lourdes et légères, s'il s'est chargé de la gestion d'une chose indivise entre lui et des tiers. Il garantit celle lourde seulement, s'il y avait péril de l'affaire qu'il a accomplie. Enfin, s'il s'est livré, au nom du maître, à quelque entreprise anormale, comme s'il a employé l'argent d'un agriculteur à la construction d'un navire, il en réparera même la perte fortuite.

D. Quelles actions naissent du quasi-contrat?

R. Il en naît deux, qui portent son nom : *negotiorum gestorum*. L'une, *directa*, compète au maître, contre le gérant, comme sanction des obligations de

celui-ci ; l'autre, *contraria*, au gérant contre le maître, pour obtenir le remboursement des avances et les dommages-intérêts.

D. Quel est le capactère de ces actions ?

R. Elles sont civiles, personnelles, l'une directe, l'autre contraire, et toutes les deux de bonne foi.

Section 3e. — *Tutelle et curatelle.*

D. Qu'est-ce que la tutelle et la curatelle ?

R. Au point de vue où nous sommes placés, ce sont des gestions d'une espèce particulière, imposées par la loi, à titre de charge publique, à certaines personnes, des biens de celles qui, à raison du sexe, de l'âge, ou d'autres causes, ne peuvent administrer.

Le fait de ces gestions forme quasi-contrat.

D. Quel en est le caractère ?

R. Celui de la gestion d'affaires, du mandat.

D. Quelles sont les obligations du tuteur ?

R. Je les ai déjà indiquées. Je ferai seulement remarquer que le tuteur, à la différence du gérant ou mandataire, ne peut quitter l'administration que pour l'une des causes déterminées par la loi.

D. Quelles sont les obligations du pupille ?

R. 1° Rembourser les avances du tuteur ;

2° Réparer le dommage qu'il lui a causé par sa faute lourde ou son dol, s'il est *doli capax* ;

3° Lui donner garantie pour les obligations prises, les biens engagés dans l'intérêt de la gestion.

D. Le pupille ne répare-t-il pas les pertes nées fortuitement de la tutelle ?

R. Non, pas plus que le maître ne le fait pour celle qu'a souffertes ainsi le gérant.

D. Quel est le motif de cette anomalie quant au contrat de mandat ?

R. C'est qu'il n'y a, dans la gestion d'affaires et la tutelle, que des quasi-contrats, précisément, où le maître n'est obligé qu'en vertu d'une règle d'équité, sur laquelle se mesure son consentement : nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, et que la perte subie n'enrichit personne.

D. Quelles actions naissent de la tutelle ?

R. Il en naît deux, l'une, *tutelæ directa*, sanctionne les obligations du tuteur ; l'autre, *tutelæ contraria*, les obligations du pupille envers le tuteur.

D. Quels sont leurs caractères communs ?

R. Elles sont personnelles et de bonne foi.

D. En quoi diffèrent-elles ?

R. L'action donnée au pupille et à la femme contre le tuteur est directe et civile ; celle donnée contre eux, contraire et prétorienne.

D. Quelles particularités offre cette dernière ?

R. Elle ne peut être formée qu'à l'issue de la tutelle, dans le cas assez rare où le tuteur se trouvera créancier du pupille, d'après la balance de son compte, comme on l'a vu pour les actions contraires du commodat, du dépôt, du gage.

D. Quelles actions naissent de la curatelle ?

R. Nulle action spéciale. On applique ici, à titre utile, celles de la tutelle ou de la gestion d'affaires.

Section 4e. — *De la communauté et de l'hérédité.*

D. Qu'est-ce que la communauté ?

R. Le fait d'avoir une chose en commun, fait par suite duquel les co-propriétaires sont obligés réciproquement de venir à partage.

D. Qu'est-ce qui peut être indivis ?

R. Soit un objet particulier, soit encore une universalité, dans le cas où plusieurs personnes héri-

tent ensemble, se portent en commun *bonorum emptores*, etc.

D. N'y a-t-il pas, à proprement parler, deux quasi-contrats en cette matière ?

R. Oui, l'indivision produit à elle seule une obligation que j'ai indiquée. Mais il peut y avoir un autre quasi-contrat, résultant de l'administration de la chose indivise par l'un des communistes (ce qui revient à la gestion d'affaires), ou de la perception de ses fruits (ce qui ressemble au paiement de l'indû).

D. Quelles obligations peuvent donc naître de ces faits, fréquents en indivision ?

R. Celle de se faire compte, *ex æquo et bono*, comme dans la société, de ce dont l'un des communistes a pu s'enrichir aux dépens des autres.

D. Quelle est l'étendue de la responsabilité ?

R. Les parties se prestent réciproquement la faute légère, pesée *in concreto*.

D. Quelles actions naissent du quasi-contrat ?

R. Il y en a une pour toutes les parties ; mais, à raison de l'objet de l'indivision, l'action porte deux noms différents : *familiæ erciscundæ*, pour une hérédité ; *communi dividundo*, s'il s'agit d'un autre objet.

D. Quel est le caractère de ces actions ?

R. Elles sont directes toutes deux, de bonne foi, et mixtes, c'est-à-dire d'un caractère à la fois réel et personnel, ce que j'expliquerai, aux Actions.

D. Qu'obtient-on par ces actions?

R. 1° Le partage de l'objet indivis ;

2° L'attribution de sa part déterminée à chacun des co-partageants ou de l'entier objet à l'un d'eux, sauf retours de lot;

3° L'établissement d'usufruit ou servitudes prédiales sur les lots de certains co-partageants, selon que l'équité et l'utilité l'exigent;

4° La condamnation aux soultes convenables;

5° La prestation des fautes;

6° Et, plus généralement, le règlement des comptes des communistes.

D. Et si l'objet est impartageable?

R. On procède de même, sauf qu'il est alors intégralement attribué à l'une des parties, qui fait en argent la part des autres.

D. N'y a-t-il pas un quasi-contrat semblable?

R. Oui; c'est le voisinage. Les propriétaires voisins, par laconfusion de leurs limites, se trouvent en quelque sorte en communauté; ils sont alors exposés à empiéter l'un sur l'autre, et, en tous cas, ils peuvent avoir compte à se faire, au sujet des arbres placés aux confins, de leur entretien, de leurs fruits.

D. Quelle action naît de ce quasi-contrat?

R. L'action *finium regundorum*.

D. Qu'obtient-on par cette action?

R. 1° La reconnaissance des confins ou leur détermination;

2° La translation en propriété de l'un à l'autre voisin des parcelles nécessaires à la rectification;

3° La condamnation aux soultes convenables;

4° L'établissement des servitudes nécessaires;

5° La prestation des fautes, et enfin le règlement des comptes.

D. Quel rapport y a-t-il entre les trois actions dont vous parlez?

R. Elles forment ensemble le groupe des actions dites divisoires.

D. Quels sont leurs caractères propres?

R. 1° Le magistrat y peut donner la propriété par l'*adjudicatio*, *ipso jure* ou de droit prétorien;

2° Le demandeur est en même temps défendeur, en ce qu'il peut être condamné;

3° Ces trois actions sont mixtes, en quelque sorte, entre celles personnelles et celles réelles.

D. Qu'est-ce que l'hérédité?

R. A notre point de vue, c'est un quasi-contrat, par lequel on s'engage envers les légataires, et les fidéicommissaires, quand ils furent reconnus par la loi.

D. Pourquoi n'ajoutez-vous pas les créanciers?

R. Il n'y a pas besoin de supposer un quasi-contrat dans leur rapport. L'héritier leur est obligé *ex antiqua causa*, comme continuant la personne du *de cujus*, et non de son chef.

D. Ne dit-on pas communément que c'est par l'adition d'hérédité qu'on s'oblige envers les légataires et fidéicommissaires?

R. Cela est incomplet, car les héritiers nécessaires n'ont pas à faire d'adition, et sont obligés, comme les autres.

D. Quel est le principe de l'obligation?

R. Pour les *heredes extranei*, c'est l'adage qu'on est censé avoir consenti à toutes les conséquences de ce qu'on a voulu, et, pour les héritiers nécessaires, qu'ils sont présumés accepter la volonté du *paterfamilias*. Ici, pourtant, l'obligation légale est rigoureuse, et puise sa source plutôt dans le droit strict.

D. Quelle est l'action du quasi-contrat?

R. La *condictio*, avec un nom particulier : *actio ex testamento*, en cas de testament.

D. Les légataires avaient-ils toujours l'action personnelle?

R. Quand on s'attachait à la forme du legs, jadis, ils avaient l'action tantôt personnelle, tantôt réelle. Peu à peu, on leur donna les deux, et Justinien y ajouta celle hypothécaire.

Section 5°. — *Du paiement de l'indu.*

D. Qu'est-ce que le paiement de l'indu?

R. Un quasi-contrat, par lequel un tiers, vous payant par erreur ce qui ne vous était pas dû, même naturellement, on est obligé à le restituer.

D. N'y a-t-il pas un contrat nommé analogue?

R. Oui; c'est un contrat réel, le *mutuum*.

D. En quoi voyez-vous cette analogie?

R. 1° Le *mutuum* se forme par la remise seule;

2° Cette remise transfert la propriété, et il en est ainsi dans tout paiement;

3° Le débiteur est obligé à transférer la propriété d'une quantité fixe.

D. Oui. Mais dans le *mutuum*, c'est d'une même quantité de choses fongibles. Dans l'indu paiement, ne faut-il pas rendre ce qu'on a reçu?

R. Il est vrai, en principe. Mais le paiement proprement dit portant sur des sommes ou quantités fongibles, la substitution est indifférente.

D. Quelles sont ici les conditions essentielles?

R. Le paiement indu, l'erreur de fait du *tradens*.

D. Qu'est-ce que l'indu?

R. Ce qu'on ne doit pas, même naturellement.

D. Pourquoi ne le définissez-vous pas, comme on le fait parfois: une quantité au paiement de laquelle on pouvait se soustraire par suite du défaut d'action contre vous, ou de l'octroi d'une exception en votre faveur?

R. Parce que cela n'est pas toujours exact. Il faut que le refus d'action ou l'octroi d'exception soit conforme à l'équité. Ainsi vous m'avez fait un prêt d'argent. Un jugement m'a déchargé de ma dette, ou bien j'ai, comme fils de famille, le secours du sénatus-consulte macédonien. Ce sénatus-consulte et l'exception *rei judicatæ* ne sont pas conformes à l'équité. La dette naturelle subsiste, et si je vous paie, même par erreur, je n'ai pas la répétition.

D. Pourquoi parlez-vous de l'erreur de fait?

R. Parce qu'on distingue celle de fait et celle de droit, selon qu'une fausse notion vous laisse ignorer un moyen de fait ou un moyen de droit qu'on a pour se soustraire au paiement. Cette dernière espèce d'erreur, en général, ne donne pas la répétition.

D. Expliquez la différence par des exemples.

R. Titius accepte de moi le paiement que je devais à son homonyme. Je suis en une erreur de fait qui permet la répétition. Au contraire, j'acquitte en entier un legs, ignorant que la loi Falcidie m'autorise à m'y soustraire, c'est là une erreur de droit qui empêche la répétition.

D. Peut-on réclamer le paiement de la dette civile pure?

R. Oui, à moins qu'il ait eu lieu par erreur de droit ou de propos délibéré.

D. Si l'on paie volontairement l'indu, y a-t-il répétition?

R. Non; il y a une libéralité dans ce cas, pour lequel Paul a fait cet aphorisme: *Cujus per errorem soluti repetitio est, ejusdem consulto dati donatio est.*

D. Expliquez cette règle par des exemples.

R. Si vous payez par erreur à Titius 1^{us} ce que vous deviez à Titius 2^{us}, vous pouvez répéter. Si vous lui remettez sciemment la même valeur, il y a donation définitive. Si vous payez à Titius un prêt qu'il vous a fait sans fraude quand vous étiez fils de famille, que vous deviez naturellement, il y a paiement.

D. Quel est le caractère du quasi-contrat?

R. Il est unilatéral et de bonne foi.

D. Quelle action en naît?

R. La *condictio*, qui s'appelle ici *indebiti*.

D. L'auteur du paiement ne peut-il agir par revendication, au moins pour l'argent?

R. Non, en général, parce qu'il a perdu la propriété, qui est la source de cette action. La tradition faite avec l'intention de donner, reçue avec celle d'acquérir, même dénuée de cause, transfert la propriété, sauf s'il s'agit de *res mancipi*.

D. Ne pourrait-il exercer la condiction *causa data causa non secuta*, puisqu'il a payé en vue de se libérer d'une dette, résultat non obtenu?

R. Non plus : cette action était réservée au cas

où, pour la dation, le *tradens* avait eu en vue un résultat futur. Or, celà n'est pas, ici.

D. La *conditio* ne cesse-t-elle pas en certains cas, même dans les conditions énoncées ci-dessus?

R. Oui, c'est lorsque la remise peut paraître faite à titre de transaction.

D. N'y a-t-il pas un certain nombre de causes où cela est absolument présumé?

R. Oui, ce sont celles où la condamnation est portée au double contre le défendeur contestant l'action. Ce sont celles *judicati*, *depensi*, *depositi e misera*, *legati per damnationem*, *legis aquiliæ*, *de modo agri*, enfin celle en paiement de legs pieux, toujours au double, sous Justinien.

TITRE XXVIII

Par quelles personnes on acquiert les créances.

D. Par quelles personnes acquiert-on les créances?

R. Après avoir étudié la théorie analogue de l'acquisition des droits réels, j'ai déjà résolu la question d'acquisition de ceux personnels, à un point de vue spécial, en parlant de la stipulation des esclaves, et à un point de vue général, à propos du mandat.

D. Rappelez le principe essentiel ici.

R. Le principe du droit civil est celui-ci : Les

individus en dehors de nous se divisent en deux classes; les uns dépendant de nous, s'absorbant en notre personne. Toutes les acquisitions résultant de leurs actes sont pour nous, en fait de droits tant personnels que réels. Les actes des autres individus, dont la personnalité est entière et étrangère par rapport à la nôtre, s'ils ont quelque effet pour les droits réels, ne sauraient nous faire acquérir aucune créance.

D. Acquiert-on ainsi par toute personne qu'on a en sa puissance ?

R. Oui, sauf en ce qui concerne la *manus*, qui pouvait être *minus plena*, sans effet sur les biens, et le *mancipium* purement fictif.

D. Est-il nécessaire d'avoir l'esclave en propriété pour acquérir par ses contrats?

R. Non; il suffit qu'on en soit usufruitier, usager, ou possesseur de bonne foi, s'il s'agit du *servus alienus* ou d'un esclave putatif.

D. Dans quels cas acquiert-on alors les créances?

R. Dans les mêmes cas que les droits réels: l'usager acquiert par l'esclave *ex re sua*; l'usufruitier, *ex re sua* et *ex operis ejus*, et le nu-propriétaire ou l'esclave putatif par toute autre cause.

D. Ne devenons-nous créanciers, par nos gens, qu'en vertu de leurs contrats ?

R. Non; mais encore par leurs quasi-contrats (comme si un esclave péculé paie la dette ou répare la maison d'un absent), et par les délits ou quasi-délits dont ils sont victimes (comme si on injurie mon fils ou mon épouse *in manu*).

D. N'acquiert-on pas directement la créance d'un contrat fait par un tiers en notre nom ?

R. Nullement, d'après le droit civil. Mais, comme je l'ai dit au Mandat, le droit prétorien admit, en ce cas, une action *quasi-institoria*, supposant une absorption du mandataire en la personne du mandant, comme des personnes en puissance, qui sont véritablement des mandataires légaux.

D. N'acquiert-on pas la créance d'un contrat que fait un tiers pour notre compte seulement, sans mandat, ayant intérêt d'affection à l'exécution ?

R. Oh ! nullement. Tout au plus pourrait-il être question, pour ce tiers, d'avoir action lui-même à raison de cette espèce d'intérêt, comme l'enseigne le système fondé sur la loi 54 *mandati*, et d'après lequel la règle *alii stipulari nemo potest* ne serait applicable qu'aux contrats de droit strict. Mais j'ai dit, d'ailleurs, que ce système me parait mal fondé.

D. Puisqu'il est si rare que la créance née pour un citoyen puisse être exercée par un autre, les cessions sont fréquentes. Comment s'opèrent-elles ?

R. La cession directe est même inconnue. On emploie des expédients.

D. Quels sont ces moyens détournés ?

R. 1° Il faut que le débiteur que je veux céder à Titius consente à lui promettre directement ou à quelqu'un de sa *familia*. Titius m'est alors substitué.

2° Je donne mandat à Titius, ou à quelqu'un de sa *familia*, de recevoir pour moi ou de poursuivre en justice (s'il y peut comparaître), le débiteur cédé. Titius alors, ou son fils de famille, par exemple, est *procurator in rem suam*, ayant mandat de toucher une valeur dont il ne doit pas rendre compte.

D. Ce second mode n'est-il pas plus simple ?

R. Oui, certes, puisqu'il n'exige pas le concours du débiteur. Mais il a été longtemps impraticable, jusqu'à l'institution du mandat judiciaire.

D. Comment agit le mandataire ?

R. Par la formule dite Rutilienne, où il figure à titre de *procurator*. On finit par lui donner, sous le nom d'utile et pour son compte personnel, l'action même de son cédant.

D. Si le cédant lui-même veut poursuivre, comment se défend le cédé ?

R. S'il y a eu stipulation du cessionnaire, en général, c'est le cas de l'*expromissio*, et il oppose sa

décharge par novation. Si les parties n'ont pas voulu nover, le cessionnaire et le cédant sont créanciers solidaires, le premier qui agit est définitivement créancier, et le débiteur oppose à l'autre la *prévention*. De même, s'il y a simplement mandat donné en dehors du débiteur. S'il y a concouru, ou qu'il lui ait été signifié, il a une exception de pacte ou de dol contre le cédant qui le poursuivrait en dehors et en fraude du cessionnaire.

D. De même qu'on bénéficie de droits personnels actifs nés du chef des individus en puissance, n'est-on pas tenu par eux de droits passifs?

R. Non. En droit civil, cela est impossible. Notre condition ne peut être empirée par ces personnes.

D. Ne pouvons-nous être obligés à concurrence de leur valeur, de façon à la perdre?

R. Oui, en cas de délit. C'est la théorie de l'abandon noxal, des Douze-Tables.

D. Et, d'après le droit prétorien, admet-on plus?

R. Oui, dans certains cas où l'équité le commande, on admet l'action contre le *paterfamilias* à raison des contrats de ses gens.

D. Où verrons-nous cette matière exposée?

R. Aux Actions (livre IV, titres VII, VIII).

TITRE XXIX

De l'extinction des obligations.

Section 1re. — *Généralités.*

D. Comment les Romains rendent-ils cette idée?

R. Par l'expression de *solutio*, qui est mieux en rapport avec celles d'*obligatio* et *vinculum juris*.

D. Comment s'éteignent les obligations?

R. Par des événements nombreux, qui se groupent en deux classes : les modes extinctifs *ipso jure* et ceux qui libèrent *exceptionis ope*.

D. Quelle différence y a-t-il entre ces classes?

R. La principale différence tient au droit. Le mode d'extinction *ipso jure* fait qu'il n'y a plus de dette, et que le ci-devant créancier ne peut plus actionner. Les faits libératoires qui fournissent une simple exception n'empêchent pas que l'obligation subsiste; ils l'assoupissent, et elle peut revivre. Une compensation, par exemple, vous donne le droit de faire écarter l'effet de mon action; mais si vous cessez d'être mon créancier, ma créance subsistant, je réussirai enfin à vous faire condamner.

D. N'y a-t-il pas d'autres différences?

R. 1° Une très-importante, en procédure, surtout dans le système formulaire. Le mode extinctif *ipso jure*, s'il est immédiatement établi, fait refuser l'action au créancier, et, dans le cas contraire, peut toujours être proposé au juge. Les exceptions, au

contraire, ne le peuvent souvent qu'autant qu'elles lui sont indiquées dans la formule.

2o Notre classification répond, en général, à celle que j'ai donnée plus haut des modes d'extinction réels et personnels pour les obligations communes à plusieurs parties. Le cofidéjusseur ou codébiteur solidaire peut invoquer les modes libératoires intervenus entre un autre débiteur et le créancier, mais non les faits qui fondent simplement l'exception.

D. Quels sont les modes extinctifs *ipso jure?*

R. Le paiement, sous diverses formes, l'acceptilation écrite ou verbale, la novation, le dissentiment, l'impossibilité d'exécution, la dégradation d'état.

D. Ces modes ont-ils tous la même portée?

R. Non : ils sont généraux ou spéciaux, selon qu'ils libèrent ou non de toute espèce d'obligations.

D. Ne peut-on subdiviser encore ces derniers?

R. Oui. Certains d'entre eux, bien qu'impropres à libérer de toutes obligations, en éteignent de plusieurs sortes; l'impossibilité d'exécution, par exemple. D'autres n'opèrent que sur celles nées de telle source déterminée. On peut les dire symétriques.

D. Quels modes allons-nous étudier ici?

R. Ceux extinctifs *ipso jure*, renvoyant l'examen des autres aux Exceptions.

Section 2e. — *Du paiement.*

D. Qu'est-ce que le paiement?

R. Dans le sens le plus large, c'est l'exécution de l'obligation, soit par la tradition de la chose qui en faisait l'objet, soit par l'accomplissement du fait promis. Dans un sens étroit, c'est celle de l'obligation de *dare*.

D. Le paiement ne comporte-t-il pas parfois une abstention?

R. Oui, dans les obligations de fait négatif.

D. Le paiement n'est-il pas parfois fictif?

R. Oui, c'est le caractère de deux modes spéciaux d'extinction *ipso jure*, l'acceptilation écrite, ou verbale, et le paiement *per æs et libram*.

D. Comment se paient les obligations de *dare?*

R. En transférant la propriété, par l'*in jure cessio* ou la mancipation, s'il est nécessaire.

D. En ce cas, pour un esclave, par exemple, la tradition est-elle donc sans résultat?

R. Non, parce que le paiement constituant un juste titre au créancier et la tradition lui transférant la *possessio civilis*, il acquerra par l'usucapion.

D. Se peut-il que la remise de la chose due, avec emploi d'un mode propre à en conférer le domaine au créancier, y échoue?

R. Oui, si le *tradens* n'est pas lui-même propriétaire, ou tout au moins capable, s'il y a erreur.

D. Quelles conditions faut-il donc au paiement?

R. Dans le rapport du *tradens* : 1o qu'il soit propriétaire, 2o capable d'aliéner, 3o qu'il emploie pour le faire un mode translatif de la propriété.

D. Ne doit-il pas être, de plus, le débiteur?

R. Non, ce peut être un mandataire, un coïntéressé, comme une caution ou un codébiteur solidaire, ou un tiers sans intérêt, qui déclare payer au nom du débiteur, sans quoi il aurait la *condictio in debiti* (C. C. 1235 et 1236).

D. N'y a-t-il pas une exception?

R. Oui, relativement aux obligations de faire; quand le créancier a stipulé *intuitu personæ* du débiteur, c'est lui seul qui peut payer (C. C. 1237.)

D. Quel est l'effet du paiement par un tiers?

R. Le même que celui du paiement ordinaire, sauf les recours. Non-seulement il libère le débiteur, mais encore il peut faire naître des actions en sa fa-

veur, celle *pigneraitia directa*, pour ravoir ses gages, *mandati* ou *negotiorum gestorum contraria*, si le paiement est relatif à la gestion des affaires d'autrui; l'interdit *quod legatorum*, pour faire cesser l'envoi en possession des légataires, si des legs sont payés.

D. Quelles conditions sont exigées chez celui qui reçoit le paiement ?

R. Qu'il soit créancier, *institor* ou *quasi-institor* ou tuteur, et capable d'aliéner.

D. Le paiement ne vaut-il pas parfois, fait au mandataire sans pouvoirs ?

R. Oui, quand ils ont expiré, à l'insu du *solvens*, par l'affranchissement de l'*institor* ou *dispensator*, par la révocation du mandataire (C. C., art. 2005).

D. Un paiement nul en principe ne peut-il, d'ailleurs, valoir *ex post facto?*

R. 1° Quand les deniers remis par un incapable sont consommés de bonne foi (C. C. 1238) :

2° Quand, remis à un incapable, ils ont tourné à son profit (C. C. 1241):

3° De même quand ils ont été remis à un mandataire présumé, fils, frère, époux, ou à une personne de la *familia* non commise à cet effet :

4° Quand le paiement fait à une personne quelconque est ratifié par le créancier ;

5° Quand le *tradens* acquiert la propriété de ce qu'il avait remis en paiement ;

6° De même, quand l'*accipiens* l'a usucapé.

D. Le *paterfamilias* acquiert toutes choses par sa *familia* ; pourquoi donc n'est-il pas payé quand on remet la chose à ses fils ou esclaves ?

R. Parce qu'il n'est pas compromis par leur fait.

D. A quel moment examine-t-on l'*in rem versum* pour valider le paiement ?

R. Au temps de la litiscontestation. Il en est autrement en droit français. Si l'incapable, à qui j'ai payé, sans représentation ou assistance de tuteur ou curateur, a employé l'argent à refaire utilement la

toiture d'un bâtiment, plus tard incendié, mon paiement n'est pas moins valable (C. C. 1306).

D. Quelle est la dernière condition du paiement?

R. Qu'il soit fait au lieu indiqué (C. C. 1247). Comme cela est souvent incommode, ou même impossible, le préteur a institué une action particulière *de eo quod certo loco*, par laquelle le débiteur obtiendra de payer où il est, en faisant raison des frais de change et autres.

D. Peut-on payer la dette non échue?

R. Oui, quand le terme est mis dans l'intérêt du débiteur, ce qui est présumé; s'il en est autrement, le créancier peut refuser de recevoir.

D. Peut-on payer la dette conditionnelle?

R. Non, saut l'agrément de celui qui doit recevoir; parce qu'il n'est pas encore créancier et ne peut être obligé d'assumer les risques de la chose.

D. Quels effets produit le paiement?

R. Il éteint la dette avec tous ses accessoires, c'est-à-dire qu'il libère le débiteur, les fidéjusseurs, les choses engagées ou hypothéquées.

D. Le paiement est-il toujours ainsi extinctif?

R. Cela dépend de qui le fait. S'il émane d'un fidéjusseur ou codébiteur solidaire, qui ait droit à la subrogation légale, celui-là seul est libéré.

D. Pourquoi n'est-il pas alors extinctif?

R. Parce que, pour faciliter la cession des actions, ce n'est pas censé un paiement.

D. Ceux qui y ont droit peuvent-ils offrir le paiement?

R. Oui, pour obtenir du créancier la cession.

D. Un tiers désintéressé et non *intercessor*, a-t-il la cession d'action?

R. Nullement. En droit français, le tiers peut obtenir la subrogation conventionnelle, mais non l'exiger. Les Romains allaient moins loin encore et ne connaissaient que la subrogation légale. (Cf. C. C. 1236, 1249 et s.)

D. Qui peut empêcher le créancier de céder à un mandataire qui le paiera ?

R. Soit ! mais à la condition de ne pas recevoir présentement, ce qui éteindrait l'action.

D. Le tiers qui paie demeure donc sans recours ?

R. Il faut distinguer dans quel but il a payé. Si c'est par ordre, il a l'action *mandati* ; l'action *negotiorum gestorum*, si c'est pour obliger le débiteur. Enfin il est sans recours, s'il a voulu gratifier.

D. Le créancier peut-il être contraint de recevoir l'équivalent de ce qui lui est dû ?

R. Non, quand même le débiteur ferait valoir l'incommodité que lui cause le paiement de la chose due et en offrirait une plus précieuse (C. C. 1243).

D. N'y a-t-il pas d'exceptions ?

R. 1° Dans le commodat, où le créancier a le droit de reprendre sa chose avant le terme s'il en a un besoin urgent, on en peut fournir une autre ;

2° Dans le louage, le débiteur peut remplacer de même le fonds, ou la maison, objet d'éviction.

D. Peut-on contraindre le créancier à recevoir une partie de la dette ?

R. Non. Il y a quelques hésitations cependant, qui sans doute reviennent à l'exception d'équité consacrée chez nous par l'art. 1244 C. C.

D. N'y a-t-il par d'autres exceptions ?

R. 1° Les *intercessores* anciens, d'après la loi Furia et les *fidejussores*, en vertu du bénéfice de division, paient partiellement ;

2° Ainsi des successeurs, même prétoriens, sauf pour les obligations indivisibles ;

3° Ceux qui ont le bénéfice de compétence ne sont pas condamnés *in solidum* ;

4° Quand une dette n'est liquide que pour partie.

D. Comment obtenir les effets du paiement quand le créancier refuse de le recevoir ?

R. Par la procédure des offres et de la consignation.

D. Comment se fait-elle ?

R. On constate le refus et on cite le créancier en justice, où se fait l'offre itérative. La consignation a lieu séance tenante, s'il s'agit de deniers, au greffe, et, dans le cas contraire, au dépôt que le juge indique. (C. C. 1257 et s.)

D. Quand les offres sont-elles valables ?

R. 1° Faites par qui peut payer, c'est-à-dire le propriétaire de la chose, capable de l'aliéner, ou son mandataire.

2° Au créancier, capable de recevoir ;

3° Et n'ayant nul motif légal pour les refuser.

D. Quels effets produit cette procédure ?

R. Tous les effets du paiement, dans le rapport de celui qui l'a poursuivie. Ainsi, le créancier n'a pas acquis malgré lui la propriété de la chose consignée ; mais elle est mise à ses risques ; les intérêts cessent ainsi que les autres suites de la demeure. La créance est éteinte, dans le rapport de ceux qu'eût libérés un paiement conventionnel et les actions leur compètent auxquelles il aurait donné naissance, soit celles du créancier, soit celles *mandati* ou *negotiorum gestorum contraria*, soit celle *pigneratitia*, suivant les cas.

D. N'y a-t-il pas une procédure quelque peu pareille, propre aux fidéjusseurs ?

R. Oui, c'est la *provocatio*, par laquelle ils somment le créancier d'actionner présentement le débiteur, étant prêts à payer ce qu'il ne parfera pas.

D. Qu'appelle-t-on l'imputation des paiements ?

R. Le fait de choisir, parmi plusieurs dettes de même chose, existant entre les mêmes personnes, celle que doit éteindre le paiement reçu.

D. Qui fait ce choix ?

R. Le débiteur, le créancier ou la loi.

D. Comment le débiteur peut-il imputer ?

R. A son gré, pourvu que son paiement, ainsi dirigé, ne soit pas de ceux que peut refuser le créancier, paiement non intégral ou paiement de la dette conditionnelle, etc.

D. Comment peut imputer le créancier?

R. De telle façon qu'il fera agréer au débiteur. Il faut qu'il y ait convention (C. C. 1255).

D. Quelle est l'imputation légale?

R. Elle se fait à un point de vue d'équité et d'humanité. Ainsi d'abord sur les intérêts avant le capital, sur la dette exigible avant celle non échue; ensuite sur celle productive d'intérêts, munie de gage, de clause pénale, d'actions croissant au double ou infamantes, de préférence à celles qui ne comportent nulle de ces aggravations (conf. C. C., 1253 et s.)

D. Peut-on payer partiellement ou par équivalent, si le créancier s'y prête?

R. Oui. Cette dernière espèce de paiement est la *datio in solutum*.

D. La *datio in solutum* libère-t-elle *ipso jure*?

R. Dans les principes cela ne me paraît pas logique. On admettait que le débiteur peut actionner son créancier, pour obtenir la libération, après la *datio in solutum*, qui, évidemment dès lors, ne la lui procurait pas. Les Sabiniens créèrent la théorie de la libération de plein droit; elle est fort utile. Aussi Justinien paraît la consacrer.

D. Cette question s'élèvera-t-elle toutes les fois qu'on paie une chose au lieu de celle originairement convenue entre les parties?

R. Non; mais seulement quand cette substitution résulte d'un pacte *in continenti*, au moment du paiement, ou antérieur. S'il y a eu novation *verbis* ou *litteris*, elle a dissous *ipso jure* l'ancienne obligation.

Section 3e. — *De la novation.*

D. Qu'est-ce que la novation?

R. La transfusion d'une obligation en une autre.

D. Y en a-t-il plusieurs espèces?

R. On peut en donner une division, comme celle des stipulations. La novation proprement dite, ou volontaire, dépend de l'agrément des parties. Il y en a une autre, qu'on appelle judiciaire, nécessaire; elle peut se trouver par deux fois dans les instances, par la *litiscontestatio* et la *condemnatio*.

D. Qu'est-ce que la *litiscontestatio?*

R. Le moment, dans chaque action, où l'instance est liée et le mandat délivré au juge.

D. Quels effets produisent ces novations?

R. 1° Elles éteignent, chacune, l'obligation qui la précédait. Ainsi, quand une formule m'a été délivrée et que j'ai laissé périmer l'instance, je ne peux plus poursuivre mon débiteur, ni en vertu de mon titre qui a péri dans le procès, ni en vertu de l'obligation du contrat judiciaire éteinte par le laps de temps.

2° Les obligations pour lesquelles on avait une action temporaire, sont munies d'une perpétuelle : *actiones quæ morte vel tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent.*

3° La litiscontestation rend persécutoires, comme nées d'un contrat, les actions pénales : de là vient qu'on peut les poursuivre contre les héritiers, et, contre le *parens* les délits du *filiusfamilias.*

4° L'obligation née de la *condemnatio* a un nom et une action particulière, *judicati*, de la plus grande rigueur, aboutissant à la *manus injectio.*

5° Le procès jugé ne peut se refaire.

6° Les novations judiciaires n'arrêtent pas les effets accessoires de la dette auxquels ne suppléerait pas l'obligation nouvelle : ainsi, les intérêts courent toujours, les gages sont retenus. Justinien maintient aussi le lien des fidéjusseurs et codébiteurs solidaires, qui jadis étaient libérés.

D. Cette espèce de novation est-elle générale ?

R. Non ; ces deux novations n'ont lieu que dans les *judicia legitima*, avec le concours de deux autres conditions, que l'action soit personnelle et *in jus.*

D. Hors de là, on reforme donc les procès jugés ?

R. Oui, le magistrat ne peut se refuser à accorder l'action, pour la sanction de l'obligation originaire, qui subsiste, mais le défendeur la paralysera à l'aide de l'une de ces deux exceptions : *rei in judicio deductæ*, quand il y aura eu litiscontestation ; *rei judicatæ*, après la condamnation. Ces deux actes sont donc libératoires *ipso jure* dans les *judicia legitima*, avec les conditions susénoncées, et *exceptionis ope* hors de là.

D. Comment a lieu la novation volontaire ?

R. Par le changement de l'un des éléments constitutifs de l'obligation ou des accessoires.

D. Précisez le premier point.

R. Toute obligation a : 1° une cause, ce pour quoi on doit ; 2° un objet ou chose due, 3° des sujets, entre qui elle existe activement et passivement.

D. Montrez la novation par changement d'objet.

R. Quand on stipule cent au lieu d'un fait, etc.

D. Montrez le changement de cause.

R. Je vous dois cent, pour prix de vente. Vous les stipulez de moi ; c'est une dette verbale. On peut convertir plusieurs obligations en une seule, au moyen de la stipulation du jurisconsulte Aquilius Gallus et même des droit réels en obligations.

D. N'y a-t-il pas un contrat plus usuel pour cela ?

R. Oui ; l'expensilation n'a guère d'autre but, d'après Gaïus, que la novation, par changement de cause ou de sujet.

D. Comment change-t-on les sujets ?

R. De diverses façons, qui constituent des actes spéciaux et importants : l'expromission, la délégation, la cession et le mandat judiciaire, l'adstipulation, la solidarité.

D. Rappelez l'adstipulation et la corréalité.

R. Je fais promettre mon débiteur à un autre qu'à moi, contre qui j'ai ou non l'action de mandat. C'est alors, soit mon *adstipulator*, soit mon *correus stipu-*

landi. Si je promets à nouveau avec un autre, il y a dette solidaire.

D. N'y a-t-il pas là une différence de forme?

R. Oui, outre la question d'intention. La créance ne recevra l'*adstipulator* que si le créancier stipule de nouveau et j'ai admis le contraire pour les *correi*.

D. Expliquez le mandat judiciaire et la cession.

R. Je peux faire stipuler de Mœvius, mon propre débiteur, Titius, en vue de le rendre seul créancier à ma place. Ce procédé le crée mandataire (ou cessionnaire, ce qui ne se fait qu'indirectement.) La seule différence est que j'aie ou non action contre lui.

D. N'avez-vous pas dit que, pour faire un mandataire judiciaire, même intéressé, *procurator in rem suam*, il suffit du mandat, contrat consensuel ?

R. Oui, quand le mandat judiciaire fut admis; mais auparavant on faisait ainsi.

D. N'y avait-il pas d'autres moyens?

R. 1° Oui, on établissait Titius *cognitor*. Par le fait même d'agir sous son propre nom contre Mœvius, à l'époque où les *judicia legitima* étaient seuls connus, il devenait son créancier. C'est ce qu'on appelait céder par la litiscontestation ;

2° Dans un cas spécial, la femme qui voulait se constituer en dot sa créance, faisait faire la *dotis dictio* par son débiteur.

D. Avec celui du créancier, ces actes n'emportent-ils pas le changement de cause ?

R. Oui ; généralement, quand Titius stipule ce qui n'était pas dû *verbis* de même, et toujours, quand il y a constitution de *cognitor*.

D. Expliquez l'*expromissio* et la *delegatio*.

R. Ces novations, au contraire, ont lieu par changement de débiteur. C'est la libération par l'engagement d'un tiers à la place du débiteur. Il y a cette différence que l'*expromissor* agit avec le créancier seul; tandis que, le débiteur devant concourir à la *delegatio*, il s'y trouve trois personnes : Titius délé-

guant et libéré, qui offre Mœvius, délégué, au créancier Sempronius, délégataire.

D. N'y a-t-il pas extinction de plusieurs créances?

R. Oui, en général. Mœvius ne consentira à s'obliger à Sempronius qu'à raison de ce qu'il était déjà débiteur de Titius. Il y a extinction des obligations de Mœvius à Titius, et de ce dernier à Sempronius.

D. Ne peut-il y avoir extinction de plus encore?

R. Oui, si vous supposez le concours de plus de trois personnes. On fait alors promettre Titius à Scapula, créancier de Sempronius, qui est libéré, etc. C'est ainsi que la *transcriptio a persona in personam*, dans l'expensilation, était une arme de crédit.

D. N'y a-t-il pas une autre façon de délégation?

R. La novation exposée, déchargeant le délégant, laisse Sempronius en perte, si Mœvius ne paie.

D. On y a donc remédié?

R. Oui, par une opération, analogue à la fois à la délégation, à la *procuratio in rem suam* et au *mandatum pecuniæ credendæ*. Titius, non content de présenter Mœvius au créancier, donne mandat à Sempronius d'en stipuler : de là naît pour celui-ci, à défaut de paiement, l'action *mandati contraria*.

D. N'y a-t-il pas d'autres remèdes encore?

R. Oui, qui sont dans le droit commun. Titius peut se porter encore débiteur subsidiaire par la fidéjussion ou le constitut, ou codébiteur solidaire de Mœvius. Notre loi ne connaît sous le nom de délégation que celle avec recours subsidiaire, qui, moins juridique peut-être, est utile et pratique (C. C., 1275).

D. La stipulation, forme employée dans tous ces actes, ne peut-elle laisser de doute sur les obligations qu'on a voulu faire naître, réserver ou éteindre?

R. Oui, quand, après Titius, Mœvius vient promettre cent à Sempronius, ce peut être, en combinaisons différentes et selon l'intention des parties, pour que Mœvius soit : 1° codébiteur solidaire, 2° ou fidéjusseur, 3° ou *expromissor*, 4° ou délégué, 5° ou

débiteur, indépendant, d'une autre même quantité.

D. Ce doute se soulèvera-t-il toujours?

R. La forme employée peut n'y pas donner lieu, par exemple si l'on a pris le verbe *fidejubere* ou la combinaison indiquée pour créer la solidarité.

D. S'il subsiste, comment le résoudre?

R. J'ai dit que les jurisconsultes en firent une question d'intention; mais, pour la reconnaître, chaque école avait son système; de là des débats.

D. Justinien n'y a-t-il pas mis une fin?

R. Oui, en proclamant une présomption négative, la plus favorable au créancier, savoir qu'en promettant 10⁰/₀ à Sempronius, à qui Titius devait déjà la même somme, Mœvius n'a pas entendu le libérer, mais contracter une dette indépendante, tout au moins subsidiaire ou solidaire (C. C. 1273).

D. Comment novation peut-elle résulter seulement d'un changement d'accessoire?

R. La simple adjonction d'un terme, d'une fidéjussion, d'un gage, d'une condition, ou leur retrait, si telle est d'ailleurs le vœu des parties, suffit à faire la novation, que les Romains admettent plus aisément que nous. (C. C., art. 1271.)

D. L'adjonction de fidéjusseur nove-t-elle?

R. Vous faites allusion au système qui attribue à une erreur la substitution du mot *fidejussor*, de Justinien, à celui de *sponsor* employé par Gaïus. Je crois volontiers qu'on stipulait à nouveau pour engager le *sponsor*, en même temps que le débiteur principal: mais cela ne justifie pas la critique, puisque l'*adjectio pignoris* suffit pour constituer novation.

D. Et comment le comprendre pour la *detractio fidejussoris?*

R. Parce que, en pareil cas, on stipule à nouveau, en effet, du débiteur seul.

D. Pourquoi ne pas faire avec le fidéjusseur seul, au contraire, soit l'acceptilation, soit un pacte *de non petendo*.

R. Le dernier moyen ne lui aurait fourni qu'une exception. Le premier mode d'extinction réel aurait libéré définitivement le débiteur.

D. Quand on nove à terme une obligation pure, n'est-elle éteinte qu'à l'événement?

R. Non, puisque l'obligation à terme est, dès à présent, née et parfaite.

D. Et quand on nove une obligation conditionnelle en une pure, est-elle éteinte?

R. Oui, en général. L'intention des parties, pourtant a pu y sous-entendre la condition.

D. Et dans l'hypothèse inverse de changement?

R. Il y a ou non novation, suivant les cas.

D. Quelle distinction faut-il donc suivre?

R. Simplement si la condition s'accomplit ou manque. Au premier cas, le contrat est noué et il y a novation. Au second, il n'en sort rien, pas même l'effet extinctif. Toutes les chances sont donc, dans cette convention, pour le créancier.

D. Quelles obligations peut-on nover?

R. Toutes s'y prêtent, activement, passivement.

D. Peut-on nover les obligations naturelles?

R. Précisément, c'est un de leurs effets importants. On peut nover une obligation civile par une naturelle, en se faisant promettre par un incapable.

D. Le pupille non assisté, en promettant, contracte donc une obligation naturelle?

R. Oui; ce point de droit le prouve; car, s'il n'en contractait aucune, sa promesse ne pourrait nover, comme je l'ai dit de celle conditionnelle.

D. Et la promesse de l'esclave, peut-elle nover?

R. C'était controversé, mais on décidait généralement la négative. J'ai dit cependant que les esclaves deviennent naturellement créanciers ou débiteurs par leurs conventions avec les tiers ou les gens de la *familia* et que leurs dettes se prêtent à la fidéjussion et au constitut. La différence est mal expliquée.

Section 4e — *Impossibilité; perte de la chose.*

D. Pourquoi l'impossibilité est-elle libératoire?

R. Les obligations impossibles sont nulles. Or, il n'y a pas lieu de distinguer le cas où elles sont devenues impossibles de celui où elles l'étaient *a priori*. De même l'*interitus rei* est libératoire, parce qu'on ne peut faire d'une chose périe l'objet de l'obligation. Ce n'est qu'une face de l'impossibilité.

D. Donnez un exemple de l'impossibilité d'exécution?

R. Supposons qu'un peintre perde la main.

D. Lui dois-je, en ce cas, le prix du tableau commandé, comme cela serait en cas de vente?

R. Non. Voici la raison de la différence : l'obligation dans la vente est unique et le prix dû en bloc, tandis que dans le louage le *locator* doit le gagner par une prestation successive de la chose.

D. Quand y a-t-il *interitus rei?*

R. Non-seulement quand l'objet périt matériellement, mais s'il est retranché du commerce, comme un esclave affranchi, une maison confisquée, une *res extincta*.

D. Quand la perte est-elle libératoire?

R. Quand la chose a été individualisée par la convention des parties, ce qu'expriment les deux règles: *debitor speciei interitu rei liberatur*, et *genera non pereunt*, comme je l'ai dit.

D. N'y a-t-il pas des exceptions à la première?

R. 1° Quand la perte est du fait du débiteur;

2e A plus forte raison, de sa faute;

3° Quand il était en demeure.

D. Pourquoi parler du fait, en dehors de la faute?

R. Parce que j'ai dit que mon fait même licite est excepté, comme si j'ai tué mon esclave en légitime défense, ou affranchi *bona fide* (Inst. II, XX, § 16).

D. Cependant que reprocher au débiteur?

R. Rien ; on ne lui demande pas de dommages-intérêts ; mais on ne lui permet pas de se procurer indirectement sa libération. Nous suivons la même règle et l'art. 1245 C. C. porte bien le mot *fait* qui est omis dans l'art. 1302 (*adde* 1628).

D. Et s'il y a faute, non simple fait ?

R. En ce cas, outre la valeur de la chose, le débiteur paiera des dommages-intérêts.

D. La demeure fait-elle toujours exception ?

R. En ce cas, s'il y a faute, la demeure importe peu ; mais, pour le cas fortuit, distinguons s'il est relatif ou absolu.

D. Expliquez cette distinction et ses conséquences.

R. Le cas fortuit relatif est celui qui n'a atteint la chose qu'à raison de l'état, de l'assiette où l'a laissée le débiteur, par exemple un cheval brûlé dans sa propre écurie. Il est général, quand il devait nécessairement ruiner la chose, par exemple un champ emporté par le fleuve : et qui eût péri malgré la délivrance (C. C. 1302).

D. Pourquoi le débiteur est-il alors libéré ?

R. Parce que son fait n'a pas concouru à la perte, ni causé nul dommage au créancier.

D. N'a-t-il pas une obligation pourtant ?

R. Oui, s'il y a lieu, celle de délivrer les débris de la chose, et les actions contre ceux à qui la perte en est due, par exemple celles *furti*, *damni injuriæ*.

D. Et si la chose périe revit ou se retrouve *in commercio*, la dette revit-elle ?

R. Non, parce qu'aux yeux des Romains ce n'est plus la même chose. Cette théorie est souvent forcée et injuste. On pourrait la comprendre pour le champ reconstitué par l'alluvion ; mais non dans le cas d'une maison confisquée ou consacrée, puis restituée à son maître. La *res extincta* seule est identique.

Section 5ᵉ — *Modes d'extinction symétriques.*

D. Quel est le principe de ces modes?

R. *Nil tam naturale est quam quidquid dissolvi eodem modo quo contractum est.*

D. Quels sont les modes symétriques ?

R. Il y en a cinq ; correspondant, l'un à l'ancien contrat du *nexum* et les quatre autres aux quatre classes de contrats que j'ai étudiées.

D. Quel est celui créé pour le *nexum?*

R. Un paiement fait aussi *per æs et libram*, en remettant au créancier son argent par la balance avec le *libripens*, les 5 témoins, des paroles solennelles, et en personne, car c'est un acte légitime.

D. Quelle a été la destinée de ce rite ?

R. Sérieux jadis, il n'était plus que fictif sous Gaïus, qui nous le révèle. On touchait la balance avec un *as* ; et on le donnait au créancier. Puis il disparut.

D. Sous Gaïus, à quelles obligations s'applique ce mode ?

R. Non plus aux contrats réels, mais seulement 1ᵒ à celle *judicati pro certa pecunia*, qui emportait la *manus injectio*, comme celle *nexi*, 2ᵒ au legs *per damnationem*, non pas, comme on l'a dit, parce que le testament se fait *per æs et libram*, motif commun à toutes les formes, mais parce qu'il y a comme une *condemnatio.*

D. Y a-t-il un mode spécial aux contrats réels ?

R. Non, pas en dehors du rite *per æs et libram* qui a dû s'y appliquer originairement. Le mode symétrique serait le paiement, mais il est général.

D. Quel est celui pour l'obligation née *litteris?*

R. L'acceptilation proprement dite, littérale. C'est le fait du créancier qui, à titre gratuit ou onéreux, porte à son débit, comme reçue, la valeur qu'il avait portée à son crédit comme fournie. Le débiteur fait

l'inverse et l'écriture nouvelle neutralise l'ancienne. En comptabilité, c'est un contrepassement.

D. Pourquoi à titre gratuit ou onéreux ?

R. Selon que, directement ou non, il a reçu cette valeur. Titius peut faire acceptilation à Mœvius en lui donnant sa fille en mariage. Il lui fournit sa dette pour dot.

D. Les textes ne mentionnent pas ce mode d'extinction ?

R. Il est vrai, Gaïus notamment. Mais c'est une suite forcée et très-utile du contrat littéral.

D. Quel est le mode spécial aux contrats verbaux ?

R. On le nomme communément l'acceptilation ; mais ce n'est que la déclaration ou reconnaissance verbale d'une acceptilation fictive.

D. Comment se fait ce paiement imaginaire ?

R. C'est un acte légitime qui s'accomplit *verbis*, par une interrogation sacramentelle et la réponse congrue, comme la stipulation. Ici, c'est le débiteur, qui demande au créancier s'il s'est *débité* de la valeur de la *créance* ; celui-ci répond qu'il s'en est débité et feint ainsi l'existence d'un crédit du débiteur.

D. Quelles sont les conditions de cet acte?

R. Celles des actes légitimes, des contrats verbaux, en général.

D. Que résulte-t-il du premier point de vue ?

R. Qu'on ne peut faire acceptilation, dans un sens ni dans l'autre, par mandataire ou avec modalité. On peut cependant faire acceptilation de la dette à terme ou sous condition, en taisant ces clauses : *in actibus legitimis expressa nocent, non expressa non nocent.*

D. Et du second point de vue ?

R. Qu'à l'instar de la stipulation, l'acceptilation est interdite aux absents, sourds, muets, fous, *infantes* ; que les pupilles et prodigues y peuvent interroger, non répondre sans assistance ; que, jadis, elle était reser-

vée aux citoyens et pouvait se faire en latin seulement.

D. Quelles différences signalez-vous avec le paiement ?

R. 1° Il peut être *in suspenso*, tandis que l'acceptilation n'est jamais conditionnelle ;

2° Le paiement peut se faire, activement ou passivement, par mandataire ;

3° On discutait s'il était permis de faire acceptilation pour partie : le paiement fractionnaire, conventionnel, était fort possible.

4° Le pupille, qui ne peut payer, le fait ainsi fictivement ;

5° La femme, qui peut recevoir un paiement réel, ne peut répondre en cet acte, sans son tuteur.

D. L'acceptilation verbale dissout-elle toutes les obligations de ce genre ?

R. Oui, mais non pas, *du moins directement*, celles réelles, littérales, *etc.*

D. Le débiteur reste-t-il donc alors obligé ?

R. Le rite impropre est inutile ; mais il reste la convention, qui fournit au débiteur l'exception *pacti conventi*. De même des autres modes spéciaux employés à tort.

D. Pourquoi dites-vous *pas directement ?*

R. Parce qu'il y a moyen de dissoudre médiatement, par l'acceptilation verbale, une obligation d'autre nature ; c'était de la nover d'abord par la stipulation. Nul doute qu'on pût aussi, en novant toute espèce de dettes par l'expensilation, y appliquer jadis l'acceptilation littérale.

D. Ne créa-t-on pas une formule commode ?

R. Oui, la stipulation dite Aquilienne qu'inventa le prêteur Gallus Aquilius et par laquelle on récapitulait avec soin toutes les causes qui pouvaient obliger les parties, (sauf à elles à en retrancher), pour faire naître une dette unique, à laquelle on appliquait l'acceptilation verbale.

D. Pourquoi les redondances de la formule ?

R. Chaque mot y a, au contraire, un sens propre et l'emploi en est justifié par la précision qu'exigeait la procédure romaine. *Actio* et *petitio* désignent les actions personnelles et réelles; *persecutio*, les *cognitiones extraordinariæ*. De même, les mots *tenes*, *possides*, *habes*, se rapportent aux trois espèces de possession.

D. Quel mode est spécial aux contrats consensuels ?

R. C'est le mutuel dissentiment, qui dissout les obligations ainsi formées, quand elles n'ont reçu aucune exécution.

D. Quel est son effet après l'exécution unilatérale ?

R. Celui d'un pacte, l'extinction *exceptionis ope*. Par exemple, si après avoir reçu de vous la chose vendue, je vous la rétrocède, je suis libéré par l'exception de compensation. Je le suis par celle *pacti conventi* ou *de dolo*, si vous me faites simplement remise du prix.

D. N'y a-t-il pas des obligations non consensuelles, dissoutes par la convention?

R. Oui celle de vol, celle d'injures, parce que la loi le dit, et toutes les obligations naturelles, parce qu'elle ne reconnaît pas plus leur cause d'origine que celle d'extinction.

D. Le dissentiment d'une seule des parties n'est-il pas parfois extinctif?

R. Oui, dans les contrats qui exigent la bonne harmonie entre elles : la société, le mandat et un contrat non classé, le mariage.

Section 6e. — *Autres modes d'extinction* ipso jure.

D. Quels derniers modes voulez-vous citer ?

R. Le laps de temps, la mort, la *capitis deminutio*, l'*injure cessio*, la double cause lucrative.

D. Pourquoi n'ajoutez-vous pas la confusion?

R. Quand les qualités de débiteur et créancier se trouvent réunies sur la même tête, par la succession, il n'y a qu'un assoupissement des actions, naissant de l'impossibilité de les exercer contre soi-même, comme l'empêchement relatif de stipuler sa propre chose ou de l'avoir par legs.

D. En cet état la créance peut-elle produire des effets?

R. Même en cet état, en attendant qu'elle recouvre sa force, si la confusion cesse. Le créancier ayant succédé à son débiteur est autorisé à prélever ce qui lui est dû, avant de calculer la quarte falcidie. S'il y a pluralité de personnes débitrices ou créancières, la confusion sur la tête de l'une n'empêche point l'exécution et l'action quant aux autres. Ainsi, l'un des co-débiteurs solidaires, ayant succédé au créancier, peut poursuivre les autres, sauf sa part. L'un des fidéjusseurs peut poursuivre ses cofidéjusseurs, sauf la même déduction, s'ils invoquent le bénéfice de division, parce qu'il est alors toujours solvable.

D. Quel est l'effet de la *capitis deminutio*?

R. 1° Elle nous libère, *jure civili* seulement, de nos dettes, sauf quelques exceptions;

2° Elle éteint entièrement celles du *sponsor* et *fidepromissor*;

3° Elle éteint aussi, seulement *jure civili*, les créances de patronage;

4° La *magna* dissout les contrats de mandat, de société et jadis le mariage et les fiançailles.

D. La mort est-elle toujours extinctive?

R. Non. Celle du débiteur éteint:

1° La dette du *sponsor* du *fidepromissor*, et du latin junien;

2° Celle du bailleur d'industrie, dans la *locatio operarum* et *operis*;

3° Les obligations nées des délits et non novées par la litiscontestation

4° La mort du créancier éteint l'action d'injure;

5° Celle de l'une ou l'autre partie dissout les contrats de mandat, de société, les fiançailles, le mariage.

6° Celle du latin junien, de la femme *in manu*, du fils de famille avant qu'il pût tester, éteignait toutes les obligations.

D. Le terme est-il extinctif en général?

R. Moins encore que la mort, et dans deux cas seulement: pour l'obligation *injuriarum* 1 an, pour le *sponsor* et *fidepromissor* 2 ans.

D. Et l'*in jure cessio*?

R. Aussi en une seule hypothèse, savoir quand on cédait ainsi une *hæreditas adita*, parce qu'on ne peut céder les créances, même *in universum*.

D. Y a-t-il un moyen d'éviter cet effet?

R. Oui, 1° quand on est héritier volontaire, on n'a qu'à faire l'*in jure cessio* avant l'adition; 2° on peut faire cession par le mandat donné au cessionnaire ou en le faisant stipuler des créanciers héréditaires.

D. Vous avez cité un dernier mode?

R. Oui, énoncé dans cette règle: *duas causas lucrativas in eamdem rem et eamdem personam concurrere non posse.*

D. Quelles en sont les applications?

R. 1° J'ai expliqué celles relatives aux legs.

2° De même dans les donations. Si deux personnes m'ont promis successivement le champ Sempronien, à titre gratuit, l'exécution par l'une d'elles éteint l'obligation de l'autre.

D. Pourquoi n'ajoutez-vous pas la confusion?

R. Quand les qualités de débiteur et créancier se trouvent réunies sur la même tête, par la succession, il n'y a qu'un assoupissement des actions, naissant de l'impossibilité de les exercer contre soi-même, comme l'empêchement relatif de stipuler sa propre chose ou de l'avoir par legs.

D. En cet état la créance peut-elle produire des effets?

R. Même en cet état, en attendant qu'elle recouvre sa force, si la confusion cesse. Le créancier ayant succédé à son débiteur est autorisé à prélever ce qui lui est dû, avant de calculer la quarte falcidie. S'il y a pluralité de personnes débitrices ou créancières, la confusion sur la tête de l'une n'empêche point l'exécution et l'action quant aux autres. Ainsi, l'un des codébiteurs solidaires, ayant succédé au créancier, peut poursuivre les autres, sauf sa part. L'un des fidéjusseurs peut poursuivre ses cofidéjusseurs, sauf la même déduction, s'ils invoquent le bénéfice de division, parce qu'il est alors toujours solvable.

D. Quel est l'effet de la *capitis deminutio*?

R. 1° Elle nous libère, *jure civili* seulement, de nos dettes, sauf quelques exceptions;

2° Elle éteint entièrement celles du *sponsor* et *fidepromissor*;

3° Elle éteint aussi, seulement *jure civili*, les créances de patronage;

4° La *magna* dissout les contrats de mandat, de société et jadis le mariage et les fiançailles.

D. La mort est-elle toujours extinctive?

R. Non. Celle du débiteur éteint:

1° La dette du *sponsor* du *fidepromissor*, et du latin junien;

2° Celle du bailleur d'industrie, dans la *locatio operarum* et *operis*;

3° Les obligations nées des délits et non novées par la litiscontestation

4° La mort du créancier éteint l'action d'injure;

5° Celle de l'une ou l'autre partie dissout les contrats de mandat, de société, les fiançailles, le mariage.

6° Celle du latin junien, de la femme *in manu*, du fils de famille avant qu'il pût tester, éteignait toutes les obligations.

D. Le terme est-il extinctif en général?

R. Moins encore que la mort, et dans deux cas seulement: pour l'obligation *injuriarum* 1 an, pour le *sponsor* et *fidepromissor* 2 ans.

D. Et l'*in jure cessio*?

R. Aussi en une seule hypothèse, savoir quand on cédait ainsi une *hæreditas adita*, parce qu'on ne peut céder les créances, même *in universum*.

D. Y a-t-il un moyen d'éviter cet effet?

R. Oui, 1° quand on est héritier volontaire, on n'a qu'à faire l'*in jure cessio* avant l'adition; 2° on peut faire cession par le mandat donné au cessionnaire ou en le faisant stipuler des créanciers héréditaires.

D. Vous avez cité un dernier mode?

R. Oui, énoncé dans cette règle: *duas causas lucrativas in eamdem rem et eamdem personam concurrere non posse.*

D. Quelles en sont les applications?

R. 1° J'ai expliqué celles relatives aux legs.

2° De même dans les donations. Si deux personnes m'ont promis successivement le champ Sempronien, à titre gratuit, l'exécution par l'une d'elles éteint l'obligation de l'autre.

LIVRE IV

TITRE I

Des obligations naissant des délits. (Du vol.)

Section 1re. — *Nature, division des délits.*

D. Qu'est que le délit ?

R. Un fait illicite et préjudiciable obligeant au paiement d'une peine, pour le dol ou la faute, et à la restitution, quand elle est possible.

D. Quel est l'objet de l'obligation délictueuse?

R. Elle peut ainsi en avoir deux : la peine et parfois la restitution.

D. Quel est le caractère de cette obligation ?

R. 1° Elle est réelle, dans le sens large du mot, ne naissant que du fait délictueux;

2° Elle n'oblige pas ceux qui ne peuvent consentir, sauf s'ils sont *doli capaces*;

3° Elle est personnelle et survit à la *capitis minutio* du débiteur;

4° Intransmissible contre les héritiers, en général;

5° N'atteignant pas le pécule des fils de famille, suivant le système généralement enseigné.

D. Comment divise-t-on les délits ?

R. En délits publics et délits privés?

D. Suivant quelle distinction?

R. D'après la nature de leur action spéciale, qui peut être elle-même ou publique ou privée.

D. En quoi ces actions diffèrent-elles donc?

R. Par leur sujet et leur objet.

1° L'action publique compète à tous les citoyens admis à postuler; l'action privée, seulement à celui que désignent les règles propres à chaque délit;

2° La première tend à faire prononcer des peines pécuniaires dans le seul intérêt de l'Etat et des peines afflictives : la mort, l'exil, la fustigation, etc., dans l'autre, il y a peine pécuniaire au profit de la victime et parfois en même temps restitution.

D. Quel est le principe d'après lequel les délits sont sanctionnés de l'une ou l'autre façon?

R. Selon qu'ils causent ou non un mal social.

D. Certains délits n'ont-ils pas l'un et l'autre caractère ?

R. Oui, pour ceux qu'on a fini par envisager comme un mal social ; mais cela n'a pas dénaturé leur dénomination originaire.

D. Combien y a-t-il de délits privés ?

R. Justinien en cite quatre: le vol, la rapine, le *damnum*, l'injure.

D. Est-ce qu'il y en a davantage ?

R. On connaît des faits illicites, engendrant des obligations avec un nom et une action spéciale : *servi corrupti*, *rerum amotarum*, *de calumnia*, *expilatæ hæreditatis* ; mais Gaïus et Justinien ne nous indiquent pas que ce soient des délits privés.

D. Comment expliquer cela ?

R. Dans un premier système, qui n'admettrait

que quatre délits privés, les autres faits constitueraient des quasi-délits. Une autre opinion veut, en dehors des délits, reconnaître une classe de faits illicites, dits maléfices. Je pense, enfin, que tous les faits signalés sont aussi des délits, mais tardivement munis d'action par la jurisprudence et tenus à l'écart, comme les contrats innommés; distinction que Justinien aurait reproduite, d'après Gaïus.

Section 2e. — *Du vol.*

D. D'où vient le nom latin du vol?

R. Ce nom *furtum*, vient de *ferre*.

D. Qu'est-ce que le *furtum*?

R. L'appréhension frauduleuse et intéressée d'une chose mobilière.

D. Quels éléments constituent le délit?

R. L'appréhension, le dol, l'intention de bénéficier au détriment d'autrui et l'éventualité de ce préjudice.

D. Que ressort-il de la première condition?

R. 1° Qu'il y a *furtum* par cela seul qu'on a touché la chose, dans les conditions énoncées, quand même on ne l'a pas déplacée ou ravie;

2° Que le délit, au contraire, n'est pas commis, s'il n'y a pas eu d'appréhension.

D. La tentative de vol reste donc impunie?

R. Oui, d'après les principes, puisqu'elle ne nuit pas. On arriva, cependant, à punir, à l'extraordinaire, son auteur, qu'on nomme *contrectarius*. Enfin, dans une troisième époque, Justinien assimile la tentative au délit consommé, pour la répression, comme on le fait chez nous.

D. Appliquez la seconde condition.

R. Il s'ensuit que les fous, les idiots, les enfants et *infantiæ proximi*, sont incapables de vol et que nulle personne de bonne foi n'en est coupable, par exemple l'héritier qui vend une chose déposée chez son auteur et qu'il a crue sa propriété (C. C., 1935).

D. Que ressort-il de la 3e condition ?

R. Qu'il n'y a pas *furtum* quand l'auteur de l'appréhension n'a pas agi *lucri faciendi gratia* ; comme s'il a pris les choses pour les détruire, enlevé un esclave, qui est son enfant, etc.

D. Que ressort-il de la 4e condition ?

R. 1° Que l'appréhension d'une *res nullius*, qui vous en rend propriétaire, ne constitue pas le *furtum*, même consommée *animo furandi* ;

2° Que l'action de vol ne peut naître dans le rapport de certaines personnes entre lesquelles nulle action ne peut naître, en général à cause de ce qu'elles ont un patrimoine commun.

D. Entre quelles personnes en est-il ainsi ?

R. Entre le *parens* et ses enfants, le maître et ses esclaves, le patron et les clients, entre époux, même entre le chef et ses ouvriers.

D. N'y a-t-il donc pas vol, alors ?

R. Si fait. A ce point que, s'il a été consommé avec le concours de personnes étrangères à la victime, l'action naît contre elles.

D. Quel peut être l'objet du vol ?

R. Les meubles, au point de vue de la propriété, de la possession ou du simple usage, si bien qu'il y a *furtum rei*, *possessionis* ou *usus*.

D. Les personnes mêmes ne peuvent-elles faire l'objet du *furtum* ?

R. Oui, celles réduites au rôle de choses, c'est-à-dire les esclaves et les fils de famille, les gens *in mancipio*, la femme *in manu*, *l'auctoratus* ou individu gagé pour combattre comme gladiateur.

D. Quand y a-t-il *furtum usus* ?

R. Dans l'hypothèse, par exemple, du déposi-

taire ou créancier gagiste, qui fait un usage lucratif du dépôt ou du gage, dans celui du commodataire qui emploie la chose prêtée d'une façon ou à un emploi non autorisé du commodant.

D. Le dépositaire peut-il user de la chose sans commettre un *furtum*?

R. Oui, dans le dépôt irrégulier.

D. Et le commodataire?

R. Il est innocent, si, de bonne foi, il dépasse l'usage convenu, soit en se méprenant sur sa limite, soit en présumant que le commodant l'autoriserait, et il importe peu, alors, que celui-ci voulût ou non autoriser.

D. Et s'il est de mauvaise foi?

R. Il faut, alors, rechercher l'intention du commodant. S'il était disposé à accorder l'extension de l'usage, n'y ayant pas éventualité de perte, le *furtum* ne se rencontre pas. Au cas contraire, il est consommé.

D. Parlez du *furtum possessionis*.

R. C'est quand, avec les éléments signalés, on usurpe une possession. On peut ainsi être voleur dans le rapport de sa propre chose; par exemple, au détriment de son créancier gagiste.

D. Combien y a-t-il d'espèces de vol?

R. Il y en a plusieurs divisions, et je viens d'en montrer une, prise au point de vue de l'objet. Dans l'ancien droit, il y en avait plusieurs espèces, quant à l'action. Sous Justinien se sont perdues bon nombre de ces espèces, constituant des délits accessoires, des formes d'actions dirigées souvent contre d'autres que le *fur*.

D. Quelles sont ces anciennes actions?

R. Celles *furti lance licioque concepti*, *furti oblati*, *prohibiti*, *non exhibiti*.

D. Contre qui est donnée la première?

R. Contre celui chez qui la victime du vol en a découvert l'objet.

D. Comment se faisait la perquisition ?

R. Par les intéressés eux-mêmes, dans un certain appareil, *lance licioque*. Le plaignant se présentait nu, à la porte, assisté de ses témoins et énonçant l'objet qu'il venait chercher. *Licium*, c'était une espèce de caleçon et *lanx* un plat, peut-être pour recevoir l'objet de la perquisition.

D. A quoi tendait l'action ?

R. Celui que la perquisition signalait comme recéleur au moins, était réputé voleur manifeste, en flagrant délit, et condamné au triple.

D. Qu'est-ce que l'action *furti oblati ?*

R. Il y avait *furtum oblatum*, quand, pour éviter d'être compromis par la possession d'une *res furtiva*, on la faisait passer chez un innocent. Celui-ci avait, d'après la loi des Douze-Tables encore, l'action au triple, contre l'auteur de ce piége.

D. Et l'action *furti prohibiti ?*

R. C'est une action née de la même source et dont la condamnation est au quadruple. Elle se donne contre celui qui s'oppose à la perquisition et par ce fait seul, sans preuve du vol.

D. Enfin l'action *furti non exhibiti.*

R. C'est une action particulière, d'origine prétorienne et dont on ignore le montant, contre celui qui n'a pas exhibé l'objet de la perquisition.

D. Mais ce cas est précisément celui d'une autre action, celle *furti concepti ?*

R. Quelles différences y avait-il ? C'est ce qu'on ignore. Le préteur avait sans doute créé cette action pour remédier aux imperfections de l'autre. On y recherchait peut-être la bonne foi de la personne compromise.

D. Comment sont perdues ces actions ?

R. La perquisition se fait, sous Justinien, par l'autorité publique. Le recéleur est réputé voleur non manifeste.

D. Comment se divise le vol, dans le rapport de qui y a concouru ?

R. En vol manifeste et non manifeste.

D. Quand y a-t-il vol manifeste ?

R. 1° Quand le voleur est pris en flagrant délit,

2° Ou dans le lieu même où il a volé,

3° Ou, au moins, hors de ce lieu, n'ayant point encore atteint celui où il veut se cacher.

D. Et quand vol non manifeste ?

R. Hors de ces cas, c'est-à-dire quand la chose a été mise en sûreté par le voleur, ou qu'il est arrivé, du moins, au lieu de son dépôt.

D. N'y a-t-il pas une autre division ?

R. Oui, à raison du moment où le délit est perpétré, on distingue le vol diurne et celui nocturne.

D. Quel est l'intérêt de cette division ?

R. C'est au point de vue du meurtre. On peut tuer impunément le voleur nocturne, en ayant soin d'appeler préalablement au secours (*quiritare*), ce qui fait fuir le voleur s'il n'est assez hardi pour devenir meurtrier. C'est un cas de légitime défense.

D. Quel intérêt a l'autre division ?

R. C'est au point de vue des peines.

D. Quelles sont-elles donc ?

R. Il faut distinguer entre la législation des Douze-Tables et le droit nouveau.

D. Parlez d'abord des Douze-Tables.

R. La peine du vol manifeste y est capitale. Après avoir été fouetté, le coupable se voyait *addictus*, s'il était libre, et réduit *in mancipio* ou en servitude. L'esclave, fouetté, était précipité de la roche. Pour le vol non manifeste, il n'y avait qu'une condamnation au double.

D. Quelles sont les peines en droit nouveau ?

R. Celle du vol non manifeste est maintenue. Celles corporelles, pour le vol manifeste, sont remplacées par une action prétorienne, au quadruple.

Section 3°. — *Des actions naissant du vol.*

D. Quel genre d'actions naît des délits?

R. Ces actions, plus ou moins nombreuses selon les cas, forment deux groupes, les unes pénales, les autres *persecutoriæ rei*, récupératoires.

D. A quoi tendent ces dernières ?

R. A remettre en notre patrimoine la chose qui en a été soustraite ou la valeur retranchée par le délit.

D. A quoi tendent celles pénales ?

R. A mettre, en sus, dans le patrimoine du demandeur certaine valeur, enlevée, à titre de peine, à celui du délinquant.

D. N'y a-t-il pas une autre classe ?

R. Oui, certaines actions, dites mixtes, remplissent à la fois l'un et l'autre but, nous procurent à la fois la peine et la réparation.

D. Y a-t-il des actions pénales propres au vol ?

R. Oui, ce sont les actions *furti*.

D. Contre qui sont-elles données ?

R. Contre les auteurs et complices du vol.

D. Qu'est-ce qu'un complice?

R. Celui qui a fourni sciemment des instructions, une aide ou des moyens quelconques, pour la perpétration du délit.

D. Celui qui l'a conseillé est-il complice ?

R. Non, s'il n'a en outre fourni, par ses explications, le moyen de l'exécuter.

D. En ce cas, si les instructions n'ont pas été suivies d'effet, peut-on l'actionner ?

R. Non. Il faut, vis-à-vis du complice aussi, la réunion de ces deux éléments du délit, le fait matériel et le dol.

D. L'action n'est-elle pas, en certains cas, donnée contre lui seul ?

R. 1° Quand l'action ne peut naître entre la victime et l'auteur principal du vol :

2° Quand celui-ci est déjà décédé.

D. A qui est donnée l'action ?

R. A qui réunit ces trois conditions : 1° Intérêt à ce que la chose ne fût pas volée, 2° cause honnête d'intérêt, 3° une certaine possession.

D. Le *dominus* n'a-t-il pas toujours l'action ?

R. Seulement quand il remplit ces conditions. Or, il est souvent sans intérêt ; par exemple, s'il a vendu et livré simplement une *res mancipi*, il n'en a qu'un domaine nominal.

D. Citez d'autres personnes ayant l'action ?

R. 1° Ceux ayant des démembrements du droit de propriété, l'usager, l'usufruitier, le bénéficiaire de servitude réelle, le possesseur de bonne foi, tous concurremment avec le propriétaire, s'il y a droit aussi ;

2° Le créancier gagiste, qui peut l'avoir même contre le constituant ;

3° Les personnes qui, prestant la *custodia*, répondent au maître du vol de sa chose, les mandataires, locataires, locateurs d'industrie.

D. Le *dominus* a-t-il l'action concurremment avec ces derniers ?

R. Non, sans concours. Ou ils sont solvables pour payer la chose au propriétaire et celui-ci est désintéressé ; ou bien, son action contractuelle contre eux doit être infructueuse, et alors ce sont eux qui sont sans intérêt.

D. Le concours ne peut-il pourtant se présenter ?

R. Oui, au cas de solvabilité partielle ; car, en ce cas, les personnes dont j'ai parlé souffrent du vol dans la mesure où elles peuvent prester la *custodia*. Elles auront donc l'action *furti*, à due concurrence, et le maître pour le surplus.

D. Le commodataire rentre-t-il en cette classe ?

R. Oui, logiquement, puisqu'il doit la *custodia* ; mais Justinien innove à son égard.

D. Quelle est donc la nouvelle règle?

R. Le propriétaire, pour recouvrer la valeur de sa chose, a le choix entre l'action *commodati* contre le commodataire et celle *furti* à former contre le voleur. Quand il aura opté pour la première, sciemment, c'est-à-dire sachant que le commodataire a perdu la chose, il ne pourra avoir celle-ci. L'option qu'il aura faite de l'un ou de l'autre défendeur libère l'autre dans son rapport; mais, si c'est le voleur qui est ainsi libéré, le commodataire acquiert l'action *furti*.

D. Le dépositaire a-t-il cette action?

R. Non; à défaut d'intérêt, parce qu'il ne preste pas la *custodia*, en général. Mais il y a exception : 1° si le vol a été facilité par sa faute lourde, 2° s'il a reçu un honoraire, 3° s'il a garanti le déposant des cas fortuits, 4° s'il était en demeure. Alors, il a l'action. En tous ces cas il est responsable, et par conséquent intéressé.

D. Citez-moi des personnes qui en sont privées faute d'une cause honnête d'intérêt.

R. Le possesseur de mauvaise foi, le voleur même, bien qu'ils aient grand intérêt. Personne ne peut se créer des droits par son improbité.

D. Citez-moi des personnes privées de l'action *furti*, faute d'une certaine possession.

R. Le simple créancier chirographaire de corps certain, qui se voit enlever l'objet de sa créance, ou celui de genre dont le voleur rend le débiteur insolvable, le fidéjusseur de la victime d'un vol, ont tous intérêt, mais sont sans rapport avec la chose détournée et n'acquièrent pas l'action *furti*.

D. Il en est de même du créancier hypothécaire?

R. Non, il a un droit réel et une possession fictive.

D. Qu'est-ce qui est doublé ou quadruplé dans l'action *furti*?

R. Il faut distinguer si elle est exercée par le *dominus* ou toute autre personne. Dans le dernier cas, on prend pour simple *id quod interest*, la privation

de l'usage, de la possession, la responsabilité de la *custodia*, etc. Pour le *dom nus*, c'est la valeur relative.

D. On n'enseigne pas cette distinction ?

R. Mais on se divise entre deux systèmes, que je concilie ainsi. Les textes qu'on invoque s'y prêtent évidemment, puisqu'il y en a deux d'Ulpien cités en sens inverses (L. 50 pr. et 27 pr. *de furtis*).

D. Les textes font cependant allusion à une controverse entre jurisconsultes.

R. Il est vrai, sur l'étendue du préjudice à comprendre dans la valeur relative.

D. Comment faut-il donc la fixer?

R. En y comprenant ce que vaut, même par extraordinaire, pour son maître, la chose volée. Par exemple, c'est un parchemin formant titre de créance, sa valeur est la somme due ; c'est un esclave, appelé à une hérédité *non adita*, sa valeur relative comprend l'hérédité.

D. Quel est le simple, si la chose a augmenté, ou diminué de valeur, ou peri ?

R. On ne tient compte des détériorations, ou diminutions morales, ni de la perte. Il en est autrement de l'augmentation de valeur, parce que le vol en prive évidemment le demandeur; par exemple, si c'est après le vol que s'ouvre un testament instituant l'esclave.

D. L'action *furti* s'éteint-elle par la mort?

R. Elle se transmet activement, mais non passivement. C'est la règle commune pour les actions pénales.

D. N'y a-t-il pas des exceptions ?

R. 1° Si l'héritier a sciemment profité du vol, parce qu'il est recéleur.

2° Si l'action avait été formée : la novation judiciaire rend la cause contractuelle.

D. L'action *furti* peut-elle être donnée contre un *infans*, un fou ?

R. Oui, mais à titre noxal, du chef des gens de leur *familia*.

D. Quelle est l'action persécutoire spéciale du vol, à quoi tend-elle?

R. La *condictio furtiva*, qui fait obtenir la restitution de la chose ou sa valeur, en sus de la condamnation pénale de l'action *furti?*

D. Est-ce aussi la valeur relative?

R. Oui; par exemple, si l'esclave institué pour une hérédité non *adita* a péri, on réclamera la valeur même de cette hérédité.

D. Contre qui se donne la condiction?

R. Contre les seuls auteurs du vol et leurs héritiers, car elle n'est pas pénale.

D. Dans quelle proportion?

R. C'est la sanction d'une obligation *in solidum*. On peut donc à chacun des auteurs demander le tout et à chaque héritier sa part virile dans la dette, dans le tout.

D. Le paiement des condamnations par l'un des *rei*, soit dans l'action *furti*, soit dans la *condictio furtiva*, libère-t-il les autres?

R. Oui, dans la dernière, où il s'agit de réparation, mais non dans l'action *furti*, parce qu'elle tend à la peine, que tout coupable doit subir.

D. Résumez les différences des deux actions.

R. 1° L'action *furti* se donne aux intéressés, la *condictio* au propriétaire seul;

2° L'action *furti* contre les voleurs, les complices et plus tard les recéleurs; la *condictio* contre les auteurs du vol;

3° La première est au double ou au quadruple, la dernière au simple;

4° L'action *furti* est pénale, l'autre récupératoire; de là résulte plus particulièrement, d'abord, qu'il doit être satisfait par tous les défendeurs à l'action *furti*, tandis que le paiement par l'un d'eux libère les autres, dans la *condictio*;

5° Cette dernière action passe contre les héritiers et non celle *furti*, en général ?

6° L'action *furti* est infamante, non l'autre.

D. Le propriétaire n'a-t-il pas d'autres actions récupératoires ?

R. La revendication et l'action *ad exhibendum*.

D. Sous quelles distinctions ?

R. 1° La revendication contre tout détenteur, même les acquéreurs ou sous-acquéreurs de bonne foi, durant trente ans au moins, la *res furtiva* ne pouvant être usucapée que par ce laps de temps.

2° L'action *ad exhibendum*, quand le détenteur, de mauvaise foi, a perdu la possession.

D. Expliquez cela par un exemple.

R. Si le voleur a mêlé mon blé au sien, j'ai la revendication. S'il a fait un anneau de mon or, ma *res* est *extincta*, je n'ai plus que l'action *ad exhibendum*.

D. Peut-on cumuler toutes les actions dont vous avez parlé à propos du vol ?

R. La règle est qu'on peut exercer successivement une action de chaque groupe, pénales et prétoires. Outre l'action *furti*, le propriétaire peut donc former celle *ad exhibendum*, la revendication, ou la *condictio furtiva* ; mais sans cumul, sauf au cas où les deux premières se réunissent pour faire restituer.

D. Le vol devint-il un délit public ?

R. Perpétré au préjudice de l'Etat, ce fut toujours un délit public. On finit par l'admettre dans tous les cas (*L. 92 de furtis*).

TITRE II

De la Rapine.

D. Qu'est-ce que la *rapina?*

R. Le fait d'enlever par violence le bien mobilier d'autrui.

D. Quels sont les éléments de ce délit?

R. Ceux mêmes du vol, l'appréhension, le dol, le lucre, et de plus ici, la violence.

D. Y a-t-il plusieurs espèces de violence?

R. Oui, la *vis publica* avec armes et celle *privata* sans armes. La pluralité des personnes n'importe.

D. N'y a-t-il pas plusieurs espèces de délits classés sous le nom de *rapina?*

R. Oui, un délit prétorien dont j'ai défini la nature, et un autre qu'on peut dire légitime, car il a été sanctionné par le droit impérial.

D. Quelle est l'action du premier délit et quel est son caractère?

R. On la nomme *vi bonorum raptorum*; elle naît comme action mixte. Elle est prétorienne et de nature temporaire.

D. Expliquez cela.

R. L'action *vi bonorum raptorum* est donnée, durant une année utile, au quadruple, et ensuite au simple. Dans le quadruple, le simple est à titre de réparation et le surplus de peine. L'action est donc mixte durant l'année utile.

D. Qu'est-ce qui est pris pour unité, ici ?

R. La valeur de la chose comme dans l'action *furti*, selon moi.

D. Contre qui se donne l'action ?

R. Contre le *raptor* et ses complices.

D. N'a-t-il pas d'autres actions contre eux?

R. Celle *furti* pour la peine, et pour la réparation toutes celles du délit de vol.

D. Si l'on doit opter entre les actions *furti* et *vi bonorum raptorum*, où est l'avantage ?

R. Cela dépend de plusieurs circonstances et notamment de la nature du vol.

D. L'action *furti* sera-t-elle préférable ?

R. 1o Qnand le vol sera manifeste ;

2° Ou l'année utile révolue.

D. Le vol ne sera-t-il pas toujours manifeste ?

R. 1o Si la violence du *raptor* a mis en fuite sa victime, il n'est pas *deprehensus* ;

2° Il peut être surpris en armes, au lieu de son dépôt et il n'y a plus flagrant délit.

D. Peut-on cumuler les actions pénales ?

R. Oui, pour ce que l'une seulement peut vous donner de plus que l'autre.

D. Paul distingue si on a introduit la première celle *furti* ou celle de la *rapina*.

R. Parce qu'il raisonne pour l'action *furti nec manifesti*, qui ne donne que le double et n'offre pas d'excédant sur celle *vi bonorum raptorum*.

D. Faut-il toujours faire cette distinction ?

R. Non, après l'année utile, l'action *vi bonorum raptorum* n'a rien de pénal et celle *furti*, à ce point de vue la seule, s'exerce librement.

D. Mais celle *furti manifesti* n'y peut survivre puisqu'elle est prétorienne aussi.

R. Ces actions sont communément annales; celle *furti* fait exception.

D. En résumé, quelles actions peut exercer la victime de la *rapina* ?

R. 1° Le *non dominus* obtient la réparation et la peine par l'action *vi bonorum raptorum* et n'en a pas d'autre, sauf le cas de vol manifeste ;

2° Après l'année utile, il peut employer même celle *furti nec manifesti* ;

3° Le *dominus* peut, en négligeant l'action prétorienne, exercer celles signalées en cas de vol, *furti*, *condictio furtiva*, revendication, etc.

D. En définitive, pourquoi le préteur a-t-il donné une action nouvelle ?

R. 1° Elle fait obtenir une réparation au *non dominus* qui, en cas de vol simple, n'en avait pas ;

2° Elle donne le triple au lieu du double, en cas de vol violent non manifeste ;

3° Elle a probablement des avantages ignorés, notamment quant à la procédure

D. Comment le droit impérial a-t-il réprimé une autre espèce de *rapina ?*

R. 1° Supposez qu'on se mît violemment en possession de sa propriété. Il n'y avait pas là de dol et par conséquent le délit manquait ;

2° De même, au cas de violence dans l'occupation d'un bien immobilier.

D. Quand et comment furent réprimés ces faits ?

R. 1° Constantin porta des peines publiques contre celui qui envahit le fonds d'autrui et contre le *dominus* la perte de la moitié de la chose ;

2° Une autre constitution, de 389, décide que celui qui reprend possession de bonne foi, mais par la violence, d'une chose mobilière, la perdra s'il en est propriétaire, ou, sinon, en paiera la valeur ;

3° Justinien abrogeant la première constitution confirme la seconde et l'étend aux immeubles.

D. Est-ce là encore une peine privée ?

R. Oui, parce que l'abandon imposé au *raptor* est acquis au possesseur.

D. Quelle action a ce dernier ?

R. L'action des constitutions, *condictio ex lege*.

TITRE III

De la loi Aquilia.

SECTION 1re. — *Généralités.*

D. Quel est le troisième délit privé ?

R. Le dommage causé sans droit par dol ou faute positive (C. C. art. 1382).

D. Quelle loi réprime ce délit ?

R. La loi *Aquilia*, plébiscite rendu à une date incertaine, environ l'an 500 U. R.

D. Quels sont les éléments du délit ?

R. 1° Le dommage; 2° le défaut de droit; 3° la faute positive de l'agent.

D. Pourquoi dites-vous *la faute positive* ?

R. Parce que la loi ne réprime pas celle d'abstention.

D. N'y a-t-il pas une autre condition ?

R. Oui, dans la loi réprimant le *damnum injuria factum*, savoir qu'il ait été infligé *corpori corpore*; mais le préteur a écarté cette condition.

D. Citez des cas de tort fait à autrui et ne lui donnant pas d'action.

R. 1° Un homme laisse noyer votre esclave qu'il pouvait sauver ;

2° Je tue votre esclave qui m'attaquait sur le grand chemin, ou je coupe les poutres de vo-

tre maison contiguë à une autre incendiée ; il y a légitime défense, *qui suo jure utitur neminem lædit*;

3o Deux navires s'abordent faute d'avoir pu se voir ou s'éviter, au détour d'un fleuve ou au milieu d'une tempête ; il y a cas fortuit ;

4° Un soldat, au champ d'exercice, tue votre esclave, qui s'y exposait ; ou un bûcheron l'écrase en coupant les branches d'un arbre sur sa propriété. Votre esclave est en faute; et l'on ne peut inculper ici la négligence du meurtrier, aussi la faute de la victime est toujours relévatoire.

D. Quand y a-t-il légitime défense ?

R. Pour le meurtre ou les blessures, c'est quand on les a commis dans une lutte, qu'on n'a pas provoquée, en présence d'un danger qu'on n'a pu ou cru ne pouvoir éviter qu'en frappant ainsi son antagoniste.

D. Quelle différence offre la responsabilité chez nous, avec le système des Romains ?

R. 1° On répond de la faute même d'abstention, de la négligence, de l'omission des lois prescritives ;

2° La faute de la victime n'empêche pas de rechercher celle de l'agent; c'est une conséquence.

D. Quelles dispositions porte la loi Aquilia ?

R. Elle donne action dans trois cas déterminés de dommages et contient trois chefs connus;

D. Quel dommage prévoit le premier ?

R. Le meurtre des esclaves ou animaux paissant en troupeau : comme les chevaux, les bœufs, les porcs.

D. Ceux qui forment des *res mancipi* ?

R. Non. Ces derniers sont *animalia quæ collo dorsove domantur*. Il n'y a donc pas identité. Les porcs, les brebis, par exemple, ne sont pas *res mancipi* et rentrent dans notre 1er chef.

D. Quelle faute réprime le troisième ?

R. Toute espèce de dommage ainsi causé au bien d'autrui, sans distinguer les moyens : fracture, emploi du feu, etc., sauf les meurtres prévus au 1er chef.

D. En quoi diffèrent donc ces dispositions?

R. 1° Par le fait, plus général au 3me chef;

2° Par l'objet; ce 3me chef embrassant toute chose animée ou inanimée qu'on détériore;

3° Par la peine, comme je le montrerai.

D. Quelle faute prévoit le 2me chef?

R. Le fait de l'*adstipulator* qui donne quittance au débiteur par l'acceptilation.

D. Si le créancier était payé ou que l'*adstipulator* le crût, y a-t-il délit?

R. Au premier cas, il n'y a pas de dommage; au second, on verra si l'*adstipulator* est en faute ou a été trompé par des circonstances fortuites.

Section 2me — *De l'action; son but, ses caractères.*

D. A quoi tend l'action de la loi Aquilia?

R. Cela diffère dans les trois chefs.

D. Qu'obtient-on au premier?

R. La plus haute valeur qu'ait eue l'animal péri dans l'année précédant sa perte.

D. Et dans le 3e chef?

R. La plus haute valeur qu'ait eue la chose dans les trente jours avant le dégât, en faisant défalcation de ce qu'elle peut valoir après le délit.

D. Quelle est cette valeur?

R. Celle réelle, d'après la loi. Mais la jurisprudence y a substitué la valeur relative.

D. Expliquez cela par des exemples?

R. 1° On vous a tué un esclave malade ou infirme, naguère valide; on le paiera sur ce pied;

2° Le juge tiendra compte, en outre, de ce qui a pu augmenter la valeur de la chose, soit au jour du délit, soit dans l'année ou le mois auparavant; comme si le cheval blessé faisait partie d'un attelage, ou si l'esclave tué venait d'être institué pour une hérédité.

D. Quelle est la peine, au 2e chef?

R. La réparation du préjudice causé.

D. Sera-ce plus ou moins que la créance?

R. 1° Moins, si le débiteur est insolvable ;

2° Plus, si le défaut de paiement a été la source d'autres dommages pour le créancier ;

3° Hors de là, ce sera le montant de la créance.

D. L'*adstipulator*, avez-vous dit, est un mandataire, comptable, dès lors, de ses fautes, même passives, envers le créancier. Quel besoin d'une action spéciale ?

R. Nul besoin, en effet. Mais cette action peut être avantageuse par son effet accessoire.

D. Quel est cet effet ?

R. Le doublement *adversus inficiantem*.

D. Mais alors la condamnation ne sera jamais au simple. Ou le délinquant reconnaîtra sa dette, et alors pas de procès. Ou il la déniera et sera condamné au double.

R. En reconnaissant le fait matériel, même la faute, il peut discuter sur la valeur seulement qu'on assigne à la chose détériorée. En pareil cas, il n'encourt pas la peine de l'*inficiatio* et subit la condamnation au simple.

D. A qui compète l'action ?

R. D'après la loi Aquilia, au propriétaire ; mais la jurisprudence l'étend à tout intéressé, comme celles *furti* et *vi bonorum raptorum*.

D. Contre qui se donne-t-elle ?

R. Contre tous ceux qui sont en faute ; les coauteurs, et les complices s'il y a dol.

D. La donne-t-on contre les incapables ?

R. Non, en principe, parce qu'il faut le discernement, pour éviter la faute.

D. Ne la donne-t-on parfois cependant ?

R. 1° Contre les fous, s'ils ont agi avec une pleine lucidité ;

2° Les impubères, s'ils sont *doli capaces* ;

3° Les uns et les autres, à titre noxal, pour les fautes des gens de leur *familia*.

D. L'action passe-t-elle activement et passivement, vis-à-vis des héritiers et successeurs?

R. Activement, oui ; mais non passivement.

D. Quel est le motif de cette distinction?

R. C'est qu'il en est ainsi des actions soit pénales soit mixtes et qu'on tient celle-ci pour mixte.

D. En quoi est-elle mixte ?

R. En ce qu'on paie souvent une valeur supérieure à celle qu'on a détruite.

D. Cette déduction n'est-elle pas injuste?

R. Oui, certes. Titius m'a tué un esclave qui a toujours valu 500 ou qui a naguères valu 1000 ; peu importe. S'il meurt, comme il pouvait y avoir contre lui une peine, je n'ai point d'action récupératoire contre ses héritiers.

D. N'y a-t-il pas des exceptions?

R. Oui, celles normales : 1° s'il y a eu litis-contestation ;

2° S'il y a eu profit pour les héritiers, ce qui se rencontrera bien rarement, l'action y sera mesurée.

D. N'y a-t-il pas diverses applications de la loi *Aquilia?*

R. Oui ; l'action directe, celle utile et celle *pœnalis in factum* qu'on peut lui assimiler.

D. Quand y a-t-il action directe ?

R. Dans les termes de la loi, le préjudice étant causé *corpori*, *corpore*, avec nos membres ou quelque instrument, comme si un esclave a été mal saigné par un médecin ou étranglé.

D. Qu'est-ce que l'action utile ?

R. Celle donnée, en dehors des termes de la loi, par la jurisprudence, mais conformément à son esprit, au cas de dommage causé *corpori non corpore* ; comme lorsqu'on enferme un animal, qui meurt de faim, que le médecin empoisonne un esclave, etc.

D. Quand se donne l'action *pœnalis in factum ?*

R. Quand il y a dommage causé *non corpori, non corpore*, tout à fait en dehors de la loi ; comme si vous effarouchez les bêtes d'un troupeau, qui ainsi sont perdues ; comme si vous détachez un esclave mis aux fers et qui prend la fuite.

D. Quelle distinction faire entre les deux actions ?

R. Cette distinction, souvent difficile, est parfois négligée au Digeste; mais elle importe, au moins au point de vue de l'*inficiatio*.

D. La victime du dommage n'a-t-elle pas parfois d'autres actions que celle de la loi Aquilia ?

R. Oui, des actions civiles ou pénales.

D. En quel cas des actions pénales ?

R. Le délinquant peut avoir ravi les choses, avec ou sans violence, et ne les avoir détériorées qu'en se voyant découvert; de là les actions *furti* et *vi bonorum raptorum*.

D. Et dans le cas de meurtre d'esclave ?

R. Ce meurtre étant réprimé comme celui d'un homme libre, on peut exercer l'action publique de la loi *Cornelia, de sicariis*, s'il a été intentionnel. Sinon, il donne souvent aussi une action de quasi-délit. (Inst. IV, v § 1.)

D. Parlez des cas où l'on donne action civile.

R. Ce sont ceux où il y a entre l'auteur et la victime du dommage les rapports des contrats, dont ce dernier peut invoquer de préférence les actions spéciales.

D. Quelles seront ces actions ?

R. 1° Celle *ex stipulatu*, pour l'usufruit, cas auquel on avait coutume de faire promettre, dans une stipulation prétorienne, la réparation des fautes actives et passives;

2° Celle *pigneratitia*, vis-à-vis du créancier gagiste;

3o Celles *locati, depositi, commodati, pro socio*, vis à vis du dépositaire, locataire, commodataire et l'associé, qui aura brisé, brûlé, détruit ce dont il avait agarde.

D. Peut-on cumuler ces actions ?

R. Distinguons. Non, si l'on a commencé par celle de la loi Aquilia. Au cas contraire, on peut encore former celle-ci, pour ce qu'elle aurait de plus avantageux.

D. En quoi peut-elle être plus avantageuse ?

R. 1° Par sa condamnation, où l'on prend la valeur antérieure et relative de la chose,

2° Et qui est éventuellement au double.

D. Pourquoi cette distinction ?

R. Parce que l'action de la loi Aquilia, étant mixte, a satisfait aux deux fins, *persecutio rei*, *persecutio pœnæ*.

D. L'autre action peut-elle être préférable ?

R. 1° On y tient compte de la faute, même négative ;

2° Elle passe toujours, contre les héritiers, à la différence de l'action mixte.

TITRE IV

Des Injures.

D. Qu'est-ce que l'*injuria* ?

R. Toute espèce d'injustice ; mais, dans un sens spécial, un procédé injuste, outrageant, qui discrédite une personne, témoigne du mépris pour elle et constitue le 4° délit privé.

D. Quels en sont les éléments?

R. Un fait matériel d'injure, la possibilité de déconsidération, l'intention de son auteur.

D. Donnez des exemples de faits injurieux.

R. Les coups, les propos malséants, les libelles, les attentions inconvenantes envers une matrone ou fille honnête; le fait d'empêcher quelqu'un d'accéder au théâtre, à la rue, de l'y renverser, de faire saisir ses biens indûment comme créancier.

D. Que résulte-t-il de ces principes?

R. 1° Les fous et impubères *non doli capaces* ne peuvent commettre le délit;

2° Si je frappe votre esclave, m'en croyant le maître; si je vous chasse, pour le même motif, d'un chemin public, je ne suis pas coupable.

3° Les injures n'excédant pas la personne de l'esclave, dénuée de considération, ne constituent pas le délit, d'après le droit civil.

D. Y a-t-il diverses espèces d'injures?

R. Oui, on les distingue en verbales ou réelles, directes ou indirectes, simples ou *atroces*.

D. Que désigne la première division?

R. Les voies de fait ou les propos outrageants.

D. Et la seconde?

R. Que l'action ne s'exerce pas toujours au nom même de celui qui a subi l'injure. Elle réfléchit parfois contre d'autres, suivant des règles différentes dans le droit ancien et nouveau.

D. Exposez ces dispositions différentes.

R. De même, d'abord, que nous acquérons les droits personnels et réels par les êtres en notre puissance, si l'offenseur a connu ce rapport, nous sommes outragés par leurs injures. Ensuite, on n'exige plus l'assujettissement. Le père, le mari aussi, reçoit l'injure adressée à son fils émancipé ou à l'épouse *sui juris*. Nous avons même action pour l'injure faite à notre fiancée.

D. Ce rapport d'affection suffit-il toujours?

R. On ne le prend en considération qu'aux degrés les plus proches, eu égard même aux relations des personnes ; en outre la femme n'a pas d'action pour l'injure faite au mari.

D. Quand l'injure est-elle atroce ?

R. 1° *Facto ;* par exemple, une blessure;

2° *Persona;* l'injure adressée au père, au patron, ou à un sénateur, un magistrat ;

3° *Loco ;* au théâtre, au prétoire, au temple;

4° *Tempore ;* par exemple, *interdiu*, pour certains faits scandaleux.

D. Quel effet a l'atrocité de l'injure?

R. 1° Infligée à un esclave, elle donne, en droit civil, l'action à son maître ;

2° Au fils, émancipé seulement, à l'affranchi, action contre le père ou le patron.

3° Elle aggrave la peine pécuniaire du délit.

4° C'est le préteur qui la fixe alors (Gaï, 224).

5° Elle ouvre l'accès au *judicium publicum.*

D. Quelle action fait naître l'injure ?

R. Il y en a eu plusieurs. L'une est perdue.

D. Quelle est-elle ?

R. L'action de la loi des Douze-Tables, portant le talion pour la rupture d'un membre, le fouet pour la diffamation écrite et des peines pécuniaires pour toutes autres injures.

D. Comment est tombée cette action ?

R. L'adoucissement des mœurs condamnait la première peine comme horrible, et les autres devinrent dérisoires par suite de l'avilissement du numéraire. Le préteur dut y suppléer.

D. Quelle est cette deuxième action ?

R. Celle qu'on appelle *injuriarum honoraria*, ou *æstimatoria*, parce que l'injure y est toujours taxée, d'après sa gravité et la considération des personnes qu'elle atteint.

D. Quelle est la troisième action ?

R. Celle de la loi Cornelia, que fit rendre Sylla,

dictateur, et qui porte aussi une peine pécuniaire à déterminer par le juge.

D. Quelle différence donc entre les deux actions?

R. 1° L'action prétorienne est générale. Celle de la loi ne s'applique qu'à trois faits injurieux : celui de renverser quelqu'un, les voies de fait sérieuses, la violation du domicile.

2° Cette action a cela de mixte, qu'on peut la former à fins civiles ou criminelles.

3° L'offensé fait l'estimation lui-même dans l'action prétorienne, sauf, en cas d'exagération, la réduction par le juge; elle appartient directement à celui-ci dans l'autre action.

4° Enfin cette action de la loi Cornelia est perpétuelle, et celle prétorienne est temporaire.

D. Le demandeur est-il toujours celui qui a subi les coups, l'outrage?

R. Non. Supposez un esclave violemment battu, un fils de famille outragé : c'est le *paterfamilias* qui exercera l'action.

D. Les deux hypothèses sont-elles identiques?

R. L'injure faite à l'esclave n'atteint que son maître, *jure civili*; celle faite au fils l'atteint le premier et forme deux offenses.

D. Ne peut-il y avoir multiplicité d'actions?

R. Il peut en naître plusieurs en dehors de celle de l'offensé par suite de l'injure indirecte.

D. Donnez-en des exemples.

R. Supposez l'outrage fait à une femme placée à la fois en la puissance de son père et la *manus* d'un mari fils de famille. Il y a injure et action pour elle, son mari et le *parens* de chacun d'eux.

D. Y a-t-il tout autant de demandeurs?

R. Non; il n'y en aura que deux. Chaque *parens*, s'il est présent, exercera l'action de son enfant avec la sienne.

D. La pluralité disparaît bien alors?

R. Elle subsiste en ce qu'on fait autant d'esti-

mations qu'en principe il est né d'actions, en les réglant sur la considération des personnes et le fait injurieux réputé identique pour toutes celles sur qui l'injure a rejailli.

D. Un esclave commun étant outragé de façon que l'action compète à ses maîtres, l'estimation est-elleproportionnée pour chacun à sa part de propriété?

R. Non, mais à sa considération personnelle; celui qui n'a qu'un quart peut recevoir plus ainsi que le propriétaire d'une moitié.

D. A qui compète l'action naissant de l'injure faite à un *servus fructuarius*, ou possédé de bonne foi, ou *in bonis?*

R. Au *dominus*, en général dans les deux premiers cas, et, dans ce dernier, au maître bonitaire; à l'esclave putatif lui-même; mais l'action peut être à l'usufruitier, au possesseur de bonne foi, etc., si c'est lui qu'atteint l'injure.

D. L'injure simple, faite à l'esclave, n'est-elle jamais réprimée?

R. Toute injure, de quelque gravité, d'après le droit prétorien, donne une action au maître, réglée d'après la considération même de l'esclave. Elle est donnée de plein droit ou après instruction, selon la gravité.

D. L'injure aux morts donne-t-elle action?

R. Non, de leur chef, mais de celui des vivants, parents, héritiers, etc., qu'elle atteindrait. Ainsi le décide, chez nous, la Jurisprudence.

D. Contre qui compète l'action?

R. Contre tous les auteurs, coauteurs et complices; ceux, par exemple, qui ont payé ou donné des instructions pour faire battre, diffamer quelqu'un.

D. Quel est son effet accessoire?

R. C'est l'infamie. La réduction en puissance des affranchis ou fils de famille, en cas d'ingratitude, se rattache encore à l'injure atroce comme une peine accessoire.

D. Quand y a-t-il action publique d'injure?

R. Dans le cas de la loi Cornelia, si la partie plaignante préfère cette voie à celle qui lui assurerait une peine pécuniaire; mais elle ne peut cumuler les deux actions.

D. N'y a-t-il donc de répression corporelle de l'injure que dans ces trois cas?

R. Hors de là les magistrats réprimaient, à l'extraordinaire, toutes les injures appelant un châtiment, et la partie privée n'en gagnait pas moins la peine pécuniaire.

Sous Justinien, il en est toujours ainsi de la diffamation écrite, et des injures atroces, parmi lesquelles se rangent celles au culte ou à ses ministres.

D. Comment s'éteint l'action d'injure?

R. 1° Par la mort de l'auteur ou de la victime, car elle ne se transmet ni activement ni passivement;

2° Par le pardon instantané, l'indifférence;

3° Par la remise ultérieure, expresse ou tacite; par exemple, la transaction;

4° Le laps de temps, un an pour l'action *æstimatoria*; plus tard, la prescription pour l'autre.

TITRE V

Des Quasi-Délits.

Section 1re. — *Quasi-délits fondés sur le fait personnel, illicite.*

D. Qu'est-ce que les quasi-délits ?

R. Des cas où l'on donne une action générale, *pœnalis in factum*; à raison de nos faits illicites ou de ceux des personnes dont nous répondons.

D. Pourquoi cette distinction ?

R. Parce que les quasi-délits se divisent ainsi en deux groupes.

D. N'en compte-t-on pas un troisième?

R. J'ai soulevé la question de savoir s'il y a plus de quatre délits privés. Dans l'opinion négative, il faudrait encore rejeter ici tous les délits qui ont une action spéciale : *servi corrupti*, *rerum amotarum*, *arborum furtim cæsarum*, *expilatæ hæreditatis*..

D. Quels sont donc les quasi-délits fondés sur le fait personnel, illicite ?

R. 1o Le cas du juge qui fait le procès sien ; 2° la connivence et la bonté d'âme déplacée ; 3° la contravention à l'édit des édiles sur les animaux dangereux.

D. Qu'est-ce que faire le procès sien ?

R. Le fait d'un juge qui prononce contre la loi ou l'intérêt de l'une des parties, par dol ou faute.

D. Pourquoi cette locution ?

R. Pour indiquer que le juge a assumé les conséquences du procès et doit dédommager la partie.

D. Donnez des exemples du quasi-délit.

R. Le juge a reçu de l'argent ou sacrifié la partie aux intérêts de famille ; il a ignoré ou omis la loi, dépassé la *taxatio* du préteur.

D. Le préteur lui-même y échappe donc ?

R. Oui, on répute que les magistrats n'ont pas besoin de cette répression. Mais, sous Justinien, ils sont les juges et c'est à eux qu'elle s'applique.

D. Comment expliquer que la faute professionnelle du médecin constitue un délit et celle du juge seulement un quasi-délit ?

R. Parce que ces deux ordres de faits illicites ont été classés sans méthode, sans prendre le dol en considération ; et que la faute du médecin nuit *corpori*, encourt la loi Aquilia.

D. Quelle est la peine du quasi-délit ?

R. Une peine pécuniaire, à l'arbitraire du juge, qui peut tenir compte de l'intérêt du procès.

D. Pensez-vous qu'il s'agisse d'un juge ?

R. Oui, nécessairement, sous Justinien ; mais, dans l'ancienne procédure, je suppose que le magistrat réprimait lui-même le délit.

D. N'y a-t-il pas une peine accessoire ?

R. L'infamie, si l'on reconnaît le dol du juge.

D. En quel cas cesse cette action ?

R. 1° Si c'est l'assesseur qui a fourni la sentence incriminée au juge;

2° S'il meurt avant la litiscontestation, et que ses héritiers ne soient pas *locupletiores.*

D. Dans ce cas d'un juge gagné, la sentence est nulle de plein droit; au cas de simple faute, la partie a la ressource de l'appel ; dès lors elle ne souffre nul dommage.

R. L'appel peut être non recevable, l'adversaire insolvable ou en fuite, la révision difficile, ne fût-ce que par les frais ; du reste, il s'agit du délit, non de réparation, et le juge ne peut opposer ces moyens comme fin de non-recevoir.

D. Y a-t-il parfois action publique ?

R. Oui, le juge soudoyé encourt l'application de la loi *Julia repetundarum*, sur les concussionnaires. Son fait est alors délit public et quasi-délit privé.

D. Qu'est-ce que la connivence ?

R. Le fait de laisser commettre un délit ou quasi-délit qu'on pouvait empêcher.

D. Mais c'est là une pure faute négative.

R. Le préteur la réprime à cause de sa gravité, si le droit civil ne le fait pas.

D. Citez un dernier cas d'application de l'action *pœnalis in factum*.

R. C'est ce que les commentateurs nomment l'étourderie ou bonté d'âme déplacée.

D. Donnez-en des exemples.

R. 1° On a délié, par pitié, un esclave aux fers ; il a pris la fuite, il est perdu ;

2° On a fait fuir, aussi sans malice, un troupeau dont les voleurs s'emparent (Inst. IV, I, § 11).

D. Ce sont là des fautes positives !

R. Oui ; mais elles ne tombent pas sous le coup de la loi *Aquilia* : nul *corpus* n'est atteint.

D. Quel intérêt peut avoir cette recherche ?

R. 1° L'action *in factum* est annale, celle de la loi *Aquilia* perpétuelle ;

2° La condamnation y est déterminée, en fait, pour le juge, et non arbitraire ;

3° Elle est éventuellement au double ;

4° Cette action est civile ; celle *in factum* prétorienne, compétant de plein droit aux pérégrins.

D. Quel est le dernier quasi-délit à citer, reposant sur un fait personnel de son auteur ?

R. La contravention à l'édit des édiles, défen-

dant de laisser vaguer sur les chemins les animaux qui peuvent faire du mal ou dommage, s'ils en ont causé.

D. Pourquoi dites-vous *mal ou dommage?*

R. On appelle dommage la diminution du patrimoine, et cette condition n'est pas exigée.

D. Quelle est ici la peine?

R. 1o La peine arbitraire s'il s'agit de blessures faites à un homme libre;

2o Pour celles à un esclave ou tout dommage, la condamnation au double.

Section 2me. — *Quasi-délits fondés sur la responsabilité d'un fait non personnel.*

D. Qu'appelez-vous responsabilité civile?

R. On désigne ainsi, chez nous, l'obligation de réparer les délits ou quasi-délits des gens dont nous avons la surveillance. Les Romains ont connu cette idée, et on répondait chez eux dans des actions pénales, persécutoires ou mixtes, des personnes de sa *familia* ou de sa maison (C, C. 1384, 1o).

D. Tout fait pour être délictueux doit être illicite. Comment trouvez-vous ici ce caractère?

R. Un principe d'ordre public veut qu'on réponde de ceux qu'on doit surveiller et que leurs fautes nous soient imputées à faute, parce qu'on peut toujours supposer que nous eussions pu les prévenir par une surveillance plus étroite.

D. Quel est ici le 1er quasi-délit?

R. Lorsque, d'une maison ouvrant sur la voie publique, il a été répandu une chose qui ait fait du mal ou du dommage, l'habitant est en quasi-délit.

D. Quelle peine subit-il?

R. Il faut distinguer le dommage et autre mal.

D. *Quid* au cas de dommage ?

R. La peine au double comme ci-dessus.

D. Et dans le cas de mal ?

R. 1o S'il a blessé un homme libre, le juge estime la réparation, en tenant compte des frais de cure ou maladie et de l'incapacité du travail ;

2o Si l'homme est mort, il y a amende de 50 sous d'or, obtenue par une action populaire, qui n'est plus celle *de effusis et dejectis* ci-dessus.

D. Ces actions sont-elles transmissibles ?

R. La dernière, purement réparatoire, devrait passer contre les héritiers ; mais elle est pénale et non *rei persecutoria*, n'y ayant pas dommage.

D. Ne peut-on invoquer la loi *Aquilia ?*

R. Oui, au premier cas, où il y a dommage, et au troisième où les prudents en accordaient l'action utile, considérant les membres du blessé comme sa propriété. Mais l'action ne peut être dirigée qu'*adversus dejectorem* ; soit par la victime, soit à titre utile et récursoire, par l'habitant si le *dejector* ne fait pas partie de sa *familia*.

D. Pourquoi mettez-vous ces restrictions ?

R. La première, parce qu'il ne subit qu'un dommage indirect du délit ; la seconde, parce que nulle action ne naît entre gens d'une *familia*.

D. Quelle différence y a-t-il entre les deux actions données par ce quasi-délit ?

R. 1° La première au double, en cas de dommage ; la seconde toujours au simple ;

2° L'une à partie déterminée, l'autre populaire ;

3° L'une perpétuelle, l'autre annale ;

4o Enfin, celle *de effusis* ne passe point passivement contre les héritiers ; mais l'action populaire n'est transmissible ni activement ni passivement.

D. Comment cela ? Tout le monde y a droit !

R. Oui ; mais, précisément, pour régler le concours qui peut se produire, le préteur donne la pré-

férence aux parents. Ce titre ne sera point transmissible.

D. Les parents n'ont-ils pas droit à réparation ?

R. Non, les Romains n'ont pas taxé de dommage la mort accidentelle d'un homme libre et ont ignoré les actions auxquelles ce fait donne lieu chez nous. Mais l'action populaire, créée dans un intérêt de police, assurait aux parents préférés dans son exercice, une sorte d'indemnité.

D. N'y a-t-il pas un quasi-délit fort analogue à celui dont vous venez de parler ?

R. Oui. Celui d'avoir au devant de sa maison, ouvrant sur un chemin *quid suspensum vel positum*, dont la chute est ou était imminente.

D. Pourquoi dites-vous *est ou était ?*

R. Parce qu'on punit également la chute soit imminente, soit accomplie sans mal ou dommage.

D. De quelle peine et qui la demande ?

R. D'une amende de 10 sous d'or, avec une action qui est nécessairement populaire, puisqu'il n'y a ni mal ni victime.

D. Et si la chute a causé du mal ?

R. Le préteur étend ici l'action *de effusis et dejectis* ou celle populaire en 50 sous d'or.

D. Quel est le dernier quasi-délit ?

R. Celui des hôteliers, voituriers, maîtres de barque.

D. Quels en sont les éléments ?

R. 1o Leur qualité ; 2o la remise de marchandises ou effets ; 3o la perte ou les dégâts survenus à ces objets ; 4o par faute ou dol des employés de la voiture, etc.

D. Quelle action, ici, et quelle peine ?

R. Une action *pœnalis in factum*, *furti adversus nautas, caupones*, au double de la valeur ou du dégât.

D. N'y a-t-il pas d'autres actions contre eux ?

R. 1o Si la perte ou avarie provient des passa-

gers et voyageurs, non de leurs gens, il est donné une autre action prétorienne, contre les bateliers, *etc.* dite *de recepto*, pour la valeur de la chose ou la réparation de son avarie (C. c. 1953).

2° S'il y a fait personnel du voiturier ou hôtelier, on peut exercer les actions pénales, du droit civil, *furti, damni injuriæ.*

3° Enfin, si la remise a eu lieu en ses mains, on a les actions recupératoires (*rei persecutoriæ*), *conducti, mandati, depositi.*

D. Quelle différence faites-vous entre les actions *de recepto* et *furti adversus nautas*, toutes deux prétoriennes, annales, données pour le même objet.

R. 1° L'action *de recepto* est récupératoire, fondée sur un quasi-contrat ; l'autre, pénale, naît d'un quasi-délit.

2° L'une est au simple, l'autre au double.

D. Les actions récupératoires civiles se cumulent-elles avec l'une ou l'autre ?

R. Evidemment non, avec celle *de recepto* ; mais oui, au contraire, d'après les principes, avec celle pénale.

D. Dans les divers quasi-délits dont vous avez parlé, s'ils sont relevés contre un fils de famille, peut-on actionner son père ?

R. 1° S'il a agi, *sciente patre*, on donne contre le père action directe *in solidum.*

2° Si c'est à son insu, le père est actionné seulement *de peculio*, après qu'on a fait condamner le fils.

3° Si celui-ci, enfin, habite *seorsum a patre* et fait ainsi profession de juge, hôtelier, etc., il n'y a plus nulle action contre le père, depuis Justinien.

D. Pourquoi dites-vous depuis Justinien ?

R. Parce que ces principes, le texte même, qui en nomme l'auteur, signalent cette règle comme une innovation. C'est le principe, en effet, des législations modernes (C. c. 1384. 2°).

D. Quel fut l'ancien droit, à votre point de vue?

R. 1° Originairement on pouvait toujours actionner le *parens*, pour les faits délictueux du fils de famille, sauf la faculté d'abandon noxal.

2° Quand elle tomba en désuétude, considérant que l'instance avait en quelque sorte novél'obligation délictueuse, on donnait contre le père, pour le montant de la condamnation, l'action *de peculio*.

D. Ces conditions ont-elles lieu pour l'esclave?

R. Non, l'ancienne règle subsiste pour lui, avec la faculté d'abandon, sous Justinien.

TITRE VI (préliminaire)

(De la Procédure.)

SECTION 1re. — *Généralités.*

D. Qu'est-ce que l'action?

R. Dans le sens le plus large, c'est le droit de poursuivre ce qui nous appartient, ou qui nous est dû, un droit sanctionnateur de nos droits, réels ou personnels; c'est-à-dire la faculté garantie par la loi d'invoquer, pour les faire respecter, le concours de la puissance publique.

D. Qu'est-ce que la procédure ?

R. L'ensemble des procédés de cette interven-

tion, ou l'un de ses procédés particuliers ; ainsi : la procédure formulaire, celle *damni infecti.*

D. Quels autres sens a le mot action ?

R. Ils sont subordonnés aux régimes de procédure.

D. Les Romains en ont donc eu plusieurs ?

R. Oui, suivant l'époque, trois systèmes : celui des actions de la loi, le système formulaire et la procédure extraordinaire. Sous le premier, action signifie principalement une procédure; sous le second, le fait de saisir le juge, un renvoi, une instance organisée, (synonyme de *judicium*). Enfin, dans la procédure extraordinaire, il n'a que le sens objectif de l'action appliquée, avec désignation du droit qu'elle sanctionne : *actio commodati, venditi.*

D. A quelle époque suivit-on chacun des systèmes dont vous parlez ?

R. Leur succession ne fut pas brusque. On peut cependant, la dater ainsi. Les actions de la loi firent place aux formules en 577 et celles-ci cessèrent sous Dioclétien.

D. Quels sont les caractères généraux de la procédure romaine ?

R. 1° Les pouvoirs exécutif et judiciaire sont confondus. Le magistrat qui juge, exerce en même temps l'administration de la province ou de la ville, la nomination aux emplois, souvent même le commandement des armées.

2° Chaque magistrat peut déléguer, à un collègue ou à un particulier ses pouvoirs en matière civile ;

3o Dans tous les systèmes et plus ou moins, on voit les simples citoyens mêlés, comme des jurés, à la juridiction.

D. Comment désigne-t-on, à Rome, les pouvoirs du magistrat ?

R. Par les mots *imperium* et *jurisdictio.*

D. Qu'est-ce que l'*imperium ?*

R. C'est la puissance proprement dite.

D. Y en a-t-il plusieurs espèces ?

R. 1° L'*imperium merum*, qui vient aux magistrats d'une délégation des pouvoirs du peuple et s'exerce dans les *judicia publica*, comportant l'arrestation, le jugement criminel, l'exécution (*jus gladii*) ;

2° L'*imperium mixtum*, venant aux magistrats de leur fonction même et qui leur permet, dans les *judicia privata*, d'obliger les citoyens aux fins de la procédure et de l'exécution.

D. Qu'est-ce que la *jurisdictio* ?

R. L'intervention de la puissance publique dans les différends et les rapports juridiques des particuliers.

D. Quels en sont les attributs ?

R. On les exprimait poétiquement par les *tria verba* : *dare* donner un tuteur, une formule d'action— *dicere*, dégager, en ce dernier cas, les points à trancher par le juge, — *addicere*, faire l'*addictio*, c'est-à-dire créer ou transporter les droits réels.

D. Y a-t-il plusieurs espèces de *jurisdictio* ?

R. Oui. Elle est contentieuse ou volontaire, selon que le magistrat est ou non saisi d'un procès véritable.

D. Qu'importe cette distinction ?

R. 1° *Inter volentes*, il n'y a pas de contradiction, même quand l'acte revêt les formes d'un procès, comme dans l'*in jure cessio* ;

2° Le magistrat ne peut alors ni déléguer sa juridiction, ni renvoyer l'affaire à un juge ;

3° Et il reste compétent, hors même de son territoire ;

4° Ou vis-à-vis des siens ; tandis que, dans les procès sérieux, le magistrat n'est compétent que *ratione loci*, peut déléguer sa juridiction, le doit même quand le débat concerne ses proches et peut constituer un juge.

D. Quels magistrats ont la juridiction ?

R. Il faut distinguer l'époque et le lieu.

D. Parlez d'abord du temps des rois.

R. Les rois rendaient la justice, au nom du collége des pontifes et avec appel au peuple. Ils déléguaient communément leur juridiction. Elle appartenait aussi, sur certains objets déterminés, à des magistrats inférieurs, suivant des règles inconnues.

D Quels magistrats offrit la Républ[illegible] ?

R. D'abord les consuls ; aux pouvoirs desquels, l'an de Rome 387, on retrancha la juridiction pour en faire une fonction spéciale, la préture ; enfin les édiles curules, connaissant des débats relatifs aux voies ou monuments publics, aux ventes d'animaux et d'esclaves.

D. Qui exerçait la préture ?

R. Un seul magistrat, d'abord, qui s'appela *prætor urbanus* quand, en 507, l'augmentation des rapports avec les pérégrins fit créer le *prætor peregrinus*. Le nombre des préteurs fut successivement accru. Il était de 18 sous Marc Aurèle. Plusieurs avaient une juridiction spéciale, comme le préteur pérégrin, par exemple les *prætores tutelaris*, *fideicommissarii*, quatre préteurs criminels, un fiscal.

D. Qui élisait ces magistrats ?

R. Le peuple les nommait, dans les comices, pour une année.

D. Quels étaient les magistrats de l'Italie, pour la juridiction ?

R. 1° Chaque cité en avait deux ou quatre, appelés *duumviri* ou *quatuorviri juridicundo* ;

2° Quelques-unes, pourtant, les préfectures, recevaient de Rome un *præfectus*.

D. Quels magistrats dans les provinces ?

R. 1° La juridiction entière y appartenait au gouverneur. Pour faire face aux difficultés de cette fonction dans des circonscriptions si étendues, chaque gouverneur avait un légat et ils tenaient des assises sur les points les plus importants (*conventus*).

2o Les fonctions des édiles, étaient, dans les provinces du peuple, confiées à des magistrats spéciaux les questeurs.

D. N'y avait-il pas une exception à la généralité des pouvoirs du gouverneur?

R. Oui. C'étaient les cités pronviciales, jouissant du *jus italicum* et ayant ainsi des *duumviri juridicundo*; mais ceux-ci ne jugeaient qu'à charge d'appel au gouverneur et n'avaient pas l'*imperium*.

D. Quels sont les magistrats de Rome sous l'empire ?

R. 1o Quelques fonctionnaires inférieurs ;

2o Le préteur, qui finit par s'effacer devant les nouveaux magistrats impériaux;

3o Les consuls qui jugèrent les fidéicommis sous Auguste et faisaient des actes de juridiction gracieuse, par exemple l'affranchissement *vindicta*;

4o Le *præfectus urbi*, dont la juridiction s'étendait dans Rome et une zone de cent milles sur des objets de police, sur les causes des banquiers, et l'appel des décisions des magistrats de Rome ;

5o Les *præfecti prætorio*, sorte de ministres, absorbant peu à peu la juridiction sur Rome et les provinces ;

6o Enfin, l'empereur, qui a toutes les dignités.

D. Comment rendait-il la justice ?

R. Par évocation, sur la *supplicatio* des justiciables ; par rescrit, sur la *relatio* des magistrats saisis ; par *appellatio* de leurs décisions sur certaines causes. Adrien régularisa les appels et le *sacrum auditorium*, sorte de cour suprême, avec laquelle l'empereur les tranchait. Au criminel, ayant le droit de faire les lois, il pouvait seul porter des peines pour les faits criminels non prévus, *extra ordinem*, et la déportation, parce que le citoyen romain ne pouvait être retranché de la cité, directement, que par une loi.

D. Quels magistrats avaient les provinces ?

R. Leur organisation ne fut pas sensiblement

modifiée jusqu'à Dioclétien et j'en parlerai plus loin.

D. Comment nomme-t-on les tribunaux auxquel ces magistrats pouvaient ou devaient renvoyer les jugement ?

R. Il y en a diverses espèces : *judex*, *arbiter*, *recuperatores*, *centumviri*.

D. Que signifient *judex* et *arbiter* ?

R. On pense que le juge et l'arbitre différaient seulement par la façon de juger, notamment en ce que le *judex* était toujours unique et avait des pouvoirs moins étendus. *Judex* était le citoyen, constitué juge entre d'autres citoyens, d'après la liste que le préteur dressait annuellement pour le jugement des affaires, soit civiles soit criminelles et qui, de trois cents noms, s'éleva à plusieurs milliers.

D. Dans quelle classe se recrutait-elle ?

R. D'abord, exclusivement dans l'ordre sénatorial, au temps des actions de la loi ; plus tard, aussi parmi les chevaliers, d'après la loi Sempronia. (631 U. R.) Vers la fin de la République, pour apaiser les débats de ces deux classes. on forma trois décuries de juges, la première de sénateurs, la seconde de chevaliers. On en fit ensuite deux autres.

D. Les parties ne pouvaient-elles refuser le juge désigné, en prendre un même hors des listes?

R. Oui ; après l'exercice du droit de récusation, le magistrat tirait au sort le juge. Hors du prétoire, on pouvait aussi convenir de s'en rapporter à un citoyen non constitué juge. Cette convention est le compromis.

D. Quelle différence y a-t-il donc entre le juge ainsi choisi et le juge constitué sur les listes ?

R. Comme il n'a pas de pouvoir, le premier ne saurait obliger les parties à comparaître. Sa sentence n'emporte ni l'action *judicati* ni l'exception *rei judicatæ* et peut demeurer sans exécution.

D. Que sont les *recuperatores* ?

R. A Rome, selon le système le plus plau

sible, pour juger les procès intéressant des pérégrins, on prenait des résidants, hors des listes. Ils jugeaient en nombre multiple, de 3 ou 5, et peut-être mettaient eux-mêmes leur sentence à exécution. Telle est l'origine de cette espèce de juges, qui fut ensuite admise même entre citoyens, dans certaines instances urgentes, notamment les interdits ;

2° Cette expression désignait, dans la province, les juges mêmes, portés sur les listes (Gaï. I § 20).

D. Que sont les centumvirs ?

R. Ce fut un tribunal permanent, recruté de patriciens et de plébéiens, au nombre exact ou approximatif de 100, enfin porté jusqu'à 180. Il régna sous les deux premiers systèmes de procédure et peut-être dès la loi des XII Tables.

D. Les cent membres n'étaient-ils pas divisés ?

R. Oui, en quatre sections. On disait l'instance *judicium simplex*, *duplex*, etc., selon qu'elle était poursuivie devant une, deux, trois sections ou toutes les quatre.

D. De quelles causes connaissait ce tribunal ?

R. Par suite du choix des parties, de celles où il était demandé, malgré les frais qu'entraînait cette option, et, par attribution, de celles concernant l'état civil, la propriété quiritaire et l'hérédité.

D. Qui dirigeait ce tribunal ?

R. Il était présidé par le préteur et dirigé par les *decemviri litibus judicandis* dont la mission n'est pas autrement connue.

SECTION 2me. — *Des actions de la loi.*

D. Que sont les actions de la loi ?

R. Certaines formalités de procédure qu'on accomplissait en personne, en présence de son adver-

saire, avec des pantomimes et paroles sacramentelles pour obtenir sanction de son droit.

D. Combien y a-t-il de ces procédures?

R. Cinq, qui sont : le *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio*, la *pignoris capio*.

D. Comment peut-on les grouper?

R. Soit d'après leur origine, le *sacramentum* et la *manus injectio* étant les plus anciennes, soit en actions de la loi pour la poursuite et actions pour l'exécution. Celles-ci sont la *manus injectio* et la *pignoris capio*.

D. Quelle est la marche générale, alors, de la procédure?

R. Le demandeur arrête et traîne devant le magistrat son adversaire, lequel peut se dégager en donnant un *vindex*, c'est-à-dire en offrant un citoyen garantissant qu'il se présentera et, à défaut, prenant l'affaire à sa propre charge. Le magistrat statue en droit, et, s'il ne termine pas dans le jour, les parties se donnent caution de se représenter. C'est le *vadimonium*.

D. N'y avait-il pas un engagement semblable de comparaître devant le juge?

R. Trois jours après sa désignation, mais sans caution. C'est ce qu'on nomme *comperendinatio*. *Lis comperendinata*, c'est le procès lié.

D. Qu'est-ce que le *sacramentum*?

R. L'action de la loi originaire et de droit commun. Elle consiste surtout dans la gageure d'une somme déterminée, au profit des temples sous laquelle les parties faisaient indirectement trancher leurs différents. Les pontifes, en la personne du magistrat, du juge ou des centumvirs auxquels il avait renvoyé le débat, déclaraient *injustum* le *sacramentum* de l'une des parties. L'autre avait gain de cause et reprenait son argent. La somme est dite proprement *sacramentum*.

D. Quel en était le montant ?

R. De cinquante as pour les débats d'un taux inférieur et pour la *causa liberalis* ; de 500, pour les valeurs supérieures à 1.000 as. Ces sommes étaient originairement déposées au trésor du temple, *ærarium* ; ensuite, le préteur se borna à en exiger la promesse avec caution. Sous le système formulaire, le *sacramentum* était encore en usage devant les *centumviri* ; le plus fort était alors réduit au quart, 125 as. Il y a chez nous des consignations préalables à l'emploi des voies de recours, appel, cassation, requête civile.

D. Comment se déroulait l'action ?

R. Dans son emploi pour la revendication d'un meuble, on trouvait plusieurs actes, l'*in jus vocatio*, la *manuum consertio* et *vindicatio*, la *provocatio*, les *vindiciæ*, la *litis contestatio*, puis le jugement.

D. Qu'est-ce que la *manuum consertio ?*

R. La pantomime d'un combat entre les parties, tenant chacune la baguette en guise de lance, (*vindicta*, d'où *vindicatio*), autour du meuble, apporté ou amené *in jure*, et disant, de l'esclave par exemple : *hic homo meus est*, etc., jusqu'à ce que le magistrat s'interposât : *mittite ambo hunc hominem.*

D. Que faisait-on ensuite ?

R. Le prêteur attribuait la *possessio* intérimaire en faisant donner, à la partie constituée ainsi demanderesse, par l'autre devenue le défendeur, caution de restituer la chose et ses fruits, s'il succombait : *prædes litis et vindiciarum.*

D. Qu'est-ce que la *litis contestatio ?*

R. Quand les préliminaires et questions du procès étaient arrêtés, les parties prenaient toutes deux le public à témoin de ce qui s'était passé. Cela était particulièrement utile au cas de renvoi.

D. Le renvoi n'a-t-il pas toujours lieu ?

R. Il fut pratiqué dès les XII tables, mais pas dans tous les cas. Une loi Pinaria en régla le délai savoir 30 jours après l'*in jus vocatio.*

D. Comment se passait le *sacramentum* ayant pour objet un autre droit ?

R. Dans les actions personnelles, on le sait peu. Dans les revendications d'immeubles, on rencontrait un acte de plus, la *deductio*.

D. Comment se faisait-elle ?

R. C'était une promenade, réelle d'abord et en compagnie du magistrat, des litigants qui se rendaient sur ou dans l'immeuble litigieux où, en revendiquant, ils se livraient à la *manuum consertio*, pour se chasser l'un l'autre. Ensuite on eut la *deductio quæ moribus fit*. Sur l'invitation du magistrat : *inite viam*, les parties se rendaient seules ou feignaient de se rendre sur les lieux, dont elles rappportaient ou produisaient un fragment immobilier, (une motte, une tuile, par exemple); sur lequel se faisaient *in jure*, la *manuum consertio* et la *vindicatio*.

D. Qu'est-ce que la *judicis postulatio ?*

R. Une action dont on ne connaît ni l'origine ni la procédure, mais seulement cette formule : *judicem arbitrumve postulo uti des.* et qui s'employait particulièrement pour des obligations de bonne foi, les actions divisoires, celles sur la tutèle, les fiducies, les ventes, les louages, etc.

D. Puisque l'action *sacramenti* faisait donner un juge, quel besoin de celle-ci ?

R. Le magistrat était sans doute libre de statuer lui-même dans le *sacramentum*. D'autre part, cette action ne comportait qu'une question alternative rigoureuse; or, ces matières embrassent des comptes, compensations, appréciations. Enfin, en tous cas, les parties ne couraient plus là le risque du *sacramentum*.

D. Avait-on donc le droit de plaider ainsi *cum* ou *sine periculo ?*

R. Ce choix ne fut accordé que progressivement et pour certaines affaires.

D. Qu'est-ce que la *condictio ?*

R. Une action où le demandeur dénonçait (*condicebat*), à son adversaire, sans doute hors du prétoire, d'avoir à y comparaître, au bout de trente jours pour recevoir un juge.

D. Comment fut-elle introduite?

R. Par les deux lois *Silia* et *Calpurnia* (510 et 520 U. R?) la première pour les obligations *de certa pecunia*, la seconde *de omni re certa*, due par une cause de droit strict, *mutuum*, legs, stipulation, expensilation.

D. Quelle différence offrait-elle avec les deux actions précédentes?

R. Avec la première, tout au moins, l'économie de la consignation aux pontifes, avec la seconde le caractère précis du pouvoir du juge. Il y avait aussi sans doute suppression de l'*in jus vocatio* et ainsi abréviation des délais, adoucissement de procédure.

D. Qu'est-ce que la *manus injectio?*

R. Le droit de saisir son débiteur, les jours fastes, en prononçant certaines paroles consacrées, pour le traîner au magistrat qui, en général, vous attribuait sa personne en gage.

D. Pourquoi dites-vous en général?

R. Parce que cette action est plus ou moins rigoureuse: on distingue la *manus injectio judicati* et *pro judicato* et celle *pura*.

D. Quelle est cette première espèce?

R. Celle *judicati* s'exerce contre le débiteur *in jure confessus*, celui *judicio damnatus*, sans doute contre l'héritier tenu du legs *per damnationem* et le défaillant devant le juge dans la *judicis postulatio* ou la *condictio*; celle *pro judicato*, pour diverses causes que favorisent des lois spéciales.

D. Citez celles connues.

R. 1° La loi *Publilia*, contre qui ne rembourse pas, dans les six mois, à son *sponsor*, *(actio depensi)*:

2° La loi *Furia de sponsu*, contre qui reçoit d'un *sponsor* au-delà de sa part dans la division qu'elle

ordonnait. Plus tard, le premier cas seul e portait la contrainte *pro judicato*.

D. Quelles lois la donnaient pure ?

R. 1° La loi *Furia testamentaria*, contre le légataire imprudent :

2° La loi Marcia, contre les usuriers.

D. Comment se passait la *manus injectio* ?

R. Les détails expirés, (*triginta justi dies*, en cas de jugement), le créancier saisissait lui-même son débiteur, en indiquant la *damnatio*, ou la cause de sa réclamation et ajoutant, au besoin : *pro judicato*. Il le traînait au magistrat qui décidait, sans renvoi, s'il y avait chose jugée, etc. Ici se trouvait la rigueur de la *manus injectio judicati* ou *pro judicato*. C'est que le saisi, restant alors en condition servile, ne pouvait *manum depellere*, *pro se lege agere* ; il devait donner un *vindex*, faute de quoi, sans être entendu, mais non probablement sans nul examen, il était *addictus* au créancier. Le *vindex*, dont l'intervention, au contraire, obtenait au saisi sa mise en liberté, plaidait pour lui, sous la sanction de la condamnation au double, car tel est le caractère de l'action *judicati*. Dans la *manus injectio pura*, le saisi, ameué au prétoire, y développait librement ses moyens.

D. Que devenait l'*addictus* ?

R. Renfermé chez son créancier, qui le charge de fers et le nourrit, dans la mesure portée aux XII Tables, il reste ainsi durant deux mois. A trois *nundinæ* consécutives, dès le premier sans doute, on le produit au magistrat, dans le *comitium*, où l'on proclame, et peut-être on affiche, le montant de sa dette, pour provoquer ses parents et amis à le libérer. Enfin, le délai expiré, l'*addictus* devient esclave de droit ; jusque là va le respect de l'obligation ! Son créancier peut le vendre *trans Tiberim*, le tuer et, s'il y en a plusieurs, ils ont la faculté, maintenue par les XII Tables sans que personne en ait usé depuis, de le dépecer.

D. La famille suit-elle le sort de l'*addictus* ?

R. Oui, à l'origine, selon moi, puisqu'il est de principe que l'acquisition d'esclave est une succession. Mais on s'en départit de bonne heure.

D. N'y a-t-il pas certaines personnes mises dans une condition semblable?

R. 1° Le voleur manifeste était, d'après les XII Tables, *addictus* à la victime de son délit, et, vraisemblablement il devenait, sauf réparation, esclave seulement après les 60 jours:

2° Le *nexus* avait une situation analogue.

D. Qu'est-ce que le *nexus?*

R. Celui qui s'est vendu, sous condition résolutoire *per æs et libram*, c'est-à-dire pour être esclave à défaut de paiement, origine saisissante de la contrainte par corps, qui remplaça la *manus injectio.*

D. Quelles en sont les différences?

R. 1° Le *nexus* est *in mancipio* dès la vente et esclave dès que, la dette échue, le créancier se le fait *addicere* par la revendication;

2° La *familia* suivait sa condition;

3° L'*addictus* était libéré par l'extinction de la dette et le *nexus* seulement par un affranchissement qui le laissait *quasi-libertus*, sauf l'intervention du magistrat et la perte du droit de patronage, en cas de tergiversation.

4° Cette application de la mancipation fut supprimée, l'an 428 de Rome, par la loi *Petilia* et la *manus injectio* se perpétua encore plus d'un siècle.

D. Qu'est-ce que la *pignoris capio?*

R. Une voie d'exécution, permettant la saisie isolée des biens du débiteur. Cette mesure n'a lieu que pour les dettes d'un caractère public et à titre exceptionnel, les impôts, la solde, le prix du cheval et du fourrage du militaire, celui d'une victime pour le culte. La personne du débiteur était donc de droit commun le gage des créanciers, à l'origine de Rome, et la *familia* entière suivait, comme accessoire.

D. La *pignoris capio* est-elle action de la loi?

R. On en doutait, parce qu'elle s'accomplissait en dehors du prétoire, de la présence du débiteur, et les jours néfastes, bien qu'en termes sacramentels.

Section 3e. — *Origine et nature du système formulaire.*

D. En quoi consiste cette nouvelle procédure?

R. En un système de règles, homogène pour tous les droits de toutes les personnes, citoyens et pérégrins, où le magistrat renvoie l'examen au juge avec une instruction écrite, dite formule.

D. Comment peut-on définir cette formule?

R. Une sentence conditionnelle, un mandat de condamner ou d'absoudre, selon que tel point, soit de droit, soit de fait, se trouvera ou non justifié.

D. Quelle est l'origine de ce système?

R. Les actions de la loi n'étant pas communicables aux pérégrins, le préteur spécial avait dû se faire une procédure qui, moins chère et dénuée de pantomimes, de formalités périlleuses, parut enviable aux citoyens. Elle leur fut donnée par la loi Æbutia et les deux lois Julia qui abolirent successivement les anciennes actions.

D. Cette succession fut-elle entière?

R. Non. La procédure formulaire, d'une part, ne s'appliquait qu'aux obligations : de l'autre, même après qu'on l'eut étendue aux droits réels, le *sacramentum*, procédure des centumvirs, subsistait pour ces droits et quelques actions spéciales, celle *damni infecti* par exemple, et les parties pouvaient choisir.

D. La procédure formulaire était-elle toujours *sine periculo*?

R. Non. A l'imitation du *sacramentum*, les parties se promettaient réciproquement une certaine somme (*sponsio et restipulatio*), déterminée dans la plupart des cas et que le perdant payait au gagnant.

D. Comment arriva-t-on à étendre la formule aux droits réels?

R. 1° Indirectement. Les parties faisaient une gageure purement préjudicielle et sans *restipulatio* : promets-tu de payer cent si l'esclave que tu possèdes est à moi? Le juge était amené à examiner la question de propriété et la somme n'était jamais payée.

2° Plus tard, au lieu d'agir par le circuit de la *formula per sponsionem*, on posa directement la question. C'est la *formula petitoria*. On agit de même en matière d'hérédité et dès lors le tribunal centumviral déclina rapidement.

D. Le système formulaire n'avait-il pas ici, pourtant, une infériorité?

R. Oui. Comme les pérégrins étaient insusceptibles de droits réels, *ipso jure*, le système, conformément à son origine et à son premier objet, l'obligation, ne faisait obtenir au demandeur qu'une somme d'argent, tandis que l'action de la loi lui faisait rendre sa chose même.

D. Quelle est la marche de la procédure?

R. On y trouve encore divers actes : l'*in jus vocatio*, la dation de cautions, la *litis contestatio*, le *judicium*.

D. L'*in jus vocatio* est-elle semblable?

R. Le préteur a créé des peines contre qui refuse de se rendre devant lui, en cas de citation ; ce qui dispense d'employer la force. Elle est interdite, en outre, contre certaines personnes. Enfin, l'ajourné peut se contenter de fournir la caution dite à tort *in judicio sistendi*, par judéjusseur, suppléant le *vindex*.

D. Et si l'on ne pouvait joindre le défendeur?

R. Sous les actions de la loi, il n'y avait pas de remède et, le débiteur ne pouvant être appréhendé

chez lui, il lui suffisait de n'en pas sortir, à certains moments, pour déjouer l'action. Le préteur y remédiait par la *missio in possessionem*, qui peut comprendre même l'intégralité des biens du défendeur *qui latitat*.

D. Que fait-on, rendus *in jure* ?

R. Le demandeur expose sa prétention et choisit, en conséquence, l'une des actions portées sur l'*album*. C'est l'*actionis editio*. Le défendeur, séance tenante, ou après un délai qu'il pouvait obtenir en donnant la caution du *vadimonium*, fournissait ses moyens en droit. Le préteur examinait s'il y avait lieu à l'octroi de l'action demandée, et qu'il pouvait refuser, parce que le demandeur n'avait nu droit, ou l'avait proposé trop tôt, ou s'était trompé d'action. Cette erreur pouvait être rectifiée, du reste, jusqu'à la litiscontestation.

D. Quelles autres conséquences a cet acte ?

R. 1° La litiscontestation ou clôture des débats *in jure*, rendait définitive l'*actionis accommodatio* et le jugement possible en l'absence du défendeur ;

2° Déterminait les éléments, les parties dans le débat et arrêtait les mises en cause ;

3° Délimitait le temps auquel le juge devait se reporter pour la plupart de ses appréciations, notamment sur le bien fondé de la demande, l'*in rem versum*, dans un procès contre un incapable ou un *pater familias* ; la consistance du pécule, le bénéfice de compétence, celui de division entre cofidéjusseur ;

4° Interrompait la prescription ;

5° Rendait inaliénable l'objet litigieux ;

6° Emportait la novation nécessaire, à ces trois conditions, ai-je dit, que l'instance fût personnelle, *in jus* et légitime, avec les effets suivants :

7° *Ipso jure* et sans exception *rei judicatæ*, on empêchait le retour du procès ;

8° Les actions de nature à s'éteindre par le temps ou la mort devenaient perpétuelles, transmissibles.

D. Pourquoi la novation seulement alors ?

R. Parce que les droits réels ne peuvent être novés par une obligation et que les *judicia imperio continentia*, instances auxquelles met fin la mort ou la retraite du magistrat qui les a créées, sont trop éphémères.

D. Assurait-on la comparution des parties *in judicio*, devant le juge ?

R. Ce n'était pas utile. L'absence du défendeur y étant indifférente et celle du demandeur lui faisant encourir la péremption d'instance, leur intérêt était un mobile suffisant.

D. A quelle condition jugeait-on par défaut ?

R. Il fallait que le défendeur fût constitué contumace. Pour cela, dès la délivrance de la formule, on prenait du magistrat, en cas d'urgence, l'*edictum peremptorium*, ou après le défaut à la première audience, des édits spéciaux, ordonnant la comparution à peine de contumace; la signification de ces édits ou du premier, *unum pro omnibus*, permettait le jugement par défaut.

D. Que faisait-on devant le juge ?

R. Peut-être l'exposé sommaire des conclusions, *causæ collectio*, comme dans les actions de la loi; ensuite les plaidoiries, qui étaient publiques et où les parties produisaient leurs preuves sur le droit et le fait, titres, témoins, délation de serment, rescrits, avis des prudents. Le juge pouvait les interroger, leur déférer lui-même le serment, ordonner une seconde, une troisième plaidoirie. Enfin, il rendait son jugement, à moins qu'il pût déclarer sous serment *sibi non liquere*.

SECTION 4me. — *Parties de la formule* — Cognitiones extraordinariœ. — *Voies de recours.*

D. Quelles sont les parties de la formule ?

R. Les unes sont normales : *demonstratio, intentio, condemnatio, adjudicatio*; les autres accidentelles, les prescriptions, les *prœjudicia*, les exceptions qu'on verra plus loin.

D. Qu'est-ce que la *demonstratio* ?

R. L'exposé sommaire du fait, au début de la formule.

D. Qu'est-ce que l'*intentio* ?

R. L'expression de la prétention du demandeur répondant à ce qu'on nomme chez nous conclusions (Gaï, IV § 41). C'est le cœur de la formule, et la partie qui y est toujours, au moins virtuellement.

D. Qu'est-ce que la *condemnatio* ?

R. L'expression du mandat, conditionnel et alternatif, de condamner, qui comprend l'absolution *si non paret, absolve.*

D. Qu'est-ce que l'*adjudicatio* ?

R. Le pouvoir conféré au juge d'adjuger, dans les actions qui le comportent, celles divisoires.

D. Les autres parties manquent-elles parfois ?

R. 1° La *demonstratio*, dans la revendication, par exemple ; car il n'est pas nécessaire d'y indiquer la cause de sa propriété ;

2° L'*intentio* proprement dite dans les formules *in factum conceptæ*, où la *demonstratio* la renferme implicitement ;

3° La *condemnatio*, dans les actions préjudicielles ; on n'y invoque pas immédiatement les conséquences de sa prétention.

D. L'*intentio* et la *condemnatio* se présentent-elles toujours avec le même caractère ?

R. Non, l'*intentio* est *certa* ou *incerta* et il en est de même alors de la *condemnatio*. Le juge a des pouvoirs plus étendus en celle *incerta*. Mais alors une limite a pu lui être imposée (*taxatio*), ou une condition négative : *nisi restituat, exhibeat*...

D. Y a-t-il toujours formule délivrée ?

R. Oui, dans l'*ordo judiciorum*, Mais il y a parfois *cognitio extraordinaria*, soit d'après les règles, soit d'après les circonstances.

D. Quels sont les cas réglés de cette *cognitio ?*

R. 1° Les débats relatifs à l'exécution des jugements et l'action *judicati*, le legs *per damnationem* et tous les cas où il y a *manus injectio* ; 2° Les fidéicommis ; 3° La fixation d'honoraires ; 4° Les autorisations de plaider contre son *parens*, son patron; 5° La *restitutio in integrum* ; 6° Les diverses phases de la *bonorum venditio* ; 7° La procédure *damni infecti* ; 8° L'appel, etc.

D. Quand y avait-il encore *cognitio ?*

R. D'après les circonstances ; quand par exemple approchait la fin de la préture, de façon que les pouvoirs du juge eussent trop peu de durée pour éviter la péremption. Sous les empereurs, le magistrat retenait la connaissance du débat quand il voulait.

D. Quelles sont les voies de recours ?

R. 1° Les jugements, sont nuls de plein-droit, quand on a jugé contre les lois ou dépassé la *taxatio* ou rendu la *sententia venalis* ;

2° L'*in integrum restitutio*, s'ily a minorité, dol, ou des circonstances dignes d'intérêt, par exemple dans le cas du légataire trompé dans la réduction de son legs (Inst. IV, VI § 33).

3° L'*intercessio* est le pouvoir d'un magistrat, des tribuns notamment, de suspendre l'effet des décisions d'un magistrat d'un ordre égal ou inférieur ;

4° L'*appellatio* semble née du pouvoir précédent et permet à un magistrat de réviser le procès après le juge commis par lui ou un magistrat inférieur. Il

y a souvent plusieurs degrés d'appel. Le *præfectus urbi*, connaît de ceux émis contre les sentences des magistrats inférieurs, l'empereur de celles du préfet.

5° La *revocatio in duplum*, recours peu connu, né de l'action *judicati*, permet, en certains cas seulement sans doute, de faire réviser ou interpréter la sentence, en se soumettant à payer au double la condamnation, si elle est maintenue.

SECTION 3me. — *De la procédure extraordinaire.*

D. Que signifie cette expression ?

R. Le renversement de l'*ordo judiciorum*, de la division normale des instances entre le magistrat et un tribunal de renvoi.

D. Qui a consommé ce renversement ?

R. Dioclétien, dans une constitution de 294, rendue pour les provinces, et bientôt généralisée

D. Quels magistrats voit-on à son époque ?

R. Leur institution et leur hiérarchie tiennent à la nouvelle division faite de l'empire. Elle comporte quatre grands gouvernements, administrés chacun par un préfet du prétoire et subdivisés en diocèses, gouvernés par un vicaire du préfet. Le diocèse comprend plusieurs provinces plus ou moins importantes, confiées à des gouverneurs sous divers titres.

D. Quelle est la hiérarchie des magistrats ?

R. 1o Elle comprend des magistrats inférieurs ou municipaux, *duumviri*, *defensores civitatum*;

2° Les magistrats ordinaires ou juges de droit-commun, savoir les gouverneurs de province :

3° Les magistrats sacrés, qui peuvent statuer à

la place de l'empereur *vice sacra*, en appel ou en dernier ressort et qui ont comme lui un conseil. Ce sont les *præfecti*, *urbi* et *prætorio*.

4° Au sommet de l'échelle, l'empereur.

D. Quelles sont les principales innovations dans l'organisation générale de la procédure?

R. 1° Le renvoi normal étant supprimé, les magistrats remplissent l'office de juge;

2° On observe entre eux une hiérarchie qui faisait encore défaut depuis l'Empire;

3° Le nombre des magistrats permit de supprimer la justice ambulatoire et les assises;

4° Sous Constantin, les jours fastes, les seuls où l'on pût juger, fixés à 38 sous les XII Tables, (un jour sur neuf, comme les *nundinæ*), et successivement accrus, comprennent toute l'année, sauf les fêtes chrétiennes.

D. Le renvoi ne se rencontra-t-il plus?

R. Si fait, dans les affaires les moins importantes. Le magistrat en peut charger les *judices pedanei*, sorte de juges citoyens ou magistrats inférieurs, réunis en collége, pour Constantinople, par Justinien, qui limita leur compétence à 300 solides.

D. Quelle était la marche de la procédure?

R. Elle n'a plus rien de formaliste. La *conventio* a remplacé l'*in jus vocatio*. La *litis contestatio* n'a plus réellement lieu. Les parties proposent librement leurs moyens. Le juge doit écrire sa sentence et la lire, sur la minute.

D. Comment se fait la *conventio*?

R. Il y a deux procédés, l'un de Justinien. Le plus ancien consiste à développer la nature et les moyens de son action devant un magistrat, qui en dressait procès-verbal et on le faisait signifier à son adversaire avec assignation; c'était un peu le mécanisme de nos ajournements avec signification d'un procès-verbal de non comparution. On pouvait aussi prendre un rescrit permettant de citer.

D. Quel procédé admit Justinien ?

R. Le *libellus conventionis*, prescrit déjà pour les *persecutiones* ou *cognitiones*. On adressait une requête motivée au magistrat compétent, en demandant qu'il citât l'adversaire devant lui. Le magistrat prenait une ordonnance en ce sens, ou dans celui du rejet si la demande était non recevable ou visiblement mal fondée. C'est la façon d'assigner chez nous en matière administrative.

D. Sous quel régime de procédure les actions sont-elles étudiées aux Instituts ?

R. Principalement sous celui formulaire, qui régnait au temps des grands jurisconsultes dont les compilateurs ont réuni les textes.

D. Que renferme leur titre *de actionibus ?*

R. Une étude des actions, d'après plusieurs divisions, l'examen de procédures remaniées par Justinien, enfin celui des inexactitudes dans la demande.

SECTION 6me. — *Inexactitudes dans la demande.*

D. Quelles inexactitudes peut-elle renfermer ?

R. En plus ou en moins : *pluris petitio* ou *minoris* ; ou demande d'une chose pour l'autre.

D. Quand y a-t-il *pluris petitio?*

R. Quand dans l'*intentio* de la formule, le demandeur a fait insérer une prétention exagérée en quelque chose, savoir : *re*, *loco*, *tempore*, *causa*.

D. Comment y a-t-il *pluris petitio re ?*

R. Par l'exagération dans l'objet même demandé, 15 sous d'or au lieu de 10.

D. Quand y a-t-il *pluris petitio tempore*, *loco*, *causa ?*

R. Quand on agit prématurément, avant la condition ou le terme échu ; en demandant une chose en un autre lieu que celui ou le paiement en doit être fait ; enfin, sous une modalité différente, en privant le défendeur d'une certaine option, en concluant à l'une de deux choses dues alternativement à son choix.

D. Quelle est la peine de la *pluris petitio* ?

R. En général, la perte du procès. Quand on agit avant l'accomplissement de la condition, il paraît plus logique de dire qu'on n'a pu compromettre le droit non né.

D. L'exagération dans les autres parties de la formule est-elle indifférente ?

R. Oui, pour les deux parties, dans la *demonstratio* ; sauf dans les actions *in factum* où elle tient lieu d'*intentio* ; quand elle est dans la *condemnatio*, le défendeur qui a eu l'imprudence de la laisser passer doit pour la faire rectifier solliciter l'*in integrum restitutio*. Cette restitution est aussi accordée au demandeur, quand il est mineur ou déçu par des circonstances anormales et très-graves. S'il s'en aperçoit avant la *litis contestatio*, il redresse lui-même sa formule en projet.

D. L'exagération dans l'*intentio* entraîne-t-elle toujours cette sanction ?

R. Non. L'*intentio* doit pour cela être *certa*. Celle *incerta : quidquid paret...* n'admet pas la *pluris petitio*. Il en est de même parfois de l'*intentio certa*, quand on demande un usufruit avant le terme, ou un immeuble dont on est nu-propriétaire, sans déduire l'usufruit.

D. A raison de la *pluris petitio loco*, le défendeur de mauvaise foi peut se soustraire au paiement, en observant de ne pas paraître en la ville où il doit se faire ?

R. Le préteur y a remédié en créant une action *de eo quod certo loco*, dont je parlerai plus loin.

D. Pourquoi une sanction si sévère?

R. Non pas comme peine, mais comme conséquence logique du mandat judiciaire : *si non paret.*

D. Sous Justinien n'existe-t-elle donc plus ?

R. Non, en effet. Deux espèces de *pluris petitio*, reçoivent encore une certaine peine, celles *tempore* et *re*. Pour la première, une constitution de Zénon oblige le demandeur à garder le double du terme qu'il a négligé. Pour la seconde, il est astreint, par Justinien, à payer au défendeur le triple du préjudice qui en sera résulté.

D. Quel effet avait la *minoris petitio ?*

R. 1° Dans la *condemnatio* non conforme à la *demonstratio*, elle entraînait la perte du droit pour la différence, le juge ne pouvant dépasser ;

2° Dans l'*intentio*, elle permettait d'agir pour le surplus ; mais si l'on n'attendait, pour cela, une autre préture, le défendeur pouvait opposer l'exception *litis dividuæ*.

D. Et si l'on demandait *aliud pro alio* ?

R. On perdait naturellement son procès ; mais le droit était entier ; on pouvait agir aussitôt, à nouveau. Il en était ainsi quand on se trompait de cause, demandant comme dépôt un précaire, etc.

D. Quel est l'effet de ces erreurs, dans la procédure extraordinaire ?

R. Le demandeur étant en présence du magistrat, muni d'un pouvoir propre au lieu d'un mandat, n'étant plus forclos par la litiscontestation, peut rectifier sa demande jusqu'à la fin des débats.

TITRE VI

Des Actions.

ACTION 1re. — *Actions* in jus, in factum.

D. Pourquoi ne commencez-vous pas par la division des actions réelles ou personnelles, que Justinien signale comme la plus absolue?

R. Les actions sont d'abord *in factum* ou *in jus*. Les dernières se subdivisent *in rem*, *in personam*.

D. Comment l'action est-elle *in jus*, *in factum*?

R. Suivant que la formule défère au juge une question de droit, exigeant la connaissance, l'examen de la loi et des conditions qu'elle exige : Y a-t-il *factum?* Y a-t-il propriété quiritaire ? ou la vérification d'un simple fait : Y a-t-il eu serment déféré et prêté ? Un tel a-t-il frappé celui-là ?

D. A quelle signe reconnait-on celle *in factum* ?

R. C'est que le fait y est exposé, suivant la prétention du demandeur, dans une phrase qui tient lieu de *demonstratio* et d'*intentio*.

D. Quel est l'usage de ces actions ?

R. Ce fut originairement le moyen de sanctionner les droits des pérégrins, pour qui on ne pouvait pas poser la question de droit, *ipso jure* ; et de même, plus tard, une ressource pour donner action aux citoyens, quand la loi n'en conférait pas ; par exemple, en faveur des fils de famille, qui n'ont pas

pleine personnalité ; l'action d'injure du chef de l'esclave, qui en est insusceptible *jure civili* ; l'action de la loi Aquilia, pour le *damnum* qui n'a été causé ni *corpore* ni *corpori*, celle qu'on donne en cas de dol de mandat, de dépôt, contre des personnes a qui le demandeur doit l'*officium*, pour ne les pas déshonorer.

D. Que sont les actions réelles, personnelles ?

R. L'action personnelle est celle où on prétend, à la *litiscontestatio*, un droit personnel ou du moins qu'on ne peut opposer qu'au défendeur, et l'action réelle la sanction d'un droit subsistant *erga omnes*, à tel point que le défendeur n'est pas nommé dans l'*intentio* de la formule.

D. N'est-il pas plus simple de les définir la sanction d'un droit personnel ou réel ?

R. Ces actions réelles couvrent des droits même non réels, comme la liberté, l'ingénuité.

D. Que sont les actions civiles, prétoriennes ?

R. Les premières sont celles fondées sur le texte des lois; les actions prétoriennes ou honoraires ont été créées par le préteur, *ex jurisdictione sua*. Toutes les actions *in factum* sont prétoriennes, sauf celle *civilis in factum* ou *præscriptis verbis*.

Section 2e. — *Actions civiles*, in rem.

D. Combien y a-t-il d'actions civiles réelles ?

R. Cinq, qui sont la revendication, l'action confessoire, celle négatoire, la pétition d'hérédité et la revendication de liberté ou *causa liberalis*.

D. Qu'est-ce que la revendication ?

R. La sanction du droit de propriété quiritaire. Pour l'exercer, il faut justifier de ce domaine sur une chose qui se voit en possession du défendeur.

D. Comment justifie-t-on de son domaine? unse

R. En établissant qu'on a reçu la chod' propriétaire capable et voulant aliéner, avec emploi d'un mode propre et que celui-là était aussi propriétaire quiritaire; ainsi de suite en remontant jusqu'à un auteur qui ait acquis par l'usucapion ou un mode d'acquérir originaire.

D. Quelle possession doit avoir le défendeur ?

R. Pour éviter qu'en mettant un gardien dans l'immeuble d'autrui et en s'éloignant, on puisse déjouer les diligences du propriétaire en vue d'interrompre la prescription, on admit l'action contre le simple détenteur. Mais Constantin organisa une procédure pour faire mettre en cause le véritable possesseur, le détenteur devant *dominum nominare* ; à défaut, on recouvre la possession soi-même.

D. Ne peut-on, en certains cas, former l'action, *in factum*, contre le non-possesseur ?

R. 1o Lorsque le défendeur a fait ou laissé croire qu'il possédait, par exemple pour donner au véritable possesseur le temps d'achever son usucapion ;

2o Au cas où le véritable possesseur, pour arriver au même but, transfère la possession.

D. Comment l'action pourra-t-elle aboutir ?

R. Le demandeur obtient la valeur de la chose à titre pénal et il lui reste la revendication directe contre le vrai possesseur, sauf au cas où la translation de possession n'a pas nui.

D. La possession des choses, surtout immobilières, n'est-elle pas souvent incertaine au point qu'on ne saura qui doit jouer le rôle de demandeur ?

R. En effet, mais cette question, qui est de la plus grande importance au débat, sera tranchée par les règles des interdits possessoires.

D. Peut-on agir par action personnelle relativement à une chose qui vous appartient ?

R. Cela se présente souvent pour certaines actions, *depositi*, *commodati*, *locati*, *pro socio*, etc.,

mais non en général pour la *condictio*, où l'on conclut *dare oportere*, ce qui emporte contradiction.

D. N'y a-t-il pas exception pourtant?

R. 1o La *condictio furtiva*, qu'on peut employer alternativement avec la revendication ;

2o Si je suis créancier par legs valable ou stipulation d'une chose, que j'acquiers ensuite, je peux employer la condiction en demandant ma propre chose, pourvu que les deux causes ne soient pas lucratives, cas auquel il n'y aurait plus nulle action.

D. Y a-t-il des actions réelles et personnelles?

R. Non, je ne l'admets pas. On reconnaît seulement à quelques-unes des apparences qui ont trait à la fois aux droits réels et personnels.

D. Quelles sont celles citées à ce titre ?

R. Le § 20, l'explique : *qualis est*... et ne me semble pas prêter aux débats qui se sont élevés ici. Justinien parle évidemment des actions divisoires.

D. En quoi peuvent-elles sembler mixtes ?

R. 1o On y est demandeur et défendeur, ce qui justifierait l'épithète de double ;

2o On y agit en vertu d'un droit personnel, mais parce qu'on est co-propriétaire ;

3o Outre les prestations dues par les co-partageants, on conclut généralement à l'adjudication. Ce sont donc des actions où l'on entre créancier, d'où l'on sort propriétaire ;

4o Enfin, le nom des défendeurs est omis dans la formule; elle est donc *in rem scripta*. Toutes ces explications sont acceptables, sauf la première.

D. Parlez des actions confessoire, négatoire ?

R. C'est la sanction du droit de servitude réelle ou personnelle et de la propriété.

D. Quelle en est la forme ?

R. Jadis le *sacramentum*. Dans le système formulaire on agit, comme pour la revendication, soit par *petitio*, soit *per sponsionem*.

D. Qui peu exercer l'action confessoire ?

R. Celui qui prétend un droit de servitude, dont il est ou non en quasi-possession, contre tout contestant par voie de droit ou de fait.

D. Si, à la différence de la revendication, cette action peut-être formée par qui possède, cela lui donne-t-il quelque supériorité ?

R. Oui, c'est que, outre l'action, il jouit de l'interdit *quod vi aut clam*, par lequel il fait remettre en état le fonds servant où l'on aurait entrepris contre sa servitude, après qu'il a manifesté son opposition.

D. Est-il nécessaire d'être propriétaire du fonds dominant pour former l'action confessoire ?

R. Non; l'usufruitier l'a également; l'emphytéote et le créancier gagiste l'exercent aussi, mais comme action utile.

D. Qu'est-ce que l'action négatoire ?

R. Celle par laquelle le propriétaire prétend que sa chose est libre de telle servitude. On peut trouver singulière une action négative, où il faudrait vérifier le droit du défendeur. Mais celle-ci revient à une affirmation de la pleine propriété, qui seule est à examiner et, si le *non dominus* conteste la servitude à qui n'y a pas droit non plus, ce quasi-possesseur est maintenu en l'état.

D. Est-ce à cette action que s'appliquent ces mots du § 2 des Instituts : *sane uno casu ?*

R. Je suis porté à le croire, expliquant par la place qu'il occupe ce passage difficile.

D. Qui doit prouver dans l'action négatoire ?

R. C'est une sorte de revendication, donc la preuve est au demandeur. C'est le droit commun. Ce n'est pas une preuve négative vague ; grâce à l'*interrogatio in jure*, il fera préciser le droit prétendu par l'adversaire et sa source, pour ensuite en prouver l'inexistence.

D. Qu'est-ce que la pétition d'hérédité ?

R. Une sorte de revendication d'une universalité, qui ne peut être formée que contre les possesseurs *pro herede* ou *pro possessore ?*

D. Comment connaître ces possesseurs ?

R. L'héritier meilleur est fondé à interroger les possesseurs de bien héréditaires sur leur titre de possession. Celui qui répond qu'il n'en a point, possède *pro possessore* ; celui qui se croit héritier, *pro herede*.

D. On parle, au Digeste, de cette action comme pouvant se former contre un débiteur héréditaire ?

R. C'est dans le cas anormal où il se prétendrait libéré par confusion, se croyant héritier. Il a la quasi-possession de la créance, *pro herede*.

D. Quelle est la forme de cette action ?

R. Ce fut le *sacramentum*, plus longtemps que pour les autres. Le système formulaire ne permit qu'assez tard de l'introduire par *petitio*.

D. Qu'est-ce que la *liberalis causa* ?

R. Le procès de liberté, qui peut être formé soit contre quelqu'un qu'on prétend esclave, soit par l'esclave de fait se prétendant libre.

D. Qu'offrait de particulier cette action ?

R. 1° Par suite de sa condition ou par cela seul qu'on arguait de sa servitude, l'une des parties, demanderesse ou défenderesse, ne pouvait *pro se lege agere*. Elle était constituée à l'état de chose, comme revendiquée à la liberté par un *adsertor libertatis* ;

2° Les *vindiciæ* étaient toujours faites dans ce sens ; le magistrat déterminait qui serait demandeur, malgré ce règlement de possession, jadis à son choix plus tard d'après l'état de choses présent, c'est-à-dire la preuve incombant à l'*adsertor* quand il y a état de servitude.

3° Cette action faisait exception au principe de la chose jugée. Il s'appliquait bien si l'*adsertor libertatis* réussissait ; sinon, on pouvait refaire le procès deux fois, ou plus ;

4° L'action était imprescriptible, sauf le cas du *major viginti annis*, dans lequel le préteur, le premier, arrêta peut-être la revendication de liberté par une exception de dol.

D. Justinien a-t-il modifié cela ?

R. Il a supprimé la nécessité de l'*adsertor* et l'exception relative à la chose jugée.

D. Quelle observation fait-on sur ces actions ?

R. C'est qu'elles étaient les principales applications du *sacramentum*, presque les seules même sous le système formulaire et qu'elles donnaient toutes lieu à des applications fictives, rentrant dans l'action de la loi de juridiction gracieuse, l'*in jure cessio*. La revendication sert à la translation du domaine quiritaire, surtout des *res mancipi*, à l'adoption simple, rite ancien, et à établir une servitude par *deductio* ; l'action confessoire à la constitution du même droit par *translatio* ; l'action négatoire à en faire remise ; la *petitio hereditatis* aux cessions d'hérédité, avec ou sans le titre d'héritier suivant que le cédant en est ou non déjà saisi ; enfin, la *causa liberalis*, à l'affranchissement *vindicta*.

Section 3e.— *Des Actions prétoriennes : réelles, personnelles*, in factum, *pénales, ou préjudicielles.*

D. Combien compter de ces actions réelles ?

R. Cinq principales : la publicienne, la contre-publicienne, l'action paulienne, celles servienne et quasi-servienne, qui tirent toutes leur nom de quelque préteur. On peut encore citer la revendication utile donnée à l'emphytéote et au superficiaire.

D. Qu'est-ce que la publicienne ?

R. Une revendication fictice, compétant à celui qui se trouvait *in causa usucapiendi*, quand il a été prématurément dépouillé de la possession. Le préteur

Publicius prescrit de lui rendre la chose, s'il eût été à même, par la prolongation de sa possession, d'en acquérir le domaine quiritaire. Plus tard, on donna l'action dans la prescription même.

D. A quelles conditions est admise l'action?

R. Ce sont celles de l'usucapion et de la prescription, sauf aussi que la possession est interrompue *naturaliter*. Ainsi, dépouillé d'une *res furtiva*, on n'a pas l'action.

D. Ne se donne-t-elle pas parfois en dehors?

R. Oui; en fait de servitude qu'on eût pu usuper; en cas de servitude sur un fonds provincial ou adjugée dans un *judicium* non *legitimum*, en un mot comme action confessoire fictice; enfin à celui même qui a la propriété quiritaire, si, pour échapper à la difficulté de le prouver, il préfère cette voie.

D. Contre qui peut se donner l'action?

R. Comme la revendication, contre tout possesseur; mais elle ne triomphera pas toujours. On doit réussir par l'exception *justi dominii*, en prouvant sa propriété à l'encontre de la publicienne; et c'est là, selon un certain système, le cas signalé au § 2 des Instituts: *sane uno casu...*

D. Le propriétaire ou celui qui tiendrait de lui réussira-t-il toujours?

R. S'il omet l'exception dans la formule, le juge ne peut l'examiner. En outre s'il avait lui-même livré la chose au demandeur à la publicienne, ou à son auteur, celui-ci aura les répliques *doli*, *rei donatæ et traditæ*, *rei venditæ et traditæ*.

D. Et si le défendeur réunissait aussi les conditions de la publicienne, y échapperait-il?

R. Je pense que non. Cela n'est pas douteux s'il tient du même auteur que le demandeur; dans le cas où leur auteur est différent, on proposait au contraire l'application de la règle *in pari causa*...

D. Qu'appelez-vous contre-publicienne?

R. L'action réelle rescisoire, qui est le contre

pied de la précédente, (d'où le nom que je lui donne), est une revendication fictice, où je prétends être encore propriétaire de ce qu'en réalité on a usucapé contre moi.

D. Quelles sont ses applications ?

R. 1o Une circonstance majeure, comme la captivité ou la violence, m'a empêché de veiller à mon bien ; on l'a usucapé, je le revendique ;

2o Quelqu'un possède mon domaine par son fermier et vit hors de cette province ; je ne peux pas l'actionner, d'après les anciens principes, l'usucapion s'accomplit fatalement ; mais le préteur la rescinde encore dans ma revendication. Cette dernière application, de plus en plus rare, notamment depuis la procédure de mise en cause de Constantin, est inutile sous Justinien, qui permet d'interrompre la prescription par simple requête au magistrat ou à l'évêque.

D. Pourquoi exige-t-on que l'absence ait un motif légitime dans le premier cas seul ?

R. La logique et l'équité l'indiquent. Il faut que le demandeur justifie que l'accomplissement de l'usucapion tient à quelque circonstance qui l'a empêché d'agir.

D. L'action est-elle perpétuelle ?

R. Non. Elle ne durait qu'une année utile, que Justinien porte à quatre continues.

D. La rescision de l'usucapion ne se donne-t-elle pas aussi sous forme d'exception ?

R. Oui. Si l'ex-propriétaire s'est remis en possession de sa chose, sa situation ne saurait être pire. Elle est même meilleure, en ce qu'il réussira contre la revendication de celui qui a usucapé, grâce aux circonstances, en opposant la rescision comme exception perpétuelle ?

D. Qu'est-ce que l'action paulienne ?

R. Une autre revendication fictice où les créanciers, dans la procédure de la *bonorum venditio*, prétendent que leur débiteur est propriétaire du bien

qu'il a pourtant aliéné avant leur *possessio bonorum*. Ils pourraient aussi attaquer les contrats ou actes autres que les aliénations, par une action *in factum*. qu'on appelle l'action paulienne personnelle, peut être aussi un interdit.

D. L'action paulienne était-elle nécessaire au cas où l'aliénation était un affranchissement ?

R. Non, au moins depuis la loi Ælia Sentia, qui en prononçait la nullité de plein droit.

D. Quelles sont les conditions de l'action ?

R. 1o Le *consilium fraudis* chez le débiteur, comme je l'ai montré au premier livre ;

2o Et, de même, le préjudice, *eventus damni* ;

3o Qu'il y ait appauvrissement du débiteur et résultant d'un fait matériel ; ainsi, l'action n'atteindrait ni la perte de ses biens par usucapion, ni la renonciation en faveur d'un substitué ;

4o Il y aura une condition de délai, savoir une année utile, à compter, suivant l'opinion commune. de la *bonorum venditio* ; si on exerce l'action paulienne réelle.

5o Il faut aussi qu'il y ait mauvaise foi de l'acquéreur, s'il a reçu à titre onéreux, comme je l'ai dit pour la dot ;

6o L'action réelle suppose la *missio in possessionem*.

D. Parlez des actions servienne, quasi-servienne?

R. Ce sont des actions qui permettent de suivre en toutes mains une chose qui nous est engagée.

D. Quelle est la différence entre elles ?

R. La première est la sanction du gage dans un certain cas, savoir sur les choses affectées par le fermier au bailleur ; la seconde est la sanction du droit d'hypothèque, aussi la nomme-t-on encore *hypothecaria* ou *pigneratitia in rem*. C'était une sorte de revendication pour avoir la chose et qui, comme la publicienne, échouait devant l'exception *justi dominii*.

D. Quelles autres exceptions peut-elle rencontrer ?

R. 1o Si, dans l'ignorance de l'hypothèque, le détenteur a fait des impenses, que le demandeur ne veuille pas rembourser, il y a exception de dol (C. C. art. 2175) :

2o Si le défendeur est lui-même créancier gagiste ou hypothécaire plus anciennement, il retient la chose sans payer ;

3o S'il est primé par le demandeur ou même nullement créancier, il peut garder la chose et obtenir la cession d'actions en payant la dette (C. C. 1251) :

4o Ou demander la discussion du débiteur, *beneficium excussionis personale* ;

5o Ou demander la discussion réelle des biens hypothéqués spécialement, quand la chose qu'il a n'est frappée que d'une hypothèque générale (C. c. 2170).

D. Si le fermier, autorisé à engager les choses d'autrui à un bailleur, l'a fait aussi expressément ou tacitement à un second, lequel des deux, dessaisi, a l'action servienne ?

R. Le premier. Il en est autrement dans l'interdit salvien, autre ressource que le préteur donne au bailleur.

D. Qui donc a l'hypothèque tacite ?

R. 1o Le fisc sur les biens de ses agents et des contribuables ;

2o Le pupille, d'après Constantin ; auparavant c'était un privilége sur les simples chirographaires :

3o Le mari pour le paiement de la dot ;

4o La femme, sous Justinien ; elle n'avait de même jadis qu'un privilége sur les simples créances :

5° Celle du bailleur sur tout ce que le locataire apporte et sur les récoltes seulement du fermier :

6o Le légataire, sous le même empereur.

Les quatre premières hypothèques sont générales sur tous les biens des débiteurs. Il y en a quelques autres spéciales, moins importantes.

D. Quelles sont les principales actions prétoriennes personnelles ?

R. Celles *de pecunia constituta*, de *jurejurando*, *de dolo malo*, *quod metus cau a.*

D. Parlez de la première action ?

R. Analogue à celle *receptitia*, elle forme la sanction du pacte prétorien de constitut.

D. Quelles différences offraient-elles ?

R. 1° L'action *receptitia* était civile et, comme telle, perpétuelle, l'autre prétorienne et annale en certains cas, ignorés ;

2° La première ne naît que contre l'*argentarius* ; l'autre est générale ;

3° Le *receptitium* n'exige d'autre condition que la promesse du banquier, qui pourrait, par hasard, faire ainsi une libéralité ; le constitut veut une dette préexistante ;

4° Le premier pacte peut avoir un objet quelconque, le second seulement des choses fongibles.

D. Quel remaniement a fait Justinien ?

R. Il a formé une action avec des caractères nouveaux, où dominent ceux de l'action *receptitia* et qui reçoit le nom de l'autre. La nouvelle action *de pecunia constituta* est toujours perpételle, s'applique à toute espèce de choses et contre toute personne qui promet payer, pourvu que ce soit une dette existante.

D. Qu'est-ce que l'action *de jurejurando ?*

R. Une action *in factum*, sanction du pacte du même nom et où le juge vérifie s'il y a eu serment déféré et prêté. Il ne suffit pas, d'après Paul, qu'il ait été référé, ce qu'il n'admet pas dans le serment extrajudiciaire (L. 17 pr. *de jurejurando*).

D. Quand on affirme sous serment l'existence d'un droit réel, l'action *de jurejurando* est-elle réelle ?

R. Comme c'est une action *in factum*, elle n'est jamais vraiment ni personnelle, ni réelle.

D. Citez des actions prétoriennes pénales?

R. Elles sont nombreuses. On mentionne :

1o L'action donnée contre celui qui dégrade l'*al-*
eum, action populaire, peine de cinq cents sous d'or ;

2o Contre celui qui cite sans autorisation son
atron ou son ascendant en justice, peine de 10,000
esterces, d'après Gaïus ;

3o Contre qui enlève celui qu'on emmène *in jus*;
a peine est la valeur du débat, d'après la prétention
même du demandeur.

D. Que sont les actions préjudicielles ?

R. Celles par lesquelles on demande, sans con-
damnation présente, la vérification de quelque point
de droit ou de fait, ensuite de laquelle on conclura
à nouveau.

D. Citez de ces actions.

R. 1o En fait, on recherche, *quanta dos sit* —
de moribus mulieris ;

2o En droit, *an bona jure venierint*, — *an præ-*
dictum sit ex lege, — *de partu agnoscendo* — la li-
berté — l'ingénuité.

D. Ces actions sont-elles prétoriennes ?

D. Pour la plupart. Justinien excepte la *causa*
liberalis. Il faut aussi excepter la *prædictio*, établie
par une loi spéciale (Gaï. III, 123).

D. Qu'est-ce que l'action *quanta dos sit ?*

R. On ignore dans quelles circonstances il y
avait lieu à faire fixer ainsi la quotité de la dot,
avant de conclure à son paiement ou à sa restitution.
Sans doute, par exemple, quand le père, en mariant sa
fille, aura promis une dot convenable, indéterminée.

D. Quel préjudiciat concerne l'ingénuité?

R. 1o La recherche de l'ingénuité, en droit, de
celui qui passe, en fait, pour ingénu ou pour affran-
chi ;

2o Peut-être quand quelqu'un a la possession
d'état d'affranchi, la recherche de son patron.

D. A qui incombe ici la preuve ?

R. Comme dans la *causa liberalis*, à celui qui

allègue un droit contraire à sa condition actuelle, manifestée par les signes dont j'ai parlé. Si donc un affranchi ne se reconnaît pas de patron, celui qui prétend l'être doit le prouver.

D. L'effet de la sentence d'ingénuité est-il général, et, en ce cas, comment empêcher une sorte d'*in jure cessio* à l'aide d'un compère ?

R. L'effet est général, mais il y a action populaire durant cinq ans, pour attaquer ce jugement opposable à la société.

D. Qu'est l'action *de partu agnoscendo ?*

R. On y recherche s'il y a eu accouchement, ou seulement si la mère était mariée et a conçu de son mari. C'est la recherche de paternité et de maternité (C. C. art. 340, 341), qui n'est pas libre chez nous. Une autre différence, c'est que le jugement n'y est pas opposable à la société, comme à Rome.

D. N'y a-t-il pas, outre l'effet absolu du jugement, une règle commune à ces trois actions d'état préjudicielles ?

R. C'est que toute action par laquelle on voudrait contester l'état d'une personne défunte est prescrite par cinq ans, de sa mort.

Section 4me. — *Actions persécutoires, pénales, mixtes.*

D. A quel point de vue cette division ?

R. C'est une division étroite, qui laisse de côté les actions relatives à l'état. Toutes celles qui servent à nous faire obtenir un objet pécuniaire tendent ou à le remettre dans notre patrimoine, où il est équitable qu'il rentre en dehors de toute idée de délit,

ou à l'y faire entrer en l'enlevant à titre de peine, au patrimoine d'un délinquant. Enfin, certaines actions récupératoires nous font ravoir plus qu'on ne nous en avait pris et sont dites mixtes.

D. L'action ne peut-elle avoir en même temps le caractère de peine et de réparation?

R. Oui, et on pourrait distinguer les actions pénales bilatérales et unilatérales, selon qu'en formant peine pour le délinquant, elles enrichissent ou non le demandeur.

D. Citez des actions de ces divers ordres.

R. La revendication et toutes les actions contractuelles sont persécutoires. Celles qu'on donne dans les délits, indépendamment des précédentes, sont pénales : *actiones furti*, *servi corrupti*, *rerum amotarum*, *injuriarum*, etc. Sont mixtes les actions *vi bonorum raptorum*, *quod metus causa*, (durant l'année utile), et celle de la loi Aquilia, qui donne éventuellement plus qu'on n'a perdu; celles au double du préjudice causé par la chute d'une chose du haut d'une maison sur la voie publique, ou l'animal sauvage qui y vague, l'action de legs pieux sous Justinien et toutes celles qui doublent *adversus inficiantem*.

D. Quelle est l'utilité de cette division ?

R. 1° Quand l'auteur du fait délictueux est un membre de sa *familia*, le défendeur échappe à la condamnation par l'abandon noxal ;

2° Les actions persécutoires sont seules, en principe, transmissibles contre les héritiers ;

3° L'action née d'un délit ou quasi-délit est donnée au tout contre ses co-auteurs et complices, tandis que la division est la régle des actions persécutoires.

D. Quel intérêt y a-t-il à distinguer les actions pénales unilatérales, bilatérales ?

R. C'est à ce dernier point de vue. Quand l'action est donnée principalement à titre de réparation, le paiement par l'une des personnes qu'oblige le délit

libère les autres ; tels sont le cas où on a arrêté l'individu *in jus vocatum*, celui où un homme libre a été blessé par *quid dejectum vel suspensum* ou un animal sauvage abandonné. Quand c'est principalement comme peine, tous les délinquants, devant la subir, seront actionnés *in solidum*. On traite même ainsi l'action de la loi Aquilia.

D. Si le fait délictueux donne lieu à plusieurs actions, seront-elles cumulées contre chaque délinquant ?

R. 1° Il peut y avoir plusieurs délits distincts dans les faits connexes, comme si l'on vole ses vêtements à un esclave qui meurt de froid, cas où le cumul est de droit ;

2° Si un fait unique forme plusieurs délits, comme celui de blesser l'esclave d'autrui en le battant *(injuria damnum)*, on discutait. L'opinion générale permettait d'exercer plusieurs actions pour ce que les dernières pouvaient contenir de plus que la première.

D. Les actions pénales ne sont-elles jamais transmises contre les héritiers ou contre le père du coupable retrayant son pécule.

R. 1° Lorsqu'il y a eu litiscontestation ?

2° Quand les héritiers ont profité du délit et que l'action a un caractère de réparation, à concurrence du profit ; de même pour le père de famille ;

3° Dans les actions pénales fondées sur le dol, s'il y a dol de l'héritier même.

D. L'*inficiatio* commise par le défendeur, la condamnation au double doit-elle être prononcée contre l'héritier même de bonne foi ?

R. Cela est, je crois, dans les principes, comme résultat de la *litis contestatio* au moins formant novation judiciaire ; mais Justinien ne l'admet pas.

Section. 5me — *Actions de droit strict, de bonne foi, actions arbitraires.*

D. Quelle est l'étendue de cette division ?

R. Elle est restreinte et n'embrasse pas les actions réelles et prétoriennes, mais seulement celles civiles et celles personnelles.

D. De quel point de vue procède-t-elle ?

R. De l'étendue des pouvoirs du juge. Elle semble synonyme des expressions *judicium* et *arbitrium*. Les questions simples, étroites, rigoureuses, caractérisent l'action de droit strict. Celles qui comportent un large pouvoir d'appréciation sont des formules de bonne foi : *ut æquius melius, quidquid paret ex fide bona dare oportere.* Les actions contractuelles de droit strict et de bonne foi, répondent, en outre, à la même division dans les contrats.

D. Quelle importance a cette division ?

R. Il y a d'abord des distinctions indiquées au sujet des contrats :

1o Les clauses d'usage s'y sous-entendent,

2o Les pactes adjoints, même ceux importants mis *ex intervallo*, rentrent dans le contrat,

3o Celui qui conclut un contrat de bonne foi n'a pas besoin d'y ajouter la *clausula doli*, bien qu'elle fût d'usage jadis dans la vente, comme celle en cas d'éviction. L'arbitre doit exclure tout effet du dol entre les parties.

D. Mentionnez d'autres différences, au point de vue de l'action même.

R. 4o L'action du contrat de bonne foi est donnée en certains cas à la partie qui n'y a qu'un intérêt d'affection, sans qu'on puisse ériger cela en système ;

5o Les parties doivent réparer les fautes même *in omittendo*, par ces mêmes actions ;

6° Les exceptions de bonne foi sont accueillies, bien que non insérées dans la formule ;

7° L'arbitre de ces actions avait le devoir de faire *ex æquo et bono* le compte des parties et d'empêcher que l'une d'elles fût en rien privée de ce que l'équité lui permettait de demander à l'autre : ainsi, la compensation y était admise si elle était possible;

8° Les intérêts étaient alloués sans recherche, s'il y avait eu pacte, et hors de là quand il y avait équité, par exemple dans les remboursements au mandataire ou au *mandator pecuniæ credendæ*, au *negotiorum gestor*, au déposant dans le dépôt irrégulier, dans le paiement du prix, au bailleur et au vendeur, même quand l'acheteur avait terme. (Cf. C. C. art. 1652).

9° L'arbitre devait étendre sa décision même à des mesures d'avenir, pour prévenir le préjudice, par exemple, dans le mandat, la société. Quand un associé reste créancier ou débiteur au moment de l'action, caution doit être donnée de part ou d'autre.

D. Quelles sont les actions de bonne foi ?

R. Le nombre va en croissant dans les trois listes dressées par Cicéron, Gaïus et Justinien, comme on se l'explique. Parmi les actions contractuelles, sont de bonne foi, celles des contrats réels, sauf le *mutuum*, et de tous les contrats consensuels ; dans les quasi-contrats celles *tutelæ*, *negotiorum gestorum*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* ; puis l'action *præscriptis verbis*, enfin jadis celle *rei uxoriæ*. Justinien qualifie aussi de bonne foi la *petitio hæreditatis* qui est une action réelle.

D. Est-ce une innovation de sa part ?

R. Certainement, mais justifiée par d'anciennes décisions qui prêtaient à cette action quelques caractères de celles de bonne foi. Ainsi la réparation de tout dol passé y était comprise parce qu'elle n'avait pu être stipulée par l'héritier et de même dans la revendication. Certains jurisconsultes admettaient que l'excep-

tion de dol non insérée pouvait être accueillie et faire obtenir le remboursement de ses impenses même au possesseur de mauvaise foi. Enfin un sénatus-consulte d'Adrien décida que le défendeur succombant devrait rendre tous les fruits, d'où la règle *fructus augent hæreditatem*. (S. c. Juventien)

D. Quel remaniement fit aussi Justinien sur l'action *rei uxoriæ* ?

R. On admettait principalement deux actions pour la restitution de la dot; il conserve les caractères de l'une avec le nom de l'autre.

D. Quelles étaient donc les actions ?

R. 1o Si, en constituant la dot, on a stipulé le retour; suivant qu'elle est *certa* ou *incerta*, la *condictio certi*, l'action *ex stipulatu* ;

2° Si un simple pacte a été fait, il est obligatoire, à raison des principes sur les pactes exécutés et donne, suivant les auteurs, la *condictio* ou l'action *præscriptis verbis*;

3° D'après le droit-commun, la femme reprend la dot constituée par elle, quand elle survit à la dissolution du mariage.

D. Quel était la nature de ces actions ?

R. Les deux premières étaient de droit strict, la troisième de bonne foi ; il y avait d'autres différences entre les deux principales :

1o La formule *rei uxoriæ* portait *ex fide bona* et *quod æquius melius* ; on y recherchait la moindre lésion, ce qui ne se fait pas dans la vente, le louage, etc.

2° Le mari poursuivi *de re uxoria*, peut opposer les rétentions dont j'ai parlé à la dot ;

3o Le mari, (ou ses héritiers,) avait terme d'un, deux, trois ans, pour restituer la dot constituée en choses fongibles ;

4° Et le bénéfice de compétence, qui lui était, au contraire, personnel.

5° L'action *rei uxoriæ* était personnelle à la

femme et s'éteignait avec elle, à moins que le mari eût été mis en demeure; mais il pouvait l'être par toute personne, à cause de l'intérêt de la dot ; *reipublicæ interest*. Sur tous ces points l'action *ex stipulatu* fait opposition, avant Justinien. Elle est de droit strict, transmissible aux héritiers et ne laisse au défendeur ni terme, ni retenues, ni bénéfice.

D. Comment Justinien peut-il les fondre ?

R. Comme il l'a fait pour la *contracta fiducia*, il supplée dans toute constitution de dot, la stipulation, pour la faire payer ou restituer, ainsi que la ***clausula doli*** qu'on y adjoignait. Il maintient le bénéfice de compétence et l'action prend ainsi des caractères de bonne foi ; bien qu'il y supprime le droit de rétention et que le mari n'ait d'action contraire que pour ses impenses nécessaires.

D. Qu'a-t-on fait quant aux termes ?

R. Une distinction moins logique que l'ancienne, à laquelle notre code revient (C. C. 1564 s.) Le défendeur a terme d'un an pour les meubles, nul pour les immeubles.

D. L'action *præscriptis verbis* est-elle de bonne foi dans toutes ses applications ?

R. Justinien semble en citer deux, limitativement, la *permutatio* et l'*æstimatum*. D'après les textes, il faudrait ajouter le précaire. Mais on ne pense pas que l'action ait un caractère général de bonne foi. Dans tous les contrats innommés, avons-nous vu, et pour la restitution de dot, on a l'action *præscriptis verbis* et la *condictio* ; or, il est difficile d'admettre une option libre entre une action de bonne foi et une de droit strict.

D. D'où vient qu'on nomme l'action *præscriptis verbis*, encore *civilis in factum* ?

R. Si vous me devez cent pour cause de louage, le seul mot *locati* explique au juge la source de l'obligation. Si vous me devez prêter un bœuf parce que je vous ai prêté le mien à cette condition, il faut ex-

poser la convention dans la *demonstratio*, au juge, pour qu'il fasse prester tout ce qu'elle comporte, comme dans les actions *in factum* prétoriennes. De là, les noms d'action *præscriptis verbis*, *civilis in factum*, *civilis incerta*.

D. Quelles sont celles de droit strict?

R. Toutes les espèces de la *condictio* et sans doute les actions *furti* et *legis Aquiliæ*.

D. Qu'est-ce que la *condictio*?

R. Selon Justinien, toute action personnelle est une *condictio*; mais cette action, à proprement parler, est celle où l'on conclut *dare oportere*, comme le montre l'action de la loi de ce nom. On doit encore distinguer la simple *condictio* de celle qui indique son origine et reçoit diverses épithètes.

D. D'où nait la simple *condictio*?

R. Du *mutuum*, de la stipulation(*condictio* et *actio ex stipulatu*), de l'expensilation, du paiement de l'indû, du testament (*acti ex testamento*) de la *dotis dictio*, de la *jurata operarum promissio*; en un mot, de la dation par le *nexum*, auquel revient le testament, ou des contrats littéraux et verbaux qui en paraissent nés.

D. Quelles sont les applications de la *condictio* indiquant la source de l'action?

R. 1o La *condictio indebiti*, née de la dation;

2° La *condictio triticaria*, née aussi de la dation d'une quantité quelconque, sauf l'argent, cas pour lequel on dit plus expressément *condictio certi*;

3 *Condictio furtiva*, contre les voleurs;

4. *Condictio sine causa*, contre qui est propriétaire de votre bien sans cause, par exemple, quand vous avez remis un billet sans recevoir l'argent, cas pour lequel on dit aussi *condictio chirographi*; on en peut rapprocher la *condictio ob turpem vel injustam causam*:

5° *Condictio causa data, causa non secuta*, ou *ob rem dati*, etc., action des contrats innommés exécutés par une dation;

6° La *condictio ex lege*, sanction des constitutions impériales et qui peut faire obtenir un fait.

D. Qu'est-ce qu'une action arbitraire ?

R. Celle où le juge, ayant reconnu bien fondée, la demande tendant à un fait, à une exhibition ou restitution, à laquelle il ne pourrait condamner, enjoint préalablement au défendeur d'y satisfaire.

D. Les actions arbitraires se confondent-elles avec celles de bonne foi, sont-elles un troisième membre de la division : actions de droit strict, etc. ?

R. Ni l'un ni l'autre. C'est une classe spéciale, qui comprend notamment toutes les actions réelles tandis que celles personnelles rentrent seules dans la division précédente. Il ne faut pas non plus la confondre avec les *arbitria* ou arbitrages. Il est possible, que le *judex*, et non l'*arbiter*, connût des actions arbitraires, avec une extension de pouvoir donnée spécialement sans doute par le magistrat. (Gaï. IV § 163.)

D. Quelle est l'utilité de ce pouvoir et quelles sont ses sanctions ?

R. Il permet de remédier au vice des formules qui ne comportaient que des condamnations pécuniaires. Il était sanctionné indirectement par une condamnation de ce genre, en cas de contravention, (*coutumacia*), et aussi directement *manu militari*, au moins au temps des grands jurisconsultes.

D. Comment se fixe la condamnation ?

R. Au temps où l'on ne pouvait demander l'exécution forcée au *jussus judicis*, au cas où l'on ne pouvait l'avoir, parce qu'il s'agissait d'un fait personnel au défendeur, de la restitution d'une chose cachée, le juge condamnait à une somme de dommages-intérêts fixée par le demandeur lui-même, au moins en cas de dol.

D. Comment prévenait-on l'exagération ?

R. D'abord par la religion du serment, imposé au demandeur (*jusjurandum in litem*), par la *taxatio* du magistrat, qu'on lui faisait connaître et, à défaut,

par la limitation que pouvait lui imposer le juge, (il le doit chez nous, C. C. 1369) ; enfin, le juge pouvait réduire après le serment prêté.

D. Et si le demandeur a satisfait ?

R. Il n'y a plus lieu à condamnation ; sauf pour les fruits, en cas de restitution.

D. En est-il ainsi en toute instance ?

R. Oui, dans celles de bonne foi; mais c'était une question pour celles de droit strict. Les Proculiens voulaient que la condamnation, éventuellement utile, fût prononcée, au moins en cas de novation. Les Sabiniens professaient *omnia judicia absolutoria*, ce qu'admet Justinien.

D. Quelles actions sont arbitraires ?

R. Toutes celles réelles, civiles ou prétoriennes dans les actions civiles personnelles, celles *ad exhibendum*, *finium regundorum*, *depositi*, *commodati*. sans doute celle *pigneratitia* ; les actions prétoriennes, *de dolo*, *quod metus causa*, *de eo quod certo loco*.

D. Qu'est l'action *quod metus causa* ?

R. La violence reçoit trois remèdes : l'action, l'exception, la restitution. L'action donnée par le préteur est au quadruple du préjudice, *in rem scripta* ; elle dure ainsi l'année utile et subsiste ensuite au simple, comme celle *ri bonorum raptorum*. L'exception est *in rem scripta* et perpétuelle.

D. Expliquez ces mots *in rem scripta* ?

R. C'est-à-dire opposable comme une action réelle aux tiers, innocents, profitant de l'effet de la violence. Ainsi Titius m'arrache l'aliénation de ma chose qu'il livre à Lælius. Je puis actionner ce dernier et obtenir le quadruple de la valeur, s'il ne restitue pas sur l'ordre du juge. Je peux aussi, par exemple, si Lælius est insolvable, agir en *restitutio in integrum*, ce qui m'ouvrira la revendication ; sur les menaces du fidéjusseur je lui ai fait acceptilation ; ce qui libère le débiteur principal. Je peux l'actionner et si, sur le *jussus*, il ne s'engage pas à nouveau, il sera condamné au quadruple.

D. Qu'est-ce que l'action *de dolo* ?

R. Le dol ouvre les trois mêmes voies. Il y a action personnelle, prétorienne, annale, infamante, *in personam scripta* ; exception de même, perpétuelle non infamante.

D. Expliquez *in personam scripta* ?

R. C'est-à-dire opposable aux seuls auteurs ou complices du dol, leurs successeurs universels et, pourtant, à quelques ayant cause, savoir ceux à titre gratuit. De là la distinction posée pour l'action paulienne et l'intérêt de la question si la constitution de dot est une obligation ou aliénation à titre gratuit.

D. Quels principes régissent l'admission de l'action de dol ?

R. C'est qu'on ne la donne pas lorsque le demandeur peut obtenir la réparation du dol par quelque autre voie, action civile ou prétorienne, interdit, efficace, ou restitution assurée. En outre de cette règle, lorsqu'il y a lieu à *officium* vis-à-vis du défendeur, le magistrat remplace l'action de *dolo* par une *in factum*.

D. Dans quel cas a lieu la restitution ?

R. Quand l'action et l'exception ne sont pas données ou pourraient ne pas suffire. L'action n'est donnée que lorsque par le dol on a subi une perte ou diminution du patrimoine. Celui qui, par l'effet de manœuvres dolosives, répudie une hérédité lucrative n'a donc pas l'action, mais la restitution.

D. Celui qui a l'exception peut-il exercer l'action ?

R. Oui, s'il y a lieu de craindre la perte des preuves. Les mêmes principes s'appliquent en matière de violence.

D. Qu'est-ce que l'action *de eo quod certo loco* ?

R. Une action arbitraire, où le prêteur, dans un intérêt que j'ai indiqué, et afin de soustraire le demandeur à la pluspétition, dénature l'*intentio* en la rendant *incerta*.

D. Cette action est-elle *in factum*?

R. Non l'*intentio* est bien conçue en droit, et indique la chose due, comme déterminée, le lieu du paiement ; la condamnation est interminée et porte *nisi satisfactum erit.*

D. Faut-il toujours employer cette action quand on veut altére le lieu où devait être fait le paiement ?

R. Non, s'il s'agit d'une action de bonne foi ou qu'il doive y avoir une *intentio incerta.*

SECTION 6me. — *Actions au simple, au double, etc.*

D. D'où est tirée cette division ?

R. De ce que, dans certaines actions, le juge condamne à la somme indiquée dans la formule ou liquidée par lui, en vertu du *quidquid paret*, dans d'autres il la porte au double, etc. Toutes les actions rentrent dans cette division et dans la suivante, comprenant les cas où, en fait, le juge n'alloue qu'une fraction de la somme portée à la *condemnatio*. Il n'y en a pas au delà du quadruple.

D. La condiction formée en vertu de la caution *duplæ* est-elle au double ?

R. Non, le double du prix est porté dans l'*intentio* et la condamnation ne la dépasse pas

D. Quelles sont les actions au simple ?

R. Les actions *rei persecutoriæ* et celles pénales *in factum*, en général.

D. Quelles actions se donnent au double ?

R. En dehors des actions au double proprement dites : *furti nec manifesti*, *furti adversus nautas*, *de tigno juncto*, *servi corrupti*, et les actions pénales contre le *dejector* ou celui qui laisse vaguer un animal nuisible, enfin celles des legs pieux sont Justi-

nien, il y en avait accidentellement au double en cas d'inficiation.

D. Rappelez ces actions ?

R. Les actions *depositi e misera*, *legis Aquiliæ*, *judicati*, *depensi*, du legs *per damnationem*, *de modo agri*; (v. à la *condictio indebiti*, p. 346).

D. Quelles sont les actions au triple ?

R. Avant Justinien celles *furti oblati* et *concepti*. Il a introduit une *condictio ex lege* pour le triple du tort que vous cause l'exagération d'une demande judiciaire, par les frais.

D. Quelles actions sont au quadruple ?

R. Durant l'année, celles *quod metus causa* et *vi bonorum raptorum*, les actions pénales *de calumnia*, *furti manifesti* et des *executores litium* qui ont extorqué des frais outrés.

Section 7me. — *Actions à condamnation fractionnée.*

D. Quels motifs amènent le juge à porter une condamnation inférieure à l'*intentio* ?

R. Cela se rencontre fréquemment sous Justinien comme chez nous, à raison de l'exagération de la demande. C'était anormal au temps où la *plurispetitio* faisait perdre le procès. Ces motifs sont la compensation, le bénéfice de compétence et la nature de l'action dans celles *rei uxoriæ*, *de in rem verso de peculio*, *tributoria*, celles pénales contre les héritiers.

D. Qu'est le bénéfice de compétence ?

R. La faculté pour le débiteur de faire réduire l'*intentio* justifiée, à concurrence de ce qu'il peut payer eu égard à ses biens et même, en un cas, eu égard à ses dettes. C'est une exception dite *quod facere potest*, portant sur la *condemnatio*.

D. Y a-t-il alors obligation au surplus ?

R. La poursuite éteint la créance, *ipso jure* ou *exceptionis ope;* mais, pour rendre l'action au demandeur le juge fait promettre à qui invoque le bénéfice de payer le solde quand il aura acquis de nouveaux biens. C'est une *cautio judicialis.*

D. Qui peut invoquer ce bénéfice?

R. Le mari dans l'action *rei uxoriæ*, l'ascendant et le patron contre le descendant et l'affranchi, les co-associés, les militaires *erga omnes*, les fils de famille devenus *sui juris* sans ressources importantes, c'est-à-dire par l'émancipation ou le décès de leur *parens* qui les exhérède ou les laisse réduits à l'abstention ; enfin, le donateur poursuivi en exécution de sa libéralité. C'est ici qu'on tient compte du passif et que, sur le net des biens, on laisse assez au débiteur *ne egeat.*

D. N'y a-t-il pas un bénéfice analogue ?

R. Celui de cession de biens, qui permet au débiteur d'abandonner tout son avoir à ses créanciers qui en font la *bonorum venditio* sans le noter d'infamie et sans l'emprisonner, quand la contrainte par corps fut reçue. Poursuivi plus tard pour un solde, ce débiteur a le bénéfice de compétence. (Cf. C. C., art. 1265.)

D. Qu'est-ce que la compensation ?

R. L'extinction *exceptionis ope* de notre obligation vis-à-vis du créancier devenu notre débiteur. La compensation n'opère pas de plein droit, comme chez nous, (C. C., art. 1290.); il n'y a même pas d'autre exception que celle de dol.

D. N'observe-t-on pas des cas où elle opère ainsi *ipso jure?*

R. 1° L'*argentarius* faisant métier d'ouvrir des comptes, ne doit jamais assigner que pour le solde celui avec qui il en a un ;

2° Le *bonorum emptor*, poursuivant par action utile les débiteurs du patrimoine qu'il a acheté, doit faire *deductio* des créances que le saisi (*defrauda-*

tor) leur devait, sur le pied du dividende qu'il donne.

D. N'y a-t-il pas des différences?

R. 1° La compensation se fait seulement de dettes de même chose, de même qualité peut-être, du blé avec du blé, etc.; on peut déduire le blé dû de la dette d'argent, etc.

2° La compensation n'a lieu qu'entre dettes exigibles et la déduction même entre dettes à terme, sauf à les escompter.

3° La compensation porte sur l'*intentio* et se fait sous la sanction de la *plurispetitio*; la déduction porte sur la *condemnatio* qui est *incerta*. Le juge la fait au besoin, en réglant les questions nées de la nature des choses, du terme, du dividende.

D. Comment compense-t-on *exceptionis ope?*

R. Il en est ainsi, on le voit, dans la *deductio* négligée par le demandeur, et encore dans l'action de bonne foi pour les dettes nées *ex eadem causa*, de l'affaire déférée au juge, du commodat qui vous a coûté des dépenses et vous laisse débiteur d'argent, à raison de la perte fautive de la chose.

D. Pourquoi cette restriction, puisque les parties doivent compter loyalement, par les soins du juge?

R. Dans cette seule affaire, pour laquelle il a mandat. On finit par admettre la compensation *ex alia causa*, sauf dans le commodat et le dépôt.

D. Et dans les actions de droit strict?

R. Depuis un rescrit de Marc-Aurèle, la compensation y est reçue, même *ex alia causa*. Avant ce rescrit, grâce à l'exception de dol, on pouvait certainement objecter au demandeur sa propre dette: mais avec quel effet? De façon, suivant un système, à faire réduire la condamnation au solde et suivant un autre vers lequel j'incline, à la conjurer entièrement. Il me semble que le juge qui a mandat de condamner à cent ne peut le faire à cinquante ou soixante, celui qui doit condamner à *quidquid paret*, pour cause de stipulation, réduire la *condictio incerta*

pour une dette de prêt, etc. On finit par l'admettre sans doute, notamment dans les stipulations prétoriennes. Mais on s'expliquerait mal le rescrit de Marc-Aurèle autrement que par une réforme nécessaire pour assouplir le mandat judiciaire.

D. Que décide ici Justinien?

R. Dans toute instance, même celle réelle, pourvu qu'il y ait créances réciproques et liquides, d'une origine quelconque et de nature compensable, le juge doit, d'office même, faire la compensation. S'il la prononce pour dettes échues, elles sont censées respectivement payées depuis l'échéance. C'est un acheminement à l'effet de plein droit. Il y a exception dans le commodat, le dépôt et le cas de spoliation, sauf si la créance est née des impenses ou du préjudice qu'a occasionnés la chose. (C. C. 1293.)

TITRE VII

Actions contre le pater-familias, à raison des contrats passés avec sa familia.

SECTION 1re. — *Principes de ces actions*

D. Quelle est la matière de ce titre et des d suivants?

R. On y étudie si et dans quelle mesure le c de famille est tenu et peut-être actionné, à rais des faits des êtres lui appartenant.

D. Quels sont les principes à cet égard ?

R. 1° Les contrats des personnes de cette catégorie ne donnaient lieu, dans l'ancien droit, à nulle action contre le maître. La jurisprudence l'a admis en certains cas, et le droit prétorien dans un plus grand nombre. C'est l'objet du titre VII;

2° Les délits des mêmes personnes peuvent compromettre le maître à concurrence de leur valeur vénale, en ce qu'il peut être amené à les abandonner, c'est l'objet du titre VIII;

3° Enfin, on suit la même théorie pour les faits des animaux, ce qui montre bien que la propriété est la base de la puissance, même paternelle. C'est l'objet du titre IX.

D. En quel cas le droit civil donna-t-il action contre le maître ?

R. 1° Lorsque, par l'entremise des gens de sa *familia*, on lui avait fourni quelque valeur, et en vertu du principe quasi-contractuel, nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ; l'action était donc la *condictio* :

2° Quand il y avait eu autorisation au moins de certains contrats faits avec ses gens.

D. Dans quels cas le droit prétorien ?

R. Dans le même cas et dans celui d'autorisation expresse ou tacite.

D. Quel besoin de ces actions, puisque le droit civil y subvient ?

R. 1° L'octroi de la *condictio* en ces cas est sans doute bien postérieur ;

2° Dans le système généralement suivi, elle ne compète même qu'au cas où elle serait l'action du contrat ou quasi-contrat intervenu, c'est-à-dire s'il y a *mutuum*, stipulation, *in rem versum* et non simple vente, louage, etc.

3° Enfin, en tout cas, l'action *de peculio* est utile à qui ne peut invoquer ni l'autorisation ni le profit du maître.

D. N'y a-t-il pas plusieurs de ces actions?

R. Oui, cinq: celles *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, *tributoria*, celle *de peculio* et *de in rem verso*.

D. Comment les nomme-t-on?

R. Actions indirectes, parce qu'on en est tenu à raison d'un fait qui ne vous est pas réellement personnel; actions *adjectitiæ qualitatis*, pour la plupart, dont le nom constitue une simple épithète. Ainsi, pour une vente faite avec l'esclave, à ce commis, de Titius, on a contre celui-ci l'action *venditi institoria* ou *quod jussu*. Il n'existe pas d'action simplement institoire. Celle *tributoria* semble seule avoir eu une existence propre.

D. Ne peut-on diviser ces actions?

R. Celle *tributoria*, on l'a vu, ne serait pas adjectice. Les trois premières rentrent dans la classe des actions à condamnation intégrale; les autres peuvent l'avoir fractionnée.

D. Quelle modification le magistrat fait-il subir aux actions de droit commun, pour les rendre institoires, etc?

R. On n'en connaît pas la formule. C'est au début sans doute que se trouvait la modification, dans les trois premières, où la condamnation était intégrale. Dans les autres, elle portait sur la condamnation.

D. Faut-il que celui qui a contracté soit réellement assujetti au défendeur?

R. Non, s'il était fils putatif, esclave ou homme libre possédé de bonne foi.

D. Les actions adjectices n'ont-elles pas d'ailleurs été étendues?

R. Oui, sous le nom de quasi-institoires, au cas où la personne *alieni* ou *sui juris*, autorisée pour un contrat ou une négociation par un citoyen, ne dépend pas de lui. Ç'a été l'expédient admis pour donner action aux tiers, en dehors des principes du mandat, contre le mandant, à l'origine seulement quand le mandataire était absent ou insolvable.

D. Qu'observe-t-on s'il y a pluralité de maîtres ou de mandants ?

R. L'action indirecte, quand c'est l'une des trois premières, est *in solidum* contre chacun de ceux qui ont donné l'ordre (Cf. C. C. art. 2002).

Section 2me. — *Examen des actions.*

D. Quand y a-t-il action *quod jussu* ?

R. Quand le maître a ordonné de traiter on ensuite ratifié le contrat fait par l'un des siens.

D. Un homme s'étant mis d'accord avec moi de la vente de sa chose, sauf le prix, ou ayant agréé un prêt que je lui ai fait, m'envoie son esclave pour annoncer qu'il accepte le prix ou toucher l'argent du *mutuum*, ya-t-il action seulement indirecte ?

R. Non, mais directe, l'esclave n'ayant été qu'un *nuntius*.

D. Que sont les actions institoire, exercitoire et d'où vient leur nom ?

R. Celles résultant du mandat donné pour une négociation à la personne dépendant de vous. Il faut éviter ici une confusion de termes. On nomme *exercitor* un armateur et l'action est donnée *exercitoria* contre lui, à raison des contrats faits avec le préposé au navire, *magister navis* ; le maître d'une boutique y mettant un gérant, *institor*, on donne comme *institoria* contre lui l'action des contrats faits avec ce préposé, à raison de ses fonctions. Le nom des actions n'indique pas cette nuance, qu'*exercitor* est le maître et *institor* le préposé, *alieni juris*. Ces deux actions sont les premières qu'on ait étendues au cas où le gérant est *sui juris*, au mandat.

D. La portée des deux actions est-elle identique ?

R. 1° L'action *exercitoria* se donne même contre le maître d'un armateur *alieni juris* ;

2° Même quand le *magister navis* s'est substitué quelqu'un dans la gèrance d'un navire ; tandis que celle *institoria* ne peut excéder les rapports entre le public et le gérant commis par le défendeur.

D. Qu'est l'action *tributoria* ?

R. Supposons qu'une personne *alieni juris* fait le commerce au su du *pater-familias*, pour elle-même, et ne paie pas ses créanciers. Il y a une espéce de faillite, dont il est le syndic, chargé de distribuer l'avoir commercial entre tous les créanciers et lui-même s'il l'est, c'est-à-dire *naturaliter*, car, en droit strict, tout le péculе est à lui; mais le préteur ne permet pas qu'on prenne les bénéfices d'un tel commerce en laissant les pertes au public. La distribution doit être égale, au marc le franc ; chaque créancier, en recevant son dividende, donne caution de rapporter, si d'autres, survenant, provoquent un remaniement, Si le maître s'est favorisé, on a contre lui l'action *tributoria*, pour l'obliger aussi à rapport.

D. Est-il nécessaire que ce soit par dot?

R. Oui, en principe; mais le dol consistant à refuser le rapport aussi bien qu'à fausser la distribution, il existe quand la demande est juste.

D. Qu'est l'action *de in rem verso* et *de peculio?*

R. Une action, plus commune que les précédentes, acquise par cela seul qu'on a traité avec quelqu'un *alieni juris* et dans laquelle on alloue au créancier en général, en deux condamnations, à concurrence de sa demande, 1° le montant du profit que le maître a tiré du contrat établi ; 2° pour le surplus, ce qu'il y a dans le pécule.

D. Y a-t-il toujours deux condamnations?

R. 1° Il se peut qu'il n'y ait pas de pécule ou pas d'*in rem versum*, ou ni l'un ni l'autre. Suivant les cas, le créancier n'obtiendra qu'une condamnation ou aucune.

2° On peut, on doit même parfois, en faire porter ane seule dans la formule, parcequ'on reconnaît qu'il n'y a point d'*in rem versum* ou point de pécule, le maître n'er ayant jamais donné, l'ayant retrayé sans dol ou n'ayant plus son fils ou esclave ; ou parcequ'on poursuit le père *judicati*, du chef du fils, qui seul a reçu un profit.

D. N'y a-t-il pas à rechercher comment la personne *sui juris* a cessé de l'être ?

R. En effet ; si c'est par la mort, le maître a repris les biens francs, *jure peculii*. Si c'est par l'aliénation, l'affranchissement, l'émancipation, un an utile est donné aux créanciers pour discuter le pécule ancien, sans préjudice des actions indirectes contre le nouveau maître.

D. Fait-on une répartition égale, ici ?

R. Non, on tient la règle *melior est causa possidentis* : on prélève ce qui est dû *naturaliter* au *pater-familias* et le jugement de condamnation *de peculio* vaut transport au regard des demandeurs en retard.

D. Si le fils ou l'esclave a sous lui des personnes de la *familia* avec qui il est en crédit, ou débit, quel compte en tient-on ?

R. L'esclave peut avoir des esclaves, le fils peut en avoir aussi, ou même ses propres enfants, *in peculio*. Ce qu'ils lui doivent augmente l'avoir du pécule ; ce qu'il leur doit n'en est pas déduit. On déduit, au contraire, ce que doit la personne péculée aux autres personnes relativement libres de la *familia*.

D. Quand y a-t-il *in rem versum* ?

R. Dans le cas où le maître a encaissé une valeur, acquis un droit ou *suo pepercit*, par suite du contrat et où la personne péculée, si elle était *sui juris*, aurait contre lui l'action *negotiorum gestorum*. Ce profit s'apprécie à la litiscontestation, aussi bien que la consistance du pécule.

D. N'a-t-on pas parfois l'option entre plusieurs actions indirectes ?

R. Oui, sans pouvoir les cumuler. Par cela seul qu'on a fait un contrat ou quasi-contrat avec une personne *alieni juris*, on a la 5me action. Si elle était préposée, ou avait ordre de traiter, on a, de plus, l'une des trois premières, et si elle faisait le commerce, la 4me, celle *tributoria*. La *condictio* compète parfois. Il se peut aussi que le maître ait promis de payer, cas auquel on a l'action de constitut, *in solidum*.

D. Comment faire cette option?

R. 1o Les trois premières actions étant *in solidum*, il faut évidemment choisir l'une d'elles, si l'on peut y réussir à prouver le mandat ;

2o Quand on a contracté avec un commerçant *alieni juris* non *institor*, ou *magister navis*, on délibère entre la 4me et la 5me action. Celle *tributoria* est avantageuse en ce qu'on n'y admet que les créanciers commerciaux et le maître, non privilégié.

D. Et celle *de in rem verso* etc?

R. 1o S'il y a eu profit pour le maître, le créancier peut avoir condamnation *in solidum*, ou pour une fraction plus forte qu'à la distribution, et le pécule lui forme un appoint ; il a même la *condictio* :

2o Dans l'action *tributoria*, on ne répartit que l'avoir commercial, créances et marchandises ; dans celle *de peculio*, on tient compte de toutes les valeurs ;

3o Le créancier obtient condamnation définitive et ne craint plus le concours des autres, mais le maître a un prélèvement de son chef et de celui de la *familia* entière.

D. N'y a-t-il pas des différences à faire entre les contrats ou quasi-contrats avec un esclave et un fils ou une fille de famille ?

R. 1o Le cautionnement et l'*expromissio* par un fils de famille donnent action contre le père, et non une telle *intercessio* d'un esclave.

2o Celui-ci est étranger au sénatus-consulte Macédonien, au contraire ;

3° La principale différence gît en ce que le fils de famille contracte une obligation civile et peut être l'objet d'une action directe.

D. Comment la fait-on payer ?

R. 1° En certains cas, l'exécution est assurée : quand le fils a un pécule militaire ; — quand il est *sui juris*, sauf parfois le bénéfice de compétence, — quand il a été adrogé ,

2° Hors de là, il peut y avoir difficulté. On peut opter entre l'action directe et celle indirecte née d'après les règles du titre *quod cum eo*. Ayant poursuivi et fait condamner le fils, on a action contre le *parens*, *de peculio* seulement : l'*in judicium deductio* vous a fermé les autres actions indirectes.

TITRES VIII & IX

Des actions noxales et *de pauperie*.

Section 1re. — *Origine et caractère.*

D. Que sont les actions noxales ?

R. Des actions pénales adjectices, données à raison du dommage causé par notre propre bien et dans lesquelles on nous permet de le délaisser pour échapper à la condamnation.

D. Quel est le principe de ces actions ?

R. C'est que les gens *alieni juris* s'obligent civilement par leurs délits et leurs maîtres mêmes, en une certaine mesure. Ce principe est dans les Douze-Tables et,

s'il diffère de celui posé pour les contrats, c'est qu'on ne peut s'abstenir d'être victime du délit de telle ou telle personne aussi aisément que partie dans un contrat avec elle.

D. Les actions noxales sont donc de droit civil?

R. Non. La loi des Douze-Tables a attaché l'abandon noxal aux actions *furti* à celle de la loi Aquilia, de *pauperie etc*; le prêteur à celles *injuriarum*, *æstimatoria*, *vi bonorum raptorum*, *de effusis et dejectis* ; et les édiles, à celle édilitienne *de pauperie*. Mais toutes les actions noxales sont nécessairement pénales ou mixtes.

D. D'où vient leur nom ?

R. De *noxa* ou *noxia* (*nocere*). Ces deux mots, aisés à confondre, sont confondus au Digeste. D'après Justinien, *noxia* est le dommage et *noxa* son auteur.

D. Peut-on faire l'abandon noxal de toute personne *alieni juris*?

R. Cela me paraît certain, ai-je dit, à l'origine. Il devait exister pour les enfants, l'épouse, l'esclave, l'individu *in mancipio*, l'*addictus*, l'*auctoratus*, pour toute personne en puissance, sauf celles en *mancipium* fictif et en *manus non plena*. L'adoucissement des mœurs le fit condamner successivement pour les filles de famille et les fils ; Justinien ne le laisse subsister légalement que pour les personnes serviles.

D. Comment fera-t-on, alors, pour réparer les délits des fils de famille ?

R. On a l'action directe contre eux et, après la condamnation, l'action *judicati*, *de peculio*, contre le *parens*. S'il n'y a pas de pécule, il faut attendre.

D. Tout délit peut-il amener l'abandon ?

R. 1° Il peut n'être pas permis par la loi ou le magistrat ; l'autorisation, en ce dernier cas, est *edictalis*, quand il l'attache à une action pénale créée par l'édit, et *decretalis*, quand il l'accorde dans la formule exceptionnellement : *nisi noxæ dedat*.

2° Il n'y a pas d'action pour les faits illicites en-

vers ses gens de sa *familia* ou son chef ; c'est lui qui sévit.

D. Mais l'esclave aliéné ou affranchi, par exemple en exécution d'un fidéicommis, le maître peut-il l'actionner, lui ou son nouveau maître ?

R. Non. Et s'il acquiert en sa puissance une personne *alieni juris* coupable d'un délit envers lui, l'action née s'éteint ; elle ne renaît pas s'il en sort, d'après l'opinion des Sabiniens, que Justinien consacre

D. Et si la personne *alieni juris* change de main hors de ces cas ?

R. Son nouveau possesseur est défendeur : *noxalis actio caput sequitur*. Si elle devient *sui juris*, les actions se changent en directes ; de même, l'individu *sui juris* perdant son indépendance, les actions nées de ses délits passent comme noxales contre son maître.

D. Ces actions sont-elles arbitraires ?

R. Non, car la satisfaction qui peut prévenir la condamnation est déterminée à l'avance et non imposée par le juge.

D. A quel moment se fait l'abandon ?

R. On n'y est jamais forclos que par le paiement de la condamnation.

D. Est-il donc indifférent que la condamnation soit prononcée ?

R. Non, car le défendeur est libéré par l'impossibilité d'abandonner, seulement si elle survient avant la condamnation.

Section 2me — *Des suites de l'abandon noxal.*

D. Quand l'esclave n'est pas en la possession de son maître, contre qui se forme l'action noxale ?

R. Contre le possesseur *ad interdicta*, par exem-

ple, l'usufruitier, le précariste, le locataire, le créancier gagiste, qui peuvent dès lors faire l'abandon.

D. Y a-t-il intérêt à distinguer si l'auteur de l'abandon noxal a ou non la propriété?

R. Oui. S'il l'a, il doit la transférer; sinon, le demandeur ne l'acquiert que par l'usucapion, même sans bonne foi.

D. Le défendeur peut-il toujours délaisser?

R. 1° Non, s'il a nié être possesseur de l'esclave ou *parens* du fils délinquant, pour éluder l'action; sorte d'*inficiatio*;

2° S'il a pu prévenir le délit consommé.

D. Quelle est la condition de l'abandonné?

R. Il est *in mancipio*, c'est-à-dire pouvant exiger sa mise en liberté, quand il a fait réparation à la victime du délit; ce qui peut résulter de sa rançon qu'il offre, d'un legs qu'il lui a fait acquérir, de la longueur même de ses services.

D. Sans distinction de sa condition originaire?

R. Non, certes, dans l'ancien droit.

D. Que gagnait l'esclave à cette assimilation?

R. 1° La faveur de pouvoir se racheter;

2° Au cas où la victime du délit, devenue son maître, l'instituait pour son hérédité, douteuse, il jouissait du bénéfice d'abstention, non de séparation.

D. L'esclave n'est-il pas parfois en cette situation sans avoir subi l'abandon noxal?

R. Oui, quand son maître était absent ou refusait de défendre à l'action pénale. L'esclave était alors *addictus*, mais, croit-on, seulement *in bonis*.

D. Le fils de famille abandonné et émancipé retombait-il en la puissance paternelle?

R. Non. Dans ce cas unique, elle était dissoute par une seule émancipation.

Section 3me. — Action *de pauperie.*

D. Qu'est-ce que la *pauperies?*

R. C'est la même chose que le dommage, mais sans *injuria*, le *damnum* ayant pour auteur ici un animal qui n'a pas la notion du droit.

D. Et l'action de *pauperie* ?

R. Une application du principe de l'abandon noxal faite par la loi des Douze-Tables. C'est une action principale, pénale, comportant la réparation du préjudice, avec faculté d'abandon.

D. A quelles conditions ?

R. 1° Que la *pauperies* vienne d'un quadrupède;

2° Qu'il l'ait causée par une violence contraire à sa nâture; comme au cas d'un bœuf furieux, d'un cheval vicieux, en un mot d'un animal, domestique ou apprivoisé, qu'on devait croire inoffensif. Hors de là, le plaignant a dû se garder.

D. La distinction entre les animaux quadrupèdes et les autres est moins facile à justifier !

R. Les animaux domestiques ou apprivoisés, non quadrupèdes, peuvent-ils causer de sérieux dommages?... Si ce cas se présentait, le prèteur donnait, comme utile, l'action de *pauperie.*

D. Contre qui se forme cette action?

R. Contre le possesseur, comme les autres actions noxales, et quand il a la propriété quiritaire, s'il s'agit d'une *res mancipi*, il doit la manciper.

D. N'y avait-il pas une autre action au cas de préjudice causé par un animal ?

R. Oui, au cas ou un animal dangereux vaguait sur la voie publique, contrairement à l'édit des édiles. Les deux actions peuvent se rencontrer, si le préjudice a été causé par un chien, un porc, etc. On discutait sur la possibilé de les cumuler.

TITRE X

Des mandataires judiciaires.

Section 1re. — *Historique.*

D. Quelle est la règle des actions de la loi?

R. J'ai dit que dans ces actions et les actes légitimes on devait agir en personne. Il était donc de principe qu'on ne pût y avoir de procureur, ni en demandant ni en défendant.

D. Souffrait-on des exceptions à ce principe?

R. 1° *Pro populo*, sans doute pour un municipe; chez nous les maires et, sous certaines conditions, les particuliers comme demandeurs, font valoir les droits des communes;

2° *Pro libertate*, car la personne arguée de servitude, ou en esclavage de fait, ne pouvait *pro se lege agere*; cela s'appliquait donc dans la *liberalis causa* et la *manus injectio*;

3° *Pro tutela*, car le pupille était souvent hors d'état de paraître et de parler en justice; on étendait l'exception au curateur du fou et de l'absent;

4° Une loi Hostilia permettait d'intenter l'action *furti*, au nom des personnes absentes pour cause légitime et de leurs pupilles.

Telles sont les seules exceptions sûres.

D. Et sous le système formulaire?

R. On suit la règle inverse, qu'il est permis de se faire représenter. Ce fut l'un des perfectionnements de la procédure. Celles conservées des actions de la loi

faisaient exception, ainsi peut-être que les *judiciale-gitima*. Dans les instances de cette nature, il fallait encore donner le *prætorius tutor*, pour qu'il eût le bénéfice de l'exception *pro tutela*.

D. Comment se nommaient les représentants?

R. On les appela d'abord *cognitores*; plus tard, on admit des *procuratores*. Cicéron, qui a connu les premiers, ne parle pas des seconds, dont l'admission répond à un adoucissement du droit, comme celle des fidéjusseurs après les *sponsores*.

D. Et dans la procédure extraordinaire?

R. Les exceptions disparaissent, par suite de la suppression des actions de la loi, et des *judicia legitima*. Ainsi, j'ai signalé la disparition du *prætorius tutor*. Le mandat, la simple gestion d'affaire, sont aisément admis en justice. Les *cognitores* se confondent avec les *procuratores*, qu'on reconnaît seuls, comme les fidéjusseurs, sous Justinien.

Section 2e. — *Etude du mandat judiciaire du* cognitor, procurator, tutor, defensor.

D. Qu'est-ce que constituer *cognitor*?

R. Accomplir un acte légitime qu'on doit faire non seulement en personne, sans modalités et en termes solennels, mais encore *in jure et coram adversario*. La personne présente acceptait dans les mêmes conditions : elle pouvait être absente, mais ne devenait *cognitor*, en ce cas, que par la gestion. C'était sans doute là déjà une concession.

D. Comment le *cognitor* nous représente-il?

R. Comme les personnes de la *familia*, comme le mandataire du droit français, c'est-à-dire en s'absorbant en notre personne. Par son entremise, le contrat ou quasi-contrat judiciaire se forme entre nous

et nôtre adversaire. Si je réussis en demandant par *cognitor*, j'ai l'action *judicati*; si je succombe en plaidant de même, elle est donnée contre moi. On a vu qu'il n'en serait pas ainsi de l'action née d'un contrat fait pour moi par une *extranea persona*, mon mandataire.

D. Fait-on parfois autrement.

R. Le *cognitor* peut tourner la condamnation pour ou contre lui, à l'aide de la formule Rutilienne, quand il veut toucher ou payer lui-même la somme de la condamnation, soit que son mandat s'étende jusque là, soit que l'affaire le concerne seul, (*cognitio in rem suam*).

D. Qu'est-ce que la formule Rutilienne ?

R. Supposez que Primus demande 100 à Secundus, par l'entremise de Tertius, à qui il veut laisser l'action *judicati*. Le préteur Rutilius a inventé de rédiger ainsi: *Si paret Secundum Primo centum dare oportere, Secundum Tertio in centum condemna.*

D. Comment se constitue le procureur ?

R. Par le contrat de mandat, qui est consensuel Il est donc possible de le prendre en termes quelconques, par un *nuntius*, *in jure* ou non.

D. Ce dernier point est-il indifférent ?

R. Non : le *procurator præsentis*, ayant mandat certain, ne donne pas caution.

D. Le constituant est-il représenté ?

R. Non, parce qu'on suit les principes du mandat. Le contrat ou quasi-contrat judiciaire se forme entre l'adversaire et le *procurator*, à qui ou contre qui se donne toujours l'action *judicati*, par la formule Rutilienne ; aussi dit-on qu'il est *dominus litis*.

D. Ne s'est-on pas départi de cette règle ?

R. Oui pour le mandat *apud acta*, c'est à dire *in jure* dont le magistrat a donné acte. Comme la constitution du *procurator* est alors non équivoque et analogue à celle du *cognitor*, on admit qu'il fût traité

de même. Quand on devait être *procurator in rem suam*, on pouvait exiger que le cédant vous constituât *in jure*.

D. Qu'est-ce qu'un *defensor* ?

R. Un simple *negotiorum gestor* qu'on n'admet qu'au rôle de défendeur, la demande étant bien moins urgente.

D. Le tuteur est-il *dominus litis* ?

R. Il faut distiguer s'il a, ou non, été contraint de plaider seul, le pupille étant *infans* ou absent. En ce cas, l'action *judicati* est donnée pour ou contre le pupille. Le tuteur actionné doit donc mettre en cause le pupille quand il peut comparaître, pour qu'il subisse lui-même la condamnation.

D. En résumé, quelles différences entre le *cognitor* et le *procurator* ?

R. 1° La constitution du premier est un acte légitime, celle du second un simple mandat. Le *procurator* peut donc être constitué en l'absence de l'adversaire, *per nuntium*, avec la condition ou terme exprimés ;

2° Le mandat du *cognitor* est toujours certain, celui du *procurator*, souvent équivoque, ne se confirmant que durant l'instance, et peut n'être qu'une gestion d'affaires;

3° Le *cognitor* représente pleinement le constituant qui a ou subit l'action *judicati*, l'exception *rei judicatæ*;

4° Grâce au *cognitor* du demandeur son droit est *in jus deductum* et éteint *ipso jure*, par la novation nécessaire ; quand le demandeur a été représenté par un procureur à mandat certain, on peut lui opposer l'exception de chose jugée ou de dol, s'il reforme le procès perdu; quand le mandat est incertain, le défendeur reste pleinement exposé à une nouvelle demande.

TITRE XI

Des cautions judiciaires.

Section 1re — *Ancien droit.*

D. Quel est le sujet de ce titre ?

R. Il s'y agit des sûretés que les plaideurs doivent normalement se donner dans les actions, principalement par les stipulations que j'ai appelées judiciaires.

D. Quelle division suit-on en cette étude ?

R. On expose les règles suivies aux époques de Gaïus et de Justinien.

D. Parlez des premières.

R. Je distinguerai, à chaque époque, si la partie agit *proprio* ou *alieno nomine*; je sous-distinguerai si l'instance est réelle ou personnelle et si l'on y joue le rôle de demandeur ou de défendeur.

D. Quelle caution donne le demandeur ?

R. Aucune, quand il plaide *proprio nomine*.

D. Quelle caution doit le défendeur à l'action personnelle ?

R. Ce n'est qu'en certains cas fixés par l'édit :

1° *Propter genus actionis*, par exemple dans les actions *judicati*, *depensi*, *de moribus mulieris* ;

2° *Propter personam*, quand le défendeur est un héritier qu'on juge suspect, ou qu'il est sous le coup de la *bonorum venditio*.

D. Quelle caution en matière réelle ?

R. Le défendeur y est assujetti, comme compensation et sûreté de la chose dont il reste nanti. Il faut, sous Gaïus, sous-distinguer encore si la demande est formée *per sponsionem*, cas auquel il doit la caution *litis et vindiciarum*, ou au pétitoire ce qui donne lieu à celle *judicatum solvi*. Comme on abandonna peu à peu l'expédient de la *sponsio*, cette dernière caution resta seule en usage.

D. Et si le demandeur refuse de *satisdare?*

R. Le demandeur a l'interdit *quem fundum, quam hæreditatem*, pour lui enlever la possession de l'objet litigieux, sauf à fournir la caution refusée.

D. Cette caution n'est-elle pas multiple ?

R. 1° *De re defendenda*, on s'engage ainsi à suivre l'instance ;

2° *De re judicata*, à payer la condamnation, ce qui comprit la restitution de la chose ou du droit réel, quand les condamnations cessèrent avec les formules, d'être purement pécuniaires.

3° *De dolo*, garantie que j'ai expliquée.

D. Parlez du défendeur *alieno nomine?*

R. Il doit la caution *judicatum solvi*, dans l'action réelle ou personnelle.

D. Comment se donnait cette caution ?

R. Par *adpromissores*. Quand les fidéjusseurs furent connus, on dut les préférer dans l'édit, car leur engagement ne s'éteignait ni par le temps ni par la mort. Quand le défendeur *alieno nomine* était un *cognitor*, la caution était fournie par le *dominus*, puisqu'il était nécessairement présent et il promettait lui-même, avec ses *adpromissores* comme le défendeur *proprio nomine*, de façon à doubler l'action *judicati* à naître contre lui, en cas de condamnation.

D. Et quand on demande *alieno nomine* ?

R. Cello *ratam rem haberi*, lorsqu'on était *procurator* sans mandat authentique ; au cas où, soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope*, le défendeur ne pouvait empêcher le *dominus litis* de reformer la de-

mande. J'ai dit p. 207 comment et de quelle façon se donnait cette caution.

D. N'était-elle pas remise au tuteur ?

R. 1° Parfois, *quia rem in judicium deduxit*, parce que le droit est éteint, comme entre les mains d'un *cognitor* si le pupille est enfant ou absent, et de même du curateur d'un fou, d'un absent :

2° En fait, on peut remettre la caution aux tuteurs *procuratores* et aux curateurs ou accepter leur *nuda promissio*.

Section 2me. — *Droit de Justinien.*

D. Les garanties se donnent-elles toujours à son époque par satisdation.

R. Non : il y a serment (caution juratoire), *nuda promissio*, hypothèque ou satisdation. Les fidéjusseurs étant alors les seuls *adpromissores*, la *satisdatio* est toujours perpétuelle.

D. Doit-on caution en plaidant *proprio nomine*?

R. Jamais comme demandeur ; quand on défend sans distinguer la nature de l'action, non plus la caution *judicatum solvi*, mais une autre moins grave *in judicio sistendi*, pour laquelle le juge pouvait accepter la *nuda promissio* ou le serment.

D. Pourquoi cette nouvelle caution ?

R. C'est la reproduction de l'un des engagements du *judicatum solvi*, savoir *de re defendenda* : les autres étant jugés superflus.

D. Supposez qu'on défende *aliено nomine*.

R. On doit alors la caution *judicatum solvi* ; mais, remise parfois au tuteur ou curateur, elle ne serait exigée toujours que de leur propre mandataire.

D. N'y a-t-il pas d'autres garanties ?

R. Non, si le défendeur est absent ; cas auquel il

peut n'y avoir mandataire. Mais si le demandeur actionne un présent, on cumule pour lui les deux garanties *judicatum solvi*, *in judicio sistendi*.

D. Sont-elles fournies par la même personne?

R. La seconde par la partie intéressée, la première par elle ou son procureur, à son gré. Si elle veut le relever, elle peut comparaître pour le confirmer et donner le *judicatum solvi*; ou le fournir extrajudiciairement, en se portant fidéjusseur; avec hypothèque de ses biens dans les deux cas.

D. Et si le procureur est demandeur?

R. Il doit la caution *de rato*, si son mandat n'est pas insinué déjà *apud acta* ou confirmé par le *dominus* comparaissant.

TITRE XII

De la durée des actions, de leur transmissibilité.

Section 1re. — *Durée des actions.*

D. Que signifient ces mots?

R. Se rapportant à deux sens du mot *action*, il exprime deux idées: la durée du droit d'agir et le temps dans lequel le juge du système formulaire doit remplir son mandat.

D. Combien dure le droit d'agir?

R. A ce point de vue les actions sont perpétuel-

les, ce qui est le caractère général des actions civiles, ou temporaires. Ces dernières sont presque toutes prétoriennes.

D. Quelles exceptions offrent les actions civiles?

R. 1° La *condictio* contre le *sponsor* ou *fidepromissor*, s'éteint par sa mort ou sa *capitis deminutio* ou le laps de deux ans ; de même compétant à l'*adstipulator* ;

2° La *querela inofficiosi testamenti* et celle *inofficiosæ donationis* par deux ans jadis, portés à cinq, par la mort et par la *magna capitis deminutio* ;

3° L'action d'injure par la mort et par le laps de deux ans propre à prouver la rémission.

4° L'action *rei uxoriæ* par la mort.

D. Quelles exceptions dans celles honoraires?

R. 1° L'action *furti manifesti*, parce qu'elle remplace la peine capitale des Douze-Tables et que l'action *furti non manifesti*, civile, est perpétuelle ;

2° Les actions utiles ou fictices données à l'emphytéote, au *bonorum emptor*, au *bonorum possessor*, aux héritiers fidéicommissaires ;

3° La publicienne, et non la contre publicienne.

D. Est-ce parceque la préture dure un an, que les actions honoraires sont limitées?

R. Non, l'année ne se compte sans doute pas de même. Les préteurs ont seulement voulu procéder avec réserve. Leurs actions persécutoires sont perpétuelles ou annales, selon qu'elles aident ou contrarient le droit civil.

D. Comment se compte donc l'année?

R. Dans l'action *æstimatoria* d'injure, elle est utile et on suppose que c'était général. En tout cas, le dernier jour faisait partie du délai, comme dans le compte de la prescription prétorienne.

D. Certaines actions durent-elles moins?

R. L'action, édilitienne, *redhibitoria*, durait en général six mois

D. N'y en avait-il pas de nature à la fois temporaire et perpétuelle ?

R. Oui, des actions pénales, annales, qui subsistaient ensuite, indéfiniment persécutoires ; celles *vi bonorum raptorum* et *quod metus causa*.

D. N'a-t-on pas limité les actions perpétuelles ?

R. Oui, la prescription trentenaire leur a été appliquée par Théodose et en certains cas, celle quadragénaire par ses successeurs.

D. Les actions annales devaient-elles être vidées avant la fin de l'année ?

R. J'ai donné la règle ; *omnes actiones*... ces actions intentées ne risquent plus que la péremption.

Section 2me. — *Durée des instances.*

D. Qu'est-ce que la péremption ?

R. L'extinction du mandat judiciaire, faute par le juge de le remplir en temps utile ; elle n'existe que dans le système formulaire.

D. Quel est le délai légal ?

R. Ici, surtout, distinguons les *judicia legitima* de ceux *imperio continentia*.

D. Quand y a-t-il *judicium legitimum* ?

R. Non pas s'il vient *ex lege*, mais s'il offre les conditions qu'on trouvait dans les actions de la loi. C'est l'instance liée, à Rome ou dans la zone d'un mille, entre citoyens sous un seul juge.

D. Et le *judicium imperio continens* ?

R. L'instance, dérivée même *ex lege*, où manque l'une de ces conditions, avec un pérégrin pour partie, ou pour juge, ou des récupérateurs, etc.

D. Comment se détermine la péremption, ainsi ?

R. 1° Dans les *judicia legitima*, jadis perpétuels

il y a péremption par les 18 mois, introduite dans la loi Julia ;

2° Dans les autres, à la fin de l'*imperium* du préteur qui leur a donné la vie.

D. Il était bien moins avantageux de demander l'action après le début de la préture ; c'était même imprudent près de sa fin.

R. Le préteur, à ce moment, renvoyait sans doute les affaires à son successeur en jugeant les plus urgentes, *extra ordinem*.

D. Comment empêchait-on le renouvellement d'une instance périmée ?

R. *Ipso jure*, par le refus, pour le *legitimum judicium* avec novation nécessaire ; hors de là, par l'exception *rei in judicio deductæ*, à laquelle il y avait sans doute une réplique au cas où le demandeur n'avait pu prévenir la péremption, comme s'il y avait eu retraite, décès du magistrat ou refus du juge.

D. L'obligation du moins subsiste-t-elle ?

R. Oui, comme obligation naturelle, sanctionnée par l'exception, même par actions différentes de celles périmées. Ainsi un créancier gagiste *litem tempore amisit*, si le débiteur veut ravoir son gage, il lui oppose l'exception de dol ; si le gage est détruit par faute, il a l'action utile de la loi Aquilia.

Section 3me. *Transmissibilité des actions.*

D. A qui se transmettent nos actions ?

R. 1° A nos successeurs universels, de notre vivant, en cas d'adrogation, de chute en esclavage, de *bonorum sectio* ou *venditio*, sauf que, en ce dernier cas, elles sont utiles non directes ; à nos héritiers ;

2° Les actions sanctionnant des droits réels, à

nos successeurs particuliers, entre vifs ou à cause de mort, acheteur, donataire, légataire ;

3° Celles intéressant l'état, à nos descendants même exhérédés, comme la recherche *de partu agnoscendo* et celle d'ingénuité, l'enfant d'ingénu dépendant jadis du patron.

D. Toutes actions sont-elles transmissibles ?

R. Non il y en a d'intransmissibles, les unes passivement, les autres activement.

D. Citez celles intransmissibles activement ?

R. Ce sont l'action de l'*adstipulator* et celles fondées sur le ressentiment, quand celui qui devait l'éprouver ne l'a pas manifesté : toutes les actions d'injures, les deux cas de *querela*, l'action en révocation des donations pour ingratitude. J'ai indiqué les dérogations spéciales à celle-ci. Pour toutes, il suffit que l'action ait été préparée par le défunt.

D. Citez les actions non transmissibles passivement.

R. Ce sont toutes celles pénales et mixtes.

D. Ne le sont-elles point parfois ?

R. 1° Quand il y a eu *litis contestatio*, au moins en un *judicium legitimum* dans l'ancien droit, et sans distinction sous Justinien, pour celles pénales *in solidum* ;

2° Quand les héritiers se sont enrichis par suite du délit, pour celles pénales, unilatérales et à concurrence de leur profit.

D. En résumé, ne peut-on dire que toutes les actions *persecutoriæ* sont transmissibles et celles pénales intransmissibles ?

R. Pas précisément à cause de la *querela* et de l'action en révocation les donations ; mais on peut dire transmissibles toutes celles des contrats sous Justinien.

D. Cependant il excepte le cas de dol.

R. Ce n'est pas bien exact. Le dol dans un contrat n'est point un délit et se répare par l'action même du contrat, s'il est de bonne foi.

D. Ne peut-on justifier ce texte pourtant ?

R. 1° Le dol n'est pas réparé par **l'action du contrat s'il est de droit strict,** mais par celle *de dolo*, **qui,** comme pénale unilatérale, **ne passe que** ***quatenus locupletiores.***

2° Dans un dépôt *e misera*, le défendeur **mourant après l'***inficiatio* l'action se poursuit au simple **contre l'héritier.**

TITRES XIII & XIV

(Des prescriptions et préjugés), Des exceptions, répliques et dupliques.

Section 1re. — *Des prescriptions et préjugés.*

D. Quel sujet allez-vous traiter ?

R. Chaque partie, en dehors de la demande et **de la** libération prétendue, peut avoir des moyens à **proposer** d'une façon **spéciale,** particulièrement **sous le système** formulaire, où ces sortes de restrictions **de la** demande et du mandat qui s'ensuivait constituent les parties anormales de la formule ; on ne peut bien expliquer ces moyens de procédure qu'en se reportant à ce système.

D. Que sont les *præscriptiones* ?

R. Une restriction à la demande ou au mandat, en tête de la formule, parfois remplaçant la *demonstratio*, et dans l'intérêt de l'une ou l'autre partie. Sous Gaïus, perdant de vue l'origine du mot, on n'appelle prescriptions que les seules restrictions propo-

sées par le demandeur. Les autres rentrent dans les exceptions.

D. Dans quel but prend-on les prescriptions?

R. Pour éviter le refus d'action, la *plurispetitio* ou l'extinction entière de son droit par *l'in jus deductio*.

D. Expliquez les prescriptions par des exemples.

R. 1° Créancier d'une rente viagère *quoad vivam* pour que mon titre ne soit pas perdu après que j'aurai obtenu les termes échus, je dois mentionner que j'en restreins à cela la production : *cujus rei dies fuit* :

2° De même si, en vertu d'une vente, je veux obtenir la mancipation seule. Si je n'employais cette restriction : *ea res agatur de fundo mancipando* et qu'il y ait terme pour la délivrance, je tomberais dans la pluspétition ; en tous cas, je serais sans action pour la demander ensuite ;

3° La revendication n'énonce pas la cause de la propriété, en général ; mais on peut la mentionner, pour revendiquer à un autre titre, en cas d'insuccès au premier, sans encourir l'exception *rei judicatæ* ;

4° Quand mon fils ou esclave a stipulé un fait pour sa personne (qu'on le logera, qu'on le vêtira), ou la liberté d'un fait comme le passage, si j'intente l'action *ex stipulatu*, je dois indiquer que ce n'est pas pour mon individu même.

D. Que sont les *præjudicia*?

R. Il peut se faire qu'à raison de la connexité de deux actions, l'instance engagée pour l'une préjugeant l'autre, en compromette l'utilité et cause ainsi au défendeur un préjudice, (du mot *præjudicium*). Le défendeur le peut éviter quand cela est équitable. Le *præjudicium* est donc une restriction au mandat judiciaire, obtenue par le défendeur et prescrivant au juge de surseoir, si l'instance est connexe, de façon à la préjuger, à une autre plus importante ou tout au moins d'importance égale.

D. Quel est le texte de cette partie de la formule ?

R. *Ea res agatur si in ea re præjudicium... non fiat*, par exemple *hæreditati*. Ces mots sont en tête. Le *præjudicium* est donc une prescription du défendeur ; on peut dire aussi qu'il constitue une exception dilatoire.

D. Citez des *præjudicia* ?

R. 1° Le demandeur agit *familiæ erciscundæ* ou revendique un corps héréditaire, comme héritier, qualité qu'on lui dénie. Ce dernier point est principal, préjudiciel ;

2° Vous possédez deux fonds. En prétendant une servitude de l'un sur l'autre, on intente l'action confessoire ; cela préjuge la question de propriété sur l'un des fonds ;

3° L'action privée d'injure est écartée, quand le fait constitue le délit public :

4° Le préjugé des questions d'état.

D. Quels sont les principes en cette matière ?

R. 1° L'action la plus importante ou ressortissant à la juridiction la plus haute doit passer la première ;

2° L'instance ayant pour objet exclusif le véritable litige doit primer celle où il se présente incidemment dans les moyens ;

3° En cas d'égalité, mais de connexité étroite, on doit former les instances ensemble.

SECTION 2me. — *Caractères, division des exceptions.*

D. Qu'est-ce que l'exception ?

R. Une restriction obtenue par le demandeur au mandat du juge, quand, la demande étant fondée en droit strict, il y a lieu de prévenir, diminuer ou différer la condamnation.

D. L'exception vient donc du droit prétorien ?

R. Les considérations qui suspendent ainsi la condamnation ont été acceptées par les constitutions, les sénatus-consultes, ou des lois spéciales ou par le droit prétorien surtout.

D. Donnez un exemple d'exception ?

R. Un fils de famille est poursuivi *ex stipulatu*. Il a promis, donc il doit. Mais, comme il y a eu dol, le préteur lui donne exception ; ou, comme c'était la novation du prêt d'un usurier, le sénatus-consulte macédonien lui subvient.

D. Où s'écrit l'exception ?

R. En général, à la suite de l'*intentio* ; jadis, elle pouvait former une *præscriptio* ; plus rarement encore elle est dans la *condemnatio*, par exemple, le *nisi restituat* , *exhibeat*, ou la faculté d'abandon noxal, sortes d'exception.

D. Comment justifier le nom de l'exception ?

R. Presque matériellement, dans le mécanisme de la formule, qui dit au juge : « Condamnez, excepté si... » Son mandat est alors subordonné à deux conditions suspensives, l'une positive, l'autre négative, que la demande soit justifiée, et que l'exception ne le soit pas.

D. Le demandeur doit-il donc faire ces deux preuves ?

R. *Actori incumbit onus probandi. — Reus in exceptione actor est. — Ei qui dicit incumbit probatio.* Chaque partie à son tour doit prouver son dire.

D. Le défendeur doit-il ainsi faire insérer tout moyen qu'il prétend opposer à l'*intentio* ?

R. 1o Les moyens tendant à prouver qu'elle n'est pas justifiée, constituent la contradiction directe de la demande, non une exception ; la preuve du paiement, par exemple, détruit bien le *si paret dare oportere* et fait défaillir la condition positive ; il en est ainsi des moyens extinctifs *ipso jure* ;

2° Les exceptions mêmes, conformes à l'équité, peuvent être présentées inopinément au juge ou arbitre dans l'action *bonæ fidei*.

D. Comment expliquer que le paiement, dénié, n'a pas besoin d'être signalé au juge *stricti juris*, tandis que les sénatus-consultes Macédonien et Velleien lui seront signalés, bien que de nature aussi à faire refuser l'action.

R. C'est que les faits qu'ils prennent en considération, en modifiant indirectement le droit civil, constituent des moyens qui lui sont étrangers et ne peuvent être proposés qu'en exception, comme le pacte de remise, la compensation.

D. Qu'importe cette distinction ?

R. Elle est considérable : dans les *judicia stricti juris*, le juge qui peut accepter tous les moyens de droit strict n'accepte ceux d'exception que s'il lui est permis par la formule. Dans ceux *bonæ fidei*, il peut négliger les moyens d'exception contraires à l'équité et non ceux extinctifs de droit strict.

D. Comment se divisent les exceptions ?

R. On peut les diviser en civiles et prétoriennes, distinguer les exceptions proprement dites des *præscriptiones* pour le défendeur, celles conformes ou contraires à l'équité, *rei* ou *personæ cohærentes* ; mais la principale classification sépare les exceptions perpétuelles et péremptoires de celles temporaires et dilatoires.

D. Quel intérêt y a-t-il à distinguer les exceptions des prescriptions pour le défendeur ?

R. Ces *adjectiones* ont cessé de porter le nom de *præscriptiones* quand, changeant de place dans la formule, elles ont passé après l'*intentio*. Mais, au fond, elles sont demeurées prescriptions, c'est-à-dire que la preuve en doit être faite avant celle de l'*intentio* ; parceque, si elles se trouvent bien fondées, on écarte la demande, dont l'examen est inutile. Telles sont les prescriptions de long temps et l'exception *rei judicatæ*, la *præscriptio fori* ou exception d'incompétence.

D. L'exception dilatoire est-elle toujours temporaire ?

R. Oui ; mais la réciproque n'est pas vraie. L'exception *non numeratæ pecuniæ* ne peut être proposée que durant cinq ans, deux ans sous Justinien ; mais elle fait rejeter la demande.

D. Les exceptions dilatoires ne font-elles obtenir qu'un délai, dans le système formulaire ?

R. Quelques-unes, en effet ; celles du *jus deliberandi* prétorien ou celles tirées de la personne du procureur du demandeur, femme, ou soldat, incapable de recevoir mandat, la *præscriptio fori*. Mais, en général, l'effet est péremptoire, en ce que la demande ne peut être reformée ; par exemple, quand elle l'a été au mépris du pacte *de non petendo ad tempus*. Si l'*intentio* est *certa*, il y a pluspétition ; si elle était *incerta*, le défendeur obtenait aussi le rejet, après les délais expirés, par l'exception *rei in judicium deductæ*. Aussi, le demandeur était-il téméraire de laisser s'accomplir la litiscontestation, quand on lui opposait une exception dilatoire. Mais, dans le système extraordinaire, l'instance peut être reformée après les délais.

D. Indépendamment de leur jeu dans la procédure, quels effets différents produisent l'exception péremptoire et celle dilatoire ?

R. Celui qui a négligé la première obtiendra *restitutio in integrum* ; s'il a payé, il a la *condictio indebiti*. Il n'en est pas de même de l'exception dilatoire.

D. Comment les exceptions sont-elles *rei* ou *personæ cohærentes* ?

R. C'est le sujet que j'ai signalé pour l'extinction des obligations surtout *ipso jure*, dans le regard des *correi*. Quand les exceptions sont tirées de faits intervenus dans le rapport de l'un des obligés, elles n'excèdent pas sa personne. Tous peuvent les invoquer, au contraire, quand elles tiennent à l'objet de l'obligation. Telles sont les exceptions ***metus causa, doli mali, jurisjurandi, rei in judicium deductæ.***

D. N'est-on pas plus facile, à cet égard, pour les fidéjusseurs que pour les codébiteurs solidaires?

R. Oui, du moins, comme je l'ai dit quand ils ne sont pas dénués de l'action *mandati* contre le débiteur; car, par leur recours, ils le priveraient lui-même du bénéfice de l'exception. Le pacte *de non petendo*, qu'on présume *in personam*, ne peut ainsi, en général, être opposé par le codébiteur solidaire et le sera par le fidéjusseur, ayant recours. Cette distinction entre les fidéjusseurs, admise aussi pour le sénatus-consulte Macédonien, semble avoir été condamnée pour le sénatus-consulte Velleien.

D. Quelles exceptions sont toujours personnelles?

R. Celles de la cession de biens accomplie, le bénéfice de compétence, le pacte *de non petendo in personam*.

Section 3me. — *Examen des exceptions.*

D. Citez les principales exceptions?

R. *Dolimali*, — *metus causâ*, — *non numeratæ pecuniæ*, — *pacti conventi*, — *de non petendo*, — *jurisjurandi*, — *rei in judicio deductæ*, — *rei judicatæ*, — *rei residuæ*, — *litis litiduæ*, — *rei donatæ* (ou *venditæ*) *et traditæ*, — *justi dominii*, — *præscriptio longi* (ou *longissimi*) *temporis*, — les exceptions des sénatus-consultes Macédonien, Velleien, Pégasien, — des lois Cincia, Faleidia, Voconia, — des bénéfices d'abstention, de division, de discussion, de cession d'actions.

D. Quand a-t-on l'exception *doli mali?*

R. Quand par les manœuvres dont le demandeur, ou celui dont il tient soit à titre universel soit à titre particulier et gratuit, fut l'auteur ou le complice, on s'est

obligé ; ou quand il sait que vous vous êtes obligé par erreur ; ou quand il veut user malhonnêtement contre vous de quelque avantage concédé par le droit civil, mais rescindé par le préteur. De même pour les droits réels.

D. Donnez des exemples de l'application.

R. L'exception est donnée à qui a contracté par suite de manœuvres dolosives, imputables à qui l'actionne, contre qui répète ce qu'il a payé en vertu d'une obligation naturelle, ou agit au mépris d'un pacte, au cas de compensation. Elle est superflue si, dans la stipulation ou la mancipation, s'est produite l'erreur *in corpore*, ou dans la tradition celle sur la cause. L'action alors *ipso jure* échoura, étant mal fondée.

D. Peut-on opposer le dol, après l'an ?

R. Oui : *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*, parce qu'il dépend du demandeur, non du défendeur, de déterminer l'époque où se forme le litige.

D. Comment dit-on que cette exception est *in personam scripta* et peut l'être *in factum* ?

R. Comme de l'action. Elle n'est opposable qu'à ceux à qui on peut imputer le dol ou sa responsabilité. Si le défendeur leur doit des égards, on se borne à déférer au juge les faits constitutifs du dol, en s'abstenant de les qualifier.

D. Qu'est-ce que l'exception *metus causa* ?

R. Celle qui nous soustrait aux effets d'une promesse ou d'une aliénation, occasionnée par l'effet de la crainte.

D. Etait-elle donc utile, outre celle *doli mali*, qui est perpétuelle ?

R. Une autre différence des actions *de dolo* et *quod metus causa* subsiste entre les exceptions ; la dernière est *in rem*, le nom du demandeur ne s'y trouvant pas : *si in ea re nihil metus causa factum est.* (C. C. art. 1111 et 1116.) Elle peut aussi être *in factum scripta*, au cas indiqué.

D. Parlez de l'exception *non numeratæ pecuniæ* ?

R. Exception civile, *in factum*, temporaire et péremptoire, suppléant celle de dol, qu'on oppose à celui qui demande le remboursement d'un *mutuum* non réalisé, en produisant la reconnaissance, la preuve de la stipulation, de l'expensilation ou du constitut.

D. Quelles particularités offrait cette exception?

R. 1o Le défendeur y était dispensé de la preuve non-seulement, d'abord, quand on lui opposait un *chirographum* rédigé *indiscrete*, ne mentionnant pas la cause de l'obligation, mais encore, par la suite, quels qu'en fussent les termes et quand il y avait même stipulation et expensilation ; grave atteinte portée à la *causa civilis* de ces contrats.

2o Justinien, ayant réduit de cinq à deux ans le délai où elle pouvait être proposé, à cause de la difficulté de prouver, permit de rendre cette exception perpétuelle, au moyen d'une protestation signifiée à l'adversaire, pour déjouer la spéculation consistant à différer sa demande.

D. Qu'est-ce que le pacte *de non petendo*?

R. Une exception *in factum*, formant sanction de la remise de dette, faite sans l'acceptilation verbale. Dans un contrat consensuel seulement, dans les actions *furti* et *injuriarum*, le pacte aurait effet *ipso jure*. On peut aussi, quand il y a lieu à cette exception, demander celle de dol, qui n'est pas infamante. Il ne faut pas la confondre avec celle *de non petendo ad tempus*, qui forme exception dilatoire.

D. Parlez de l'exception *jurisjurandi*?

R. J'ai indiqué déjà qu'elle est *in factum*, comment elle naît et que le serment extrajudiciaire peut aussi être sanctionné par action. Il le peut encore être par refus d'action, quand il est constant, comme dans les sénatus-consultes Velleien et Macédonien ; assimilation fort remarquable.

D. N'aurait-on pas ici l'exception *pacti* ?

R. Oui. Mais le serment, déféré en vertu d'un pacte, a des effets plus étendus. Si le pacte fait par-

fois refuser l'action, il ne la donne jamais. Entre co-débiteurs solidaires, le serment sur l'existence de la dette fonde une exception réelle, que tous peuvent invoquer ; tandis que le pacte *de non petendo* est présumé personnel.

D. Parlez des exceptions *litis dividuæ* et *rei residuæ*.

R. On voulait, à Rome, que le demandeur formât contre le défendeur toutes ses actions pour droits échus (exception *rei residuæ*), et s'il n'en avait qu'une, qu'il ne la scindât pas, (exception *litis dividuæ*). Ces exceptions sont temporaires et dilatoires. Les mêmes exigences existent chez nous, pour les demandes susceptibles de preuve testimoniale, et la sanction aussi sévère que celle de la pluspétition, est sûrement la non recevabilité au premier cas. (C. C. art. 1344, 1346.)

D. Ces exceptions sont-elles temporaires ?

R. Oui. Les actions négligées peuvent être formées après l'expiration de la préture.

D. Parlez de la *res in judicium deducta*.

R. Ce droit est éteint *ipso jure*, quand il y a novation nécessaire, à raison des caractères de l'instance ; dans le cas contraire, *exceptionis ope*. L'exception est celle *rei in judicium deductæ*.

D. Faites-en voir l'application.

D. 1° Si le préteur sort de charge avant le jugement de l'instance *imperio continens*, l'exception est opposée à qui reforme cette instance ainsi éteinte

2° De même, si le demandeur reforme l'action que le juge a rejetée, par suite d'une exception dilatoire ;

3° Jusqu'en 531, si l'on poursuit la caution ou l'un des débiteurs solidaires, quand même il n'y aurait pas eu jugement avant qu'on se retourne contre eux, les autres obligés sont libérés, soit *ipso jure*, soit par cette exception.

D. Parlez de l'exception *rei judicatæ*.

R. Quand on reforme contre vous un procès perdu, vous pouvez obtenir gain de cause, soit *in jure*, s'il y a eu novation, et, dans le cas contraire, *in judicio*, par cette exception. C'est une *præscriptio* : car, si elle est fondée, la demande n'est pas recevable.

D. Quelles conditions requiert-on ici ?

R. Ce qu'on appelle les trois identités. Le nouveau débat doit s'agiter pour le même objet, demandé pour la même cause, entre les mêmes parties. (C. C. art. 1351.)

D. L'identité de parties ne peut-elle exister entre des individus différents et manquer entre deux personnes physiquement les mêmes ?

R. Oui. Avec la partie au premier débat, se confondent son successeur universel, pour les droits personnels, et son successeur particulier pour les droits réels ;

2° La même partie forme une personne autre, si elle agit à un titre différent dans le second débat, par exemple un tuteur pour lui, puis pour son pupille.

Section 4me. — *Des répliques, duplíques, etc.*

D. Qu'est-ce que la réplique ?

R. Un moyen, de la nature de l'exception, donné pour la combattre et la replier, au demandeur. La réplique est à l'exception ce que celle-ci est à l'action même.

D. Pourquoi : de la nature de l'exception ?

R. La réplique fait tomber indirectement l'exception justifiée, et, pour la combattre directement, on n'a pas besoin de demander ou d'obtenir la réplique.

D. Expliquez cela par des exemples.

R. 1° Dépouillé, dans l'année, de la possession

d'une *res mancipi* mobilière, que vous m'aviez vendue et livrée sans mancipation, et qui se trouve chez vous, je vous intente la publicienne, et vous m'opposez l'exception *justi dominii*. Votre système de défense est rigoureusement fondé, mais inique. J'en triompherai par la réplique *rei venditæ et traditæ* ;

2o Ou bien, vous aviez déjà revendiqué infructueusement cette chose en mes mains avant de l'avoir ; j'aurai la réplique *rei judicatæ* ;

3° A une demande fondée, vous opposez un pacte *de non petendo*, je réplique qu'il a été convenu de faire revivre la dette.

D. Citez les principales répliques.

R. La réplique naît de toutes les causes d'exception; celui qui la propose doit aussi en faire, par la preuve, la justification.

D. Qu'est-ce que la duplique ?

R. Un moyen de la nature de l'exception, donné au défendeur, pour résoudre indirectement l'effet de la réplique. A la duplique, le demandeur opposera la triplique ; etc.

D. Montrez la loi Cincia sanctionnée par une exception, une réplique, une duplique.

R. 1o J'ai promis à une *persona non excepta* une libéralité *ultra modum*. Elle m'actionne *ex stipulatu* : j'oppose la loi Cincia, comme exception : ou bien elle revendique le bien que je lui ai mancipé, sans le livrer, même moyen contre l'action réelle ;

2° Vous ayant livré nuement une *res mancipi*, je la revendique ; vous excipez *rei donatæ et traditæ* ; je réplique par le moyen de nullité de la donation :

3° Dépossédé de cette chose avant de l'avoir usucapée, c'est vous qui me la revendiquez par la publicienne : j'excipe de mon *justum dominium* ; vous répliquez *rei donatæ et traditæ* ; je triompherai par la duplique de la loi Cincia.

D. Montrez comment on venait à bout de ces moyens quand celui de la loi Cincia devait tomber, à

raison de la persévérance du donateur jusqu'à sa mort.

R. C'était par le moyen de dol. Ainsi :

1° Je revendique contre votre héritier la chose dont vous, le donateur, ne vous êtes jamais remis en possession après me l'avoir livrée ou mancipée ; il m'objecte l'exception de la loi Cincia ; moi, je réplique *doli mali* ;

2° Une femme, morte depuis, a donné à un latin des *res mancipi* sans autorisation ; l'héritier revendique, le latin excipe *rei donatæ et traditæ*, l'héritier use de la réplique de la loi Cincia. Le défendeur triomphe par la duplique de dol.

TITRE XV

Des interdits.

Section 1re — *Généralités.*

D. Qu'est-ce qu'un interdit ?

R. Un ordre donné par le magistrat pour faire respecter par une personne déterminée le droit qu'il reconnaît à un autre : *inter duos edicere*. Le mot *interdicere* a pris son sens moderne de ce que cet ordre, le plus souvent, défendait quelque fait. Sous Gaïus, cette acception était née et on ne donnait le nom d'interdits, proprement, qu'à ceux prohibitoires.

D. Quelle origine ont les interdits ?

R. Certains rapports des citoyens étaient dénués de sanction, la possession par exemple, l'usage des choses *extra patrimonium* ; car, n'ayant rien de privatif, il n'avait pas été considéré comme un droit. Dès l'origine de la préture, le magistrat y suppléa, inspiré par l'équité ou l'amour du bon ordre.

D. L'interdit ne s'est-il pas dénaturé ?

R. 1o Il avait ainsi une nature purement décrétale. *Causa cognita*, le magistrat accordait un interdit, donnait un ordre nouveau :

2o Les circonstances sanctionnées en dehors de la loi pour assurer la paix publique, étaient naturellement d'un fréquent retour ; sans quoi on les eût négligées. Le prêteur fut donc amené à ériger en jurisprudence les interdits accordés. L'usage de l'édit général et annal ayant été adopté, les interdits y prirent place. Ils devinrent édictaux, réels. La possession, par exemple, fut opposable à tous, comme la propriété. Mais il fallut toujours solliciter la délivrance des interdits, pour que le magistrat vérifiât si l'intérêt du bon ordre était en jeu.

3o Enfin, accepté comme une sorte de loi, l'interdit, dans la procédure extraordinaire, disparaît, laissant l'action qu'il a engendrée. Par la méthode historique, on peut expliquer le concours en droit romain, dans le système formulaire, de certains interdits et d'actions presque semblables.

D. En quoi l'interdit est-il comme une loi ?

R. Ce rapprochement est plus exact que celui entre l'interdit et l'action, qu'on fait communément, de deux choses qui diffèrent, comme la cause et l'effet. L'interdit donne une sanction à des rapports ainsi assimilés à des droits. Cette sanction est l'action. Le préteur, qui la promet, la délivrera tout aussi bien qu'en vertu de la loi. Seulement, l'interdit motivait deux interventions du magistrat : l'ordre émanant de l'*imperium* et l'*actionis accomodatio*, de la *jurisdictio*.

D. Comment divise-t-on les interdits ?

R. 1° Ceux de droit public, humain ou divin, assurant le respect et l'usage des temples, des chemins et places, de la navigation, etc.; ceux *rei familiaris*, assurant le maintien des droits de puissance paternelle ou dominicale, de servitude, surtout de possession ;

2° Les interdits prohibitoires, exhibitoires, restitutoires, suivant la nature de l'ordre ;

3° Les interdits simples, ceux doubles.

D. Citez des interdits prohibitoires.

R. Quand le préteur défend d'empêcher l'accès des temples, fontaines, de troubler celui qui ensevelit où il en a le droit, de bâtir sur les chemins ou dans les fleuves.

D. Et des interdits restitutoires.

R. Quand il ordonne de mettre une chose comme elle doit être ; par exemple les biens aux mains du *bonorum possessor*, quand même il ne les aurait pas eus encore ; l'ordre de détruire certains travaux.

D. Et des interdits exhibitoires ?

R. Ceux *de liberis exhibendis*, *de liberis ducendis* ; celui *de libero homine exhibendo*, interdit populaire pour faire cesser la séquestration.

D. En quoi ces interdits servent-ils, à côté de l'action *ad exhibendum* ?

R. Elle ne se donne qu'au cas où on a, à l'exhibition, un intérêt pécuniaire, qui n'existe pas dans ceux-ci.

D. Quelle est la procédure des interdits ?

R. Si l'interdit édictal n'est pas violé, on ne revient plus devant le magistrat, comme la loi sommeille quand on la respecte. Sinon, une instance est organisée, différemment, selon qu'il s'agit d'interdits doubles ou simples. Je parlerai plus loin des interdits doubles.

D. Quel est le procédé pour ceux simples ?

R. On y plaide, en général, au choix du défen-

deur, *sine periculo*, par formule arbitraire, ou *cum periculo, per sponsionem.* Ce dernier mode était nécessairement suivi dans les interdits prohibitoires.

D. Indiquez la différence des formules.

R. 1° Quand le défendeur demande, dans la première comparution, que le juge apprécie la satisfaction qu'il devrait donner, il y a action arbitraire. S'il s'exécute, il n'encourt nulle perte pour avoir tardé. Cette procédure serait la plus avantageuse, n'était que, dans l'opinion des Proculiens, le défendeur, pour avoir sollicité l'arbitrage, a implicitement reconnu le bien fondé de la prétention du demandeur et ne peut plus arguer de sa *calumnia* ;

2° Quand il a négligé cette demande, les parties se provoquent réciproquement à une gageure pénale, à la seconde comparution : *Si, contra edictum, non exhibueris, spondesne...?* Après la *sponsio* et la *restipulatio*, le demandeur prend sa formule, c'est-à-dire la *condictio* ; il y joint la demande de l'intérêt qu'il avait à l'exécution de l'interdit. Le défendeur, reconventionnellement, demande la condiction pour sa *restipulatio* et, s'il le veut, le *judicium calumniæ.* Ici des condamnations sont toujours encourues. Si le juge, qu'on a incidemment saisi de la question de contravention, parce que l'interdit n'est pas une loi, la reconnaît, il condamne le défendeur à payer la gageure et, en outre, les dommages-intérêts. S'il n'admet pas la contravention, il porte la condamnation de la *restipulatio*, et celle de la *calumnia*, si elle a été demandée.

D. Cette formule *per sponsionem* est-elle la même que dans les actions réelles ?

R. 1° Non. Elles n'ont que la *sponsio* ;

2° La *sponsio* même y est purement préjudicielle, ne fondant pas de condamnation.

D. Quels sont les interdits possessoires ?

R. On les divise en quatre classes : *adipiscendæ possessionis causa comparata, — retinendæ posses-*

sionis, — recuperandæ possessionis, — adipiscendæ vel recuperandæ possessionis causa comparata.

Section 2me — *Interdits* adipiscendæ possessionis.

D. Combien y a-t-il de ces interdits ?

R. On en connaît six . *interdicta quorum bonorum, — possessorum, — sectorium, — salvianum, — quod legatorum, — quo itinere.*

D. Quest-ce que celui *quorum bonorum?*

R. Une sanction de l'hérédité prétorienne, par laquelle on se fait remettre l'exercice des droits réels sur les biens héréditaires possédés par les tiers *pro hærede* ou *pro possessore*, ou qu'ils ont cessé dolosivement de posséder, qu'ils ont usucapés depuis la demande ; ou même avant, certains auteurs n'admettant plus l'usucapion même de bonne foi des biens héréditaires, parce qu'il y a titre putatif.

D. Quel besoin de cet interdit, à coté de la *possessoria hæreditatis petitio ?*

R. M. de Savigny pense que l'interdit ne fut qu'un acheminement à l'action. Mais ils coexistèrent aussi. L'utilité distincte de l'interdit se voyait sûrement, puisque, d'après Gaïus, les héritiers civils avaient intérêt, à devenir *bonorum possessores.*

D. Montrez donc cet intérêt ?

R. 1o Il y avait célérité, l'interdit pouvant même se vider par récupérateurs :

2o L'appel finit par y être rejeté ;

3° D'autre part, l'interdit n'était que possessoire;

4° Peut-être aussi le préteur n'osait-il donner son action fictice contre l'héritier civil : à l'enfant émancipé contre l'agnat, au cognat contre le gentil ;

5o En tout cas, quand cet héritier devait être préféré et la possession *sine re*, l'action eût été inutile et l'interdit, rendant le *bonorum possessor* défendeur, pouvait au moins lui procurer une transaction.

Ainsi, l'interdit soulève la question de savoir qui est *bonorum possessor*, *cum re* ou *sine re* ; l'action celle de la préférence à accorder, en définitive, dans les principes prétoriens.

D. Que sont les interdits *possessorium*, *sectorium?*

R. Ils compétaient aux adjudicataires prétoriens pour se faire mettre en possession des biens, l'un dans la *bonorum venditio*, l'autre dans la *bonorum sectio*.

D. A qui compéte l'interdit Salvien ?

R. Au bailleur de fonds rural, pour avoir les choses affectées au fermage, comme l'action Servienne.

D. Quelle utilité offre-t-il donc ?

R. Comme pour celui *quorum bonorum*, M. de Savigny admet que cet interdit ne fut qu'un acheminement à l'action prétorienne correspondante. Je crois qu'il y avait différence. L'interdit est plus rapide ; il tend à la prise de possession, sans faire examiner le droit de vendre, le rang, l'existence peut-être de l'hypothèque. On admet aussi généralement que le concours sur un même bien pouvait être réglé différemment dans l'action et l'interdit Pour réussir dans l'action, le bailleur devrait prouver que les meubles apportés dans le fonds sont au fermier ou tout au moins ont été engagés du consentement de leur propriétaire.

D. Y a-t-il un interdit quasi-Salvien, doublant l'action quasi-Servienne ?

R. Je ne pense pas qu'il ait existé.

D. Qu'est-ce que les interdits *quod legatorum et quo itinere ?*

R L'un compéte à l'héritier contre les légataires qui, avant lui, se sont mis eu possession de certains biens héréditaires. La *petitio hæreditatis* ne peut être

donnée contre ces possesseurs *pro legato*. L'autre appartient à un nouvel acquéreur de fonds, l'acheteur spécialement, pour obtenir la quasi-possession du passage dont usait son vendeur.

SECTION 3me — *Interdits* retinendæ possessionis.

D. Quand a-t-on ces interdits ?

R. 1° Quand le demandeur a été troublé dans sa possession, avec dommage ;

2° Quand le trouble est imminent ;

3° Quand les faits de possession sont équivoques et qu'il y a lieu, au seuil d'une instance au pétitoire, de décider qui est possesseur : dans cette troisième application, c'est souvent fictivement que l'une des parties *retient* la possession déjà perdue ; en fait, elle la recouvre.

D. Quels sont ces interdits ?

R. *Uti possidetis* et *utrubi* et ceux en matière de servitudes réelles.

D. Quelles conditions exigent ces interdits ?

R. Leurs conditions communes sont :

1° La possession juridique, *ad interdicta* ;

2° Troublée par des voies de fait ;

3° Et non tenue de l'adversaire à précaire, ni à lui enlevée violemment ou clandestinement, *nec vi, nec clam, nec precario, ad adversario* ;

4° Que l'interdit soit formé dans l'année utile ; pour celui *uti possidetis* c'est une condition expresse, et pour l'autre elle est en réalité nécessaire, comme on va le voir.

D. En quoi diffèrent les deux interdits ?

R. 1° Celui *uti possidetis* s'applique aux fonds et maisons, l'autre aux meubles ;

2o Dans le premier, il faut avoir, présentement, la possession avec les caractères indiqués ; dans le second, il suffit de l'avoir eue ainsi plus de temps que son rival dans les douze mois finissant au débat : on la réputait alors non interrompue.

D. L'interdit *utrubi* ne pouvait-il servir de sanction à la loi Cincia ?

R. Oui, tandis qu'il n'y avait pas d'action en ce sens. Le donateur, voulant ressaisir sa chose, la demande au préteur et réussit si le donataire ne l'a pas encore possédée aussi longtemps que lui dans l'année : et ce donataire, dépourvu d'actions, reste dépouillé.

D. L'acheteur ou donataire, troublé par des tiers peu après son contrat, pouvait rarement réussir!

R. Il pourra joindre à sa propre possession celle de ses auteurs, pour remplir la *major pars anni.*

D. Justinien a-t-il remanié cela ?

R. Il a subordonné la concession des deux interdits ou des actions possessoires qui les remplacent à la possession présente. L'*accessio possessionis* perd donc ici son application.

D. Quels interdits protégeaient l'exercice des servitudes ?

R. 1o Pour celles négatives, on donnait, à titre utile, l'interdit *uti possidetis* :

2o Pour celles positives, il en avait de spéciaux pour chaque droit de cette nature, deux même en matière d'aqueduc, d'usage des sources.

D. Quelles conditions exigent-ils ?

R. La quasi-possession, manifestée par des faits déterminés, exempte de vices et dans la plus longue partie de l'année précédente. On a la quasi-possession du passage si on l'a exercé trente fois dans l'année ; celle de l'aqueduc de l'*aqua quotidiana*, en la prenant durant un jour; la possession de l'*aqua æstiva* se mesure dans l'été précédent, non dans l'année entière.

D. Quel est le caractère de ces interdits?

R. Tous ceux *retinendæ possessionis causa* sont doubles; chaque partie y est demanderesse et l'ordre du préteur est intimé à toutes deux.

D. Quelle est ici la procédure?

R. On la connaît mal. On sait cependant que le préteur en présence des parties prétendant toutes deux avoir la possession actuelle ou de la *major pars anni*, procédait à une *fructuum licitatio* mettant la possession aux enchères et l'adjugeant à celui des contendants qui en offrait le plus. Les parties se faisaient ensuite réciproquement la *sponsio* et la *restipulatio* et se promettaient la restitution de la chose de la part de celle qui retenue possesseur succomberait dans le jugement de l'interdit. On trouve donc ici jusqu'à sept stipulations prétoriennes.

SECTION 4me — *Interdits* recuperandæ et tam adispiscendæ quam recuperandæ possessionis causa.

D. Quels interdits comprend la 3e classe?

R. L'interdit *unde vi*, ceux *de precario* et *de clandestina possessione*.

D. Quest-ce que l'interdit *unde vi?*

R. La sanction de la possession civile interrompue par la violence. Cet interdit fait remettre le possesseur en état, avec allocation de dommages-intérêts.

D. Quelles en sont les conditions?

R. 1° Possession juridique *ad interdicta?*

2° Exercée sur un bien immobilier;

3° Interrompue effectivement par l'emploi ou la crainte de la violence;

4° Provenant du défendeur ou de ses gens;

5° L'interdit formé dans l'an de la violence;

D. N'y avait-il pas d'exception sur ce point?

R. 1° En cas de *vis armata*, avec glaives, bâtons, etc... cas auquel le demandeur obtenait aussi l'interdit, quand même sa possession aurait débuté, *vi*, *clam* ou *precario ab adversario*, parceque, sauf le cas de défense, on ne devait pas se faire justice. Sous Justinien, cette dérogation existe même pour la *vis quotidiana*, sans armes.

2° Quand les gens du demandeur et non lui-même, qui avait pu ne l'apprendre que plus tard, avaient été violentés;

3° Quand il y avait eu profit pour le défendeur.

D. En quoi cet interdit diffère-t-il de celui *uti possidetis?*

R. 1° Ce dernier s'applique à l'immeuble seul; l'autre même aux meubles qui y sont contenus;

2° Le premier est donné entre deux personnes qui prétendent posséder: l'interdit *unde vi*, contre l'auteur ou fauteur de la violence;

3° La procédure est différente;

4° L'interdit *uti possidetis*, étant rétentif, doit permettre de poursuivre l'usucapion.

D. Comment protégeait-on la possession des meubles?

R. 1° L'interdit *utrubi*, où triomphait le possesseur de la *major pars anni*, qui sans doute pouvait ainsi achever son usucapion, faisait recouvrer la possession des meubles. On pouvait ici le former sans doute après l'an, surtout contre l'auteur de la violence, sa possession n'étant pas *nec vi ab adversario*:

2° L'interdit perdit ce rôle, quand on y exigea la possession présente; mais la violence avait alors reçu la sanction du droit impérial.

D. N'y en avait-il pas d'autres encore?

R. Oui, les actions *furti*, *vi raptorum bonorum*, *ad exhibendum* et l'accusation publique de la loi Julia, *de vi publica*.

D. Qu'est l'interdit *de clandestina possessione?*

R. Avant qu'on admît le principe que la possession des immeubles se retient *animo tantum*, elle se perdait en cas d'occupation clandestine, à laquelle remédiait cet interdit. L'interdit disparut ensuite.

D. Quel est l'usage de celui *de precario* ?

R. La sanction spéciale du contrat de précaire. Le précariste, possesseur juridique, peut invoquer les interdits, pour retenir et recouvrer la possession. Mais celui-ci est donné contre lui. Plus tard, on lui accorda aussi l'action *præscriptis verbis*.

D. Comment expliquer cette tardiveté ?

R. On suppose que le précaire fut inventé pour des terres publiques, ainsi abandonnées par les patriciens à leurs clients. Cela expliquerait qu'il n'y eût point d'action, mais un simple interdit, inapplicable aux meubles, refusé même contre l'héritier ; toutes restrictions qui disparurent plus tard.

D. Parlez des interdits de la 4e classe ?

R. Ces interdits, qu'on connaît par le fragment découvert à Vienne, en 1836, sont la sanction de l'obligation où était le défendeur à une action réelle, demeurant possesseur, de donner la caution *judicatum solvi* ou *litis et vindiciarum*. S'il ne la donnait pas, la possession, au moyen de ces interdits, repassait à l'adversaire, sans distinguer si, ou non, il l'avait eue déjà ; les rôles des parties se trouvaient intervertis.

D. Quels sont ces interdits ?

R. On connaît ceux *quem fundum*, dans la revendication, — *quam hæreditatem*, dans la pétition d'hérédité, — *quem usumfructum*, dans l'action confessoire d'usufruit. Il devait y en avoir de pareils dans celle d'autres servitudes.

TITRE XVI

Répression des plaideurs téméraires.

Section 1re. — *Ancien droit.*

D. Quel est l'objet de ce titre ?

R. On y étudie les divers moyens qu'avait admis le droit romain pour diminuer les procès, en s'assurant de la bonne foi des plaideurs et punissant ceux mêmes téméraires, c'est-à-dire succombant

D. A quelle époque étudiez-vous l'ancien droit?

R. Au temps de Gaïus. Il y avait alors quatre moyens de s'assurer que le demandeur forme un bon procès ou tout au moins le fait de bonne foi : le *judicium calumniæ*, le *jusjurandum calumniæ*, le *judicium contrarium*, la *restipulatio*.

D. Quelle distinction peut-on faire entre eux?

R. *Calumnia*, c'est l'esprit de chicane. Les deux premiers moyens sont donc dirigés contre le plaideur de mauvaise foi, les deux autres sont donnés par cela seul que le demandeur succombe. L'un de ces moyens est purement préventif ; c'est le serment. Tous les autres constituent des répressions.

D. Qu'est le *judicium calumniæ?*

R. Une demande reconventionnelle d'un taux déterminé que le défendeur fondait sur cette stipulation : « promets-tu de donner..... s'il est reconnu que tu as agi par *calumnia ?* » Le taux proportionnel était le quart de l'intérêt du procès sur les interdits, le dixième dans toute autre instance.

D. Qu'est-ce que le *jusjurandum calumniæ* ?

R. Le simple serment exigé et dont le refus rendrait le demandeur non recevable.

D. Qu'est-ce que le *contrarium judicium* ?

R. Une demande, aussi reconventionnelle.

D. En quoi diffère-t-elle de celle *calumniæ* ?

R. 1° Celle-ci n'a lieu que dans des cas déterminés et rares : l'action d'injures, celle de l'envoyé en possession qu'on avait empêché d'y entrer, etc.

2° Le taux était déterminé aussi, proportionnellement, mais du 10e ou du 5e de l'intérêt ;

3° Le rejet de la demande amenait la condamnation, sans rechercher la bonne ou mauvaise foi.

D. Qu'est-ce que la *restipulatio* ?

R. Je l'ai expliqué. Elle avait lieu aussi en certains cas seulement, par exemple dans les interdits et répondait à la *sponsio* pénale du demandeur. On suppose que son taux illimité permettait aux parties de doubler ou tripler l'intérêt des procès, puisque la somme réciproquement promise était nécessairement allouée à l'une des parties, par cela seul que l'autre succombait.

D. Peut-on choisir entre ces moyens ?

R. Oui, sauf que ceux sur la *calumnia* sont seuls généraux.

D. N'y avait-il pas d'autres sanctions, notamment dans les voies de recours ?

R. 1° On peut mentionner l'effet, en certaines actions, de la *plurispetitio*, résultat de la formule ;

2° La *manus injectio* contre le condamné, qui contestait, au lieu de payer ;

3° La sanction de la *revocatio in duplum* ;

4° Dans l'appel, il pouvait y avoir une condamnation jusqu'au tiers de la valeur, contre l'appelant.

D. Parlez du défendeur.

R. Les moyens préventifs, contre la résistance de mauvaise foi ou téméraire, sont la *sponsio*, le doublement *adversus inficiantem*, la condamnation au triple ou au quadruple, le serment, l'infamie.

D. Expliquez ces divers moyens.

R. Je l'ai fait pour la *sponsio*, les actions au double, le serment. Quant aux condamnations au triple et au quadruple, qu'on encourait dans diverses actions *furti*, on pouvait les éviter en transigeant. C'était donc là des moyens préventifs aussi.

D. La *sponsio* était-elle générale?

R. Oui, au gré du demandeur, parfois même obligatoire. Mais le préteur remettait aux femmes et aux pupilles cette rigueur de l'instance *cum periculo*.

D. Le serment était-il général?

R. 1° Sauf dans le cas où il y avait sanction autre, par la *sponsio* ou une action originairement au double, au triple;

2° Dans les actions pénales, où le défendeur était sollicité au parjure, par la crainte d'avouer son délit indirectement et d'encourir l'infamie.

D. Dans quelles actions en est-on noté?

R. D'après l'édit prétorien, dans les actions des quatre délits nommés, sauf celle *legis Aquiliæ*, le *dammum* ne supposant pas le dol: en outre, en celles *de dolo*, dans les actions directes de tutelle, de dépôt, de mandat, dans celle même contraire de mandat en un certain cas, et celle *pro socio*.

D. Expliquez ces diverses restrictions.

R. Il y a indélicatesse à résister à ces diverses actions directes, non à celles contraires, où il s'agit d'intérêts purement pécuniaires, sauf quand l'action *mandati* assure le recours du fidéjusseur. Celle *depensi*, perdue, était sans doute infamante.

D. L'infamie est-elle toujours un moyen préventif contre le défendeur?

R. Non, elle est encourue dans certains cas extrajudiciaires, et par la partie même qui évite l'action du délit nommé, en transigeant ou obtenant remise.

Section 2me — *Droit de Justinien.*

D. Ces moyens ont-ils été maintenus ?

R. Ils sont presque tous tombés en désuétude. Il en subsiste pourtant et il y en a de nouveaux.

D. Quels moyens contre le demandeur ?

R. 1° L'action au triple pour la demande exagérée ;

2° Le serment de la partie et de l'avocat.

D. Et contre le défendeur ?

R. 1° Les actions au double et au quadruple, comme précédemment, (il n'y en a point au triple, malgré le texte § 1), l'infamie ;

2o. Le serment *de calumnia*, prêté aussi par l'avocat.

D. Les princes chrétiens n'ont-ils pas exagéré la peine de l'appel téméraire ?

R. Ils en ont fait un crime. L'appelant est puni de la relégation, de la confiscation de moitié. S'il est pauvre, on le condamne aux mines.

TITRE XVII

Des devoirs du juge.

D. Quel sujet traite ce titre ?

R. Des devoirs du juge en général ; mais, au point de vue de la procédure, si elle était mieux connue, il y aurait lieu d'étudier spécialement ses devoirs sous le régime formulaire et celui extraordimaire, vu la qualité fort différente des juges aux deux époques.

D. Quel était le devoir spécial du juge commis par le magistrat, au temps des formules ?

R. 1° Indépendamment des lois proprement dites et des autres sources du droit civil, il était tenu d'observer, dans la mesure des instructions de la formule, les règles du droit prétorien;

2° Il ne pouvait condamner *ultra petita*, ni *ultra taxationem*, ni en cas de pluspétition, ni de quelque autre façon en dehors de son mandat, et devait nécessairement absoudre quand les conditions de la condamnation n'étaient pas remplies ;

3° Il devait nécessairement juger, à moins de déclarer, sous serment, *sibi non liquere*, cas auquel les autres jugeaient, ou l'*unus judex* était remplacé ;

4° Il était tenu, dans une certaine mesure, de suivre le conseil de son assesseur.

D. Quelle est la sanction de ces devoirs ?

R. 1° La sentence contraire aux principes est nulle ;

2° Le juge peut être pris à partie, s'il se rencontre les conditions du quasi-délit étudié plus haut.

3° La violation intentionnelle des lois constitue un délit public, emportant la déportation ;

4° Si elle lui a été payée, le juge encourt la peine de la loi *Julia repetundarum*.

D. Sur quels points particuliers le texte rappelle-t-il les devoirs du juge ?

R. Sur les actions noxales, les restitutions d'un corps certain ou d'une hérédité, l'adjudication.

D. Parlez des actions noxales.

R. Il importe de distinguer si la faculté d'abandon vient du droit civil ou prétorien. Au premier cas, le juge devrait en assurer, sous sa responsabilité, l'exercice au défendeur condamné, quand même la formule ne le mentionnerait pas.

D. Parlez des restitutions de la chose.

R. J'ai dit que le juge n'y arrivait qu'indirectement dans le système formulaire, par l'*arbitrium*, le *jussus* et la condamnation toujours déterminée et pécuniaire. Sous Justinien, la condamnation dans l'action réelle a pour objet la chose même. D'autre part, elle peut n'être pas déterminée, si les circonstances le comportent.

D. Le défendeur étant hors d'état d'exécuter présentement le *jussus*, que doit faire le juge ?

R. Condamner s'il y a dol, et dans le cas contraire accorder un délai, en faisant donner caution au demandeur. Si l'on admet, ce qui est contesté, que ce soit précisément la caution *judicatum solvi*, cette stipulation, *judicatis* en ce cas, est de celles communes, puisqu'elle se donne ordinairement *in jure*.

D. Et s'il y a usucapion accomplie ?

R. Le juge, dans la revendication, ne condamnera qu'autant qu'elle l'aurait été *intra moras litis*. De même de l'usucapion lucrative, dans la *petitio hereditatis*. Quand elle fut abolie, vraisemblablement par le sénatus-consulte Juventien, les auteurs débattirent le point de savoir s'il y avait lieu d'appliquer en cette matière, l'usucapion de droit commun (v. p. 449). La majorité l'admettait.

D. Parlez des restitutions de fruits ?

R. Distinguons le principe et la condamnation.

D. Rappelez ces principes.

R. Le possesseur de mauvaise foi doit rendre, comme chez nous, tous les fruits, depuis l'origine de sa possession de mauvaise foi, même ceux qu'il a négligé de percevoir. Le possesseur demeuré de bonne foi, conserve, non pas tous les fruits perçus, comme chez nous, mais ceux perçus et consommés. On appliquait cette règle jadis à l'hérédité ; mais le sénatus-consulte Juventien, rendu sous Adrien, l'an 129, décida que le possesseur de bonne foi *pro herede* devrait compte des fruits, au moins dans la mesure du profit qu'il en a tiré.

D. Et au point de vue de la condamnation ?

R. 1° La demande de la chose, ou de l'universalité, ne comporte pas la condamnation à ses fruits ; il en faut une spéciale, que le juge ne peut suppléer, et qui seule, en cas d'exécution du *jussus*, entraînera condamnation ;

2° Il en est autrement pour l'hérédité depuis l'admission de la règle *fructus augent*... et dans les actions de bonne foi, où toutes les mesures propres à empêcher qu'une des parties souffre dommage contre l'équité, rentrent dans le devoir du juge.

D. Quel est l'effet de l'adjudication ?

R. Elle opérait *ipso jure* ou *exceptionis ope* : outre la portée des textes (Frag. vatic. § 47, 61. Inst. *hic* § 7), il est évident que l'adjudication ne pouvait transférer le domaine quiritaire ni à un pérégrin, ni à un citoyen sur les fonds provinciaux. Je pense qu'elle opérait *ipso jure* dans les *judicia legitima* où le juge n'avait sans doute pas besoin d'ordre pour la faire et qu'il le lui fallait dans les autres instances.

D. En quel cas y a-t-il lieu à l'adjudication dans l'action *finium regundorum* ?

R. On appelait *fines* une largeur courante de cinq pieds, qui, d'après les Douze-Tables, devait

rester vacante entre les héritages, pour leur desserte On comprend que l'établissement, l'entretien, la restitution de cette invétison, devaient donner lieu plus aisément au transport de la propriété qu'une limite commune.

D. Que pouvait encore comporter l'*officium* en cette action ?

R. Les restitutions de fruits, le compte de ceux des arbres plantés auprès du chemin commun, l'indemnité des travaux dont il avait été l'objet, une peine pour l'enlèvement ou déplacement des bornes, sans préjudice du délit public *de termino moto*.

D. Sous Justinien, l'adjudication ne s'applique-t-elle pas hors des actions divisoires ?

R. Oui ; les applications en sont confondues avec celles de l'*adjictio*, et le mot prend le sens qu'il a chez nous.

D. Quelle acquisition de propriété produit l'adjudication entre copropriétaires ?

R. Elle se conçoit moins bien que dans l'action *finium regundorum* ; mais c'est la pleine propriété d'une part ou d'un objet déterminé, au lieu de la propriété indivise du tout. Chaque copartageant, pour acheter la part de ses copartageants sur son lot, leur aliène sa propriété sur le leur. Le partage est attributif ; les copartageants sont les ayants-cause les uns des autres ; les droits réels établis par un copropriétaire d'un tiers continuent de grever le tiers des lots adjugés aux autres C'est donc contrairement aux principes et par fiction, pour éviter les recours, que notre code a rendu le partage déclaratif (art. 883).

TITRE XVIII

Des dèlits publics.

Section 1re. — *Procédure criminelle.*

D. Qu'est-ce qu'un crime ?

R. Un fait illicite portant le désordre dans la société.

D. A qui appartiennent le droit de dénoncer les crimes et le pouvoir de les réprimer?

R. Il faut distinguer plusieurs époques : celles des rois, du commencement, de la fin de la République, celle de l'Empire :

1° Les rois eurent d'abord la juridiction criminelle ; mais ils ne prononçaient qu'avec le recours d'appel auprès du peuple :

2° Les consuls succédèrent à ce pouvoir avec la même intervention en première instance. On établit, pour rechercher les crimes au moins les plus graves, les *quæstores parricidii*, auxquels succédèrent les tribuns ;

3° La difficulté de réunir le peuple fit établir des commissions chargées d'exercer sa juridiction criminelle, par chaque magistrat. Ces commissions, d'abord spéciales à l'affaire, comme en matière civile, devinrent permanentes, annuelles. Ce sont les *quæstiones perpetuæ* des lois spéciales, caractérisant chaque crime, réglaient la procédure de son jugement, la peine, le nombre des juges-jurés de la *quæstio*, parfois supérieur à cent. Les hauts magistrats, le préfet de la ville et le

préteur, conjointement avec les consuls, statuaient sur les faits illicites d'une nature criminelle, non ainsi caractérisés. Leur immixtion se nomme *cognitio extraordinaria*, par opposé aux instances devant les *quæstiones*, les *judicia publica*.

4o Sous l'Empire, la dérogation se multiplia, comme en matière civile et les *judicia extraordinaria* demeurèrent presque seuls en usage.

D. Quelle était la procédure au début?

R. Les *quæstores parricidii* pouvaient convoquer les comices par centuries, dont la compétence est écrite aux Douze Tables, pour les affaires capitales; les tribuns le pouvaient aussi, autorisés par le préteur. L'accusateur citait l'accusé qui était emprisonné s'il ne garantissait sa comparution. Les témoins étaient interrogés par les parties elles-mêmes. On procédait à trois reprises, à trois *nundinæ*, à l'examen des faits avant de rendre le verdict.

D. Et à la fin de la République?

R. Il n'existe plus rien de semblable au ministère public. Celui qui veut accuser doit, d'après la loi *Julia judiciaria*, produire un *libellus inscriptionis* et donner caution de poursuivre. Chaque partie était entendue devant les juges saisis. Il y avait deux instances en certaines affaires. Le tribunal centumviral avait aussi une juridiction pénale, qui s'effaça. Dans la *cognitio extraordinaria*, le préteur n'était que le président d'une cour criminelle, *consilium*. De même des magistrats dans les provinces. L'accusateur triomphant recevait une prime. En cas d'absolution, action était donnée contre lui avec des peines, s'il avait tergiversé, (sénatus-consulte Turpillien), surtout s'il était de mauvaise foi.

D. Toute personne peut-elle accuser?

R. Sauf, en général, les femmes, les pupilles, les infâmes et les pauvres.

D. Qu'appelle-t-on causes capitales?

R. Celles qui peuvent amener, comme peines

principales ou accessoires, la mort naturelle ou civile ou l'infamie. Le *judicium publicum* avait toujours ce dernier effet. L'intervention des comices dans les causes criminelles capitales tient au principe que le droit de cité était d'intérêt public. Je remarque l'identité de la formalité de l'affiche des lois aux *nundinæ*, et de la triple instance criminelle les jours de marché, à trois desquels aussi on produisait le *judicatus* destiné à perdre la cité.

Section 2e. — *Principaux délits publics.*

D. Indiquez, avec les lois qui les répriment, les principaux délits publics ?

R. Ces lois sont celles Cornelia, *de sicariis*, — Cornelia, *de falsis*, — Pompeia, *de parricidiis*, — Fabia, *de plagiariis*, — Calpurnia et Servilia, *repetundarum*, et les diverses lois Julia de César ou d'Auguste, statuant *de adulteriis*, *de vi publica et privata*, *de ambitu*, *de annona*, *peculatus*, *repetundarum*, *majestatis*.

D. Certains crimes ont donc donné lieu à plusieurs lois ?

R. Oui, successivement. Par exemple, la concussion, (*repetundarum*) aux lois Calpurnia, Servilia, Julia : le fait d'acheter les suffrages pour l'élection des magistrats, (*ambitus*,) aux lois Maria et Julia ; la violence, aux lois Luctatia, et Julia; le fait de séquestration, (*plagium*,) aux lois Fabia et Flavia.

D. Que prévoit la loi Pompeia ?

R. Le parricide ou meurtre des proches parents. Par tradition, celui du fils par son frère en était retranché. (L. 1 D *ad legem Pomp.* Le coupable était

cousu dans un sac, avec des animaux pour compagnons allégoriques, et noyé; supplice perpétué depuis les Douze Tables.

D. Et la loi Julia *de adulteriis?*

R. Les crimes contraires aux mœurs. C'est la même loi qui créa l'inaliénabilité du fonds dotal. L'adultère ne fut puni de mort que par Constantin.

D. Parlez des deux lois Cornelia.

R. Elles sont dues, toutes deux, à la dictature de Cornelius Sylla. L'une, s'applique aux faits de meurtre et d'empoisonnement, même sur le *servus proprius* ou *alienus* et trois faits déterminés d'injure. L'autre, dite *testamentaria*, *nummaria*, réprime la fausse monnaie, les faux en testament, etc.

D Et celle Julia *majestatis!*

R. Elle prévoyait les crimes de lèse-majesté, et d'attentat à la sûreté de l'Etat, (*perduellio*) jadis réprimés par une loi Apuleia. C'etait le crime le plus rigoureusement poursuivi, le seul dont l'action ne fût interrompue par la mort de l'accusé. L'accusation pouvait être fondée sur le simple projet du crime; on l'accueillait même contre le mort qui était rétroactivement frappé de *capitis deminutio* et de confiscation. On accordait à ses filles le droit de recevoir leur légitime dans les hérédités de leurs parents; mais les mâles étaient frappés d'une incapacité absolue de recevoir. C'était le contre-pied de la loi Voconia, de la tutelle des agnats et des ascendants sur les femmes, pour assurer la ruine des familles hostiles à l'Empire

FIN.

TABLE-DICTIONNAIRE

—

NOTA. Le chiffre romain marque le 2e vol. Le 1er est indiqué sans ce chiffre. Chercher en latin les matières qui manquent au mot français et à l'épithète ce qui ne se trouve pas au substantif.

—

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS : Ac. action,—ob. obligation, — sc. sénatus-consulte, — l. loi,— ed. *edictum*, édit,—int. interdit,—poss. *bonorum possessio*,—succ. succession, — r. choses, — cau. caution, — cond. condition ou condiction, — tut. cur. tuteur ou tutelle, curateur ou curatelle, — enf. enfants, — bén. bénéfice, — ser. servitude, — test. testament, — form. formule, — exc. exception, — aff. affr. affranchi, affranchissement, — ct. contrat, — s. et pages suivantes.

A

Abandon noxal 62, 70, 116. II, 349, 467. s.
Abjectes (personnes) 80.
Abstention, bén. 419 s. II, 9.
Abusus 220, 262.
Acceptation 421.
Acceptilation 9, 166. II, 243 s. 366 s.
Accession 227 s.
Accomplissement des cond. 472 s.
Accroissement 433 s. 438 s. 485 s. 526. II 23, 53.
Actes légitimes 18, 166.
Action 9. II, 125, 407 s. — populaire I, 204, 209, — adjectice II, 459 s.
Actions de la loi 17 s. II, 413 s. 431 s.
Actor 171.
Actus 249.

Addictio 24, 241. II 418. — *libertatis causa* I, 242 II, 408 s.
Ad exhibendum ac. 230. II, 453, 497.
Adhuc sanguinolentos, enf, 69.
Adition 115, 431. II, 22.
Adjecta pacta II, 326 s.
Adjectices ac. II, 4, 459 s.
Adjectus solutionis gr. II, 191, 315.
Adjonction 230.
Adjudication 242, 253, 265, 320, II, 424.
Administration tut. et cur. 161, 189.
Adoption 96 s. 103, 351, 357, II, 10, 15 s.
Adpromissio, adpromissor II, 226 s.
Adrogation 98, 170, 389, II, 103 s.
Adsertor libertatis, 36, 41. II, 436.
Adstipulator II, 178, 359 s. 390.
Adultère, 83, 363.
Adultérins enf. 87. II, 41, 48.
Ælbutia l. II, 425.
Æ ia sentia l. 43, 47 s.
Ærarium 200.
Æstimatoria, ac. (vente), II, 266, 479 (d'injure), 396 (*d'æstimatum*) 323.
Æstimatum II, 322 s.
Affranchi 32, 201, 209, II, 64.
Affranchissement 35, 307. — frauduleux 51, — fidéicommissaire, 528.
Agnation 58, 142, 398. II, 60 s. 98.
Agnats, tut. 142, — succ. II, 17 s. 52.
Agri limitati, 230.
Album, 15; II, 442.
Alieni juris 59.
Aliments 82 s. II, 104.
Alliance 79.
Alluvion 229 s.
Alternatives ob. 187 s.
Altius tollendi ser. 251.
Amitini II, 63.

Animi judicium 168.
Antichrèse II, 159.
Antipherne 83, 304, 414. II, 13.
Appel, II, 411, 425
Apud acta, test. 344. — mandat II, 473 s.
Apuleia l. II, 230 s.
Aqua æstiva, quotidiana, II, 502.
Aquæ ductus, haustus, ser. 249.
Aquilia, l. 263, II, 388, s. 445.
Aquilienne, form. II, 359, 368.
Aquiliens posthumes, 355.
Arbitre, II, 412.
Arbitraires ac. II, 452, s.
Argentarius, II, 326, 457.
Arrhes, II, 255.
As hæreditarius, 374.
Ascendantes tut, 158, — succ. II, 38, 103.
Ascendants tut, 153, — test, 343, — succ. II, 33 s. 100.
Assignation, d'enf. 109. — d'aff. II, 76, 79 s.
Atilia l. 59.
Auctoratus, II, 375,
Auditorium, II, 411.
Autorisation, tut. 167 s. 170.
Ayant-cause, droit, 220.

B

Bacilli fissiles, 203.
Bilatéraux, II. 134.
Bonne foi, 280, fruits, 235, II, 135, ac. 447 s.
Bonorum possessio, 16, 242, II, 82. — *sectio*, I, 241, II, 118. — *Venditio*, I, 16, 53, 416, II, 59, 106, 118, s.
Bonorum vi raptorum, ac. II, 385, 545.

Caduca. 432.
Caducaires, l. 243, 364, 436 s. 485
Calpurnia l. II, 516.
Calumnia, 524, II, 373.
Calvisienne ac. 52.
Cancellation, 396.
Canuleia l. 80.
Capacité d'aliéner. 308 s. — test. 346.
Capitis deminutio, 20, 106, 118, 145 s. II, 103, 116.
Carbonien ed. 169, II, 85.
Cas fortuit, II, 136,
Catonienne (règle), 477 s,
Cause 48. II, 130.
Causa civilis, II, 130. — *data non secuta* ac. 451. — *lucrativa*, 456. I, 370 s. — *falsa*, 475.
Causæ probatio 45 s. 91, 400, II, 73.
Caution 192, II, 249, d'usuf. 263, 270. — mucienne 372, 473. — judiciaires, II, 475 s.
Cens 38, 129.
Centumvirs II, 413.
Cession d'actions 454, II. 221, 240, 354,—de biens. II, 457 — de créance I, 462. II, 348, — d'hérédité I. 174. — de tut I, 518. II, 371.
Chirographum 294, II, 243 s.
Choix 456. II, 371.
Cincia l. 295 s. II, 494.
Cité, citoyen, 25 s.
Civilia negotia, 175.
Civilis incerta ac. II, 450,
Claudia l, 176.
Claudien sc. 22 s. 30, II, 115.
Clause d'association, 34, II, 67. — codicillaire, I, 534. — de fiducie 122, 316, — pénale II, 189. — de retour 300.
Codes 4. s.

Codex accepti et expensi II, 244.
Codicille 530 s.
Cœlebs 437, 486.
Coemptio 112.
Cognation 58, 144, II, 60 s. — servile 53, 64.
Cognitio extraordinaria 512, 530, II, 425.
Cognitor II, 206. 311, 472 s. 476.
Collatéraux II, 26 s. 52, 62, 100 s.
Collatio bonorum 359, II, 12 s.
Colleyia 204, 215.
Coloni, 63.
Comices 11, 98, 332.
Commercium 25 s. II, 173
Commixtion 232.
Commodat II, 147.
Commodati ac. II, 150 s.
Communauté II, 295, 340 s.
Communes r. 214.
Communi div. ac. 234, II, 341.
Compensation II, 152, 155, 216 s. 457
Comperendinatio II, 414.
Compétence bén. II, 122, 456.
Compromis II, 326, 412.
Concubinat 72, 76, 83 s.
Condemnatio II, 358, 424.
Condictio 314 II, 146, 243 s. 370, 417, 451, 460.
furtiva 222, 231, II, 383, 434. *Indebiti* 407, 427, II, 355, 451, — *ob rem dati* 320, 451, II, 345, 451.
Condition 256, 352, 370 s. 378, 471 s. II, 179 s.
Conducti, ac. II, 282.
Confarreatio 112.
Confessoire ac. 253, II, 434 s,
Confirmation tut. 138.
Confiscation 432.
Confusion 233, 257, II, 216, 370.
Conjonction 374, 441, 482.
Connivence II, 402.
Connubium 25 s. 75.

Consanguins II, 20 s. 43, 52.
Conseil des cognats 101, 186, 207.
Consensuels et. II, 135, 139, 251.
Consignation II, 356.
Consilium 48. II, 515.
Consobrini II, 63.
Consolidation 267.
Constitut possessoire, 239, 295. — prétorien II, 254, 330 s. — civil 326.
Constitution 13.
Contracta fiducia 25, 34, 53.
Contra tabulas poss. 359 s. 401, II, 67, 89.
Contrat de bonne foi, de droit strict II, 130, 134 s, — innommés II, 319.
Contrectarius II, 374.
Contre-publicienne ac. 287.
Contubernium 64, 84, II, 115.
Contumacia II. 423.
Conventio II, 427.
Convention II, 129 s.
Conventus II, 410.
Cornelia l. (ed) 16 (captifs) 22, 348 (fidéjussion). II, 228. *de sicariis* 396 s. 516.
Corpora 363, II, 59.
Correi II, 209.
Coutume 10,
Creditæ r. II, 139.
Crétion 423.
Cum re poss. II, 18 s. 86.
Curatelle 163, 182, II, 339.
Custodia II, 138.

D

Damni in ferti cav. 279, II, 203, 426.
Damnum injuria fact. II, 388 s.
Datio in solutum II, 343.

Dative tut, 158. 174.
Decemviri 3, II, 413.
Décret 14, 184 s.
Déditices 46, II, 73.
Deductio 252 s. 264 s. II. 416.
Déduction II, 457.
Defensor II, 474. — *civitatis* 426.
Defraudator II, 457.
Dégradation d'état 146 s.
Degrés de parenté 60 s. II, 60.
Délégation II, 360. — de jurid. 160, II, 408 s.
Délit II, 372.
Demande tut. et cur 187, 207, 388.
Demonstratio 474 — II, 424.
Depensi ac. II, 232, 417, 475.
Déportation 146.
Depositi ac. II, 155.
Dépôt II, 153 s.
Derelicta r. 225.
Descendants 65, II, 26 s. 99. — de patron 67 s. 77 s.
Desertum test. 403.
Déshérence 436.
Désignation tut. 133 s. 159, 370.
Destitution tut. 209.
Destitutum test. 403. 432.
Dette, legs 464.
Devolution II, 28, 44, 49, 53, 75.
Dies cedit, venit 466 s. II, 175 s.
Diffarreatio 88.
Digeste 4 s.
Dimidiæ partis poss. II, 67.
Discussion bén. II, 237 s. 441.
Disjunctim 441, 482.
Dispositions captatoires, *pœnæ nomine* 203, 372 s. 474, 495.
Dissentiment II, 369.
Dissolution du mar. 88. — de la puissance pat. 117. II, 469. — de la *manus* et du *mancipium* I, 128 s.

Distractio II, 122.
Divini, humani juris r. 173, 281 s. 452.
Division bén, II, 223, 236 s
Division des r. 212 s. — des modes d'acquérir 223. — de l'héréd. 373,402. — des ob. II, 125. — des ac. 125. — des stipulations 201.
Divisoires ac. II, 434.
Divorce 88.
Dol 209, II, 136, 169, 271.
De dolo ac. II, 146, 451. — cau. II, 204, 260, 447, 450. — exc. 489 s.
Domaine 220 s. — public. 214 s. — bonitaire, quiritaire 221, 239.
Dominii impetratio 317.
Dommage II, 136.
Donation 292, 414. — entre vifs. 293 s. — *mortis causa* 300. — *matrim, causa* 303.
Dot 288, 309 s. II, 449 s. (legs) I, 358, 465.
Dotis dictio ct. 310, II, 164.
Double lien II, 63, 101.
Douze tables 3.
Droit 1 s. 6.
Droit naturel, des gens, 7. — civil 8 s. — privé, public 6, 9. — prétorien 16. — écrit 10. — strict ct. ac. II, 135, 329. 446 s.
Droits réels, personnels 219.
Duplæ cau. II, 262, s. 455.
Duumviri II, 410, 426.

E

Echange, II, 322.
Edictum tralatitium, novum, provinciale, 16. — *perpetuum* 3, 16.
Edification 231.
Ediles 15.
Edit prétorien 15 s.

De effusis et dejectis ac. II, 403 s.
Eglises afft. 59.
Election tut. 159.
Emancipation 122 s. II, 10, 25, 34.
Emigration 26, 146
Empêchements au mar. 77, — à l'adoption 100. — afft. 47, 367. — d'aliéner 309, 515. — test. 346. — de louer II, 274.
Emphytéose 220, 274, II, 286.
Emphyteuticaria ac. II, 291
Emptæ et venditæ hæred. cau. 518.
Empti ac. II, 245.
Emptio sub corona 241.
Emptor 122, 336. — II, 121.
De eo quod certo loco ac. II, 354, 429, 451.
Epaves, 226.
Ereptitia 432, 482.
Erreur II, 169, 270, 344.
Erroris probatio 45, 87, 91, II. 73.
Esclavage 20 s.
Esclave 20 s. 347, 365, II, 192.
Essence (et.) II, 256.
Etabliss. des ser. 252. — de l'usuf. 264 s. — de l'usage etc. 271.
Etat 19 s.
Evêque 127, 136, 160, 198.
Eviction II, 262 s.
Exception 256, 296, II, 485.
Excuses 196.
Exemplaire, subst. 391.
Exercitoria ac. II, 461 s.
Exhérédation 350, 379, 418.
Exil 146.
Ex lege, cond. II, 452 s.
Expensilation, ct. 9, II, 242 s. 359.
Expilatæ heredit. 283. II, 373.
Expromissio II, 226 s. 360 s. 465.
Expropriation 221.

Ex stipulatu ac. 210, II, 171, 448 s.
Ex testamento ac. 448, II, 343.
Extinctæ r. 231, 482, 493.
Extinction de la tut. 179. — de la cur. 191. — des ser. 257, — de l'usuf. 266, 467. — des subst. 379, 388, 392. — des ob. II, 330 s.
Extra commercium r. 281 s. 452 s.
Extraordinaire (procédure) II, 426 s.

F

Fabricenses II, 59.
Factio testamenti 346 s, 376, 420, 476.
In factum, ac. 431 s: — exc. 489 s.
Facultatives ob. II, 187.
Fait 461, II, 219.
Falcidie 496 s. 526.
Familia 57, 477.
Familiæ erciscundæ ac. II, 341.
Faute II, 136.
Ferruminatio 231.
Fiançailles 77.
Fidéicommis 370, 390, 481, 513, 525.
Fidéicommissaire aflt. 36. — subst. 514, s.
Fidéjussion — cur. 193, II, 197, 227 s.
Fidepromissio — or II, 227 s.
Fiduciaire tut. 155, 174.
Fiducie 123, 316.
Fils de famille 368 II. 198, 459 s.
Finium regundorum ac. 342 434, 512. II, 434, 512 s.
Fisc 200. 289, II, 59.
Flamine 126, 149.
Fleuve 214, 221, 228 s.
Fluminis recipiendi ser. 251.
Folie, fou 74, 137, 184, 392.
Fonds dotal, 311 s.
Fongibles r. 216, II, 141.

Forcées (stip) II, 201.
Forme 295, 331.
Formule, formulaire syst. II, 420 s.
Fragmenta vatic. 4.
Frauduleux, aff. 51, — actes II, 439 s.
Fructus 220, 235 s. 260. II, 449, 512.
Fundi (*populi*) 25.
Fundus instructus 462.
Furia l. (test.) 418, 498. (*de sponsu*) II, 230 s. 417 ; — *canina* I, 54, 129.
Furti ac. *manifesti*, *nec manif.* 378 s. 386, 445, — *oblati*, etc. 376 s. — *adversus nautas* 405 s.
Furtum 231, 282. II 374 s.
Futuræ r. 452. II, 173.

G H

Gage 272, 315. II, 157, 440, 500.
Garantie II, 262 s.
Genre 216, 456.
Gentils tut. 152, — suc. II, 30.
Gestion, tut. 164; II. 474, — d'affaires 336 s.
Gratuit (ct. à titre) II, 135.
Habitation 270. II, 274.
Heredes extranei 353, 360, 420, — *necessarii* 366 s. 416 s. — *sui* 351, 418. II, 6, 67.
Hérédité 322. 331. II, 1, 343 — fidéic. I, 516. — perdues 431.
Hortensia l. 11.
Hostilia l. II, 471.
Hypothécaire ac. 290. II, 335, 440 s.
Hypothèque, 223, 272, 317, 454. II, 334, 441 — légale I, 195, 450, 466. II, 444.

Ile 228.
Imperio continens judic, 172, 243. II, 480.
Imperium 201. II, 409.
Impossibilité II, 364.
Imputation II, 356.
In abstracto, faute, II, 137.
Inaliénabilité 213, 311 s.
In bonis 221, 241 s. 272, 367.
Inceste 86.
Incestueux enf. 87. II, 41.
In committendo, *in concreto* (faute). II, 137, 155.
Indebiti (cond.) II, 343, 451, 488.
In diem addictio II, 268.
Indignité 432.
Indirectes ac. II 459 s.
Indivisibilité 247, 270, 274, 451, 484; II, 223.
In factum ac. II, 431. exc. 490 s
Infamie 90, 198, 209, 336. 363. II, 508.
Infantia, *infantiæ prox.* 165, 277, 422. II, 198.
Inficiatio II, 346. 445 s.
Infirmes cur. 186, test. 344, 391. subst. 391.
Ingénuité 29. II, 443 s.
Ingratitude 23, 298.
In judicio sistendi cau. II, 421, 477.
Injure, II, 394 s.
Injuriarum ac. II, 396, 445.
In jure cessio 104 s. 242, 253, 257, 264, 320, 518. II. 371, 415, 421, 437.
In jus ac. II, 431.
In jus vocatio II, 415, 421,
Injustum test. 394 s.
In locum f. succ. 134, 355, 399.
In manum conv. 106, 113. II, 107.
Innommés ct. II, 134, 319 s.
Inofficiosum test. 404.

In omittendo (faute), II, 137.
Inquilinus II, 275.
De in rem verso ac. II, 461 s.
Insinuation 295 s.
In solidum ob. II, 213. — ac. 445 s. 456.
Institoria ac. II, 459 s.
Institution d'héritier 338, 362 s. 369 s.
Instituts 4. s.
Instrumentum 295, II, 249. — *dotal* I, 76, 83.
Insertion, 424.
Inter amicos affl. 39 s.
Intercessio. — *or* II, 179, 226 s. 465.
Interdiction 144 s. — de l'eau et du feu. 146.
Interdit. II, 495 s.
Intérêts II, 144, 447.
Interitus rei 216, 258, 266, 461.
Inventaire 161. bén. 427.
Inventio 226.
Irritum test. 401 s,
Iter 249.
Iteratio 45.

J

Jonction de poss. 290 s.
Judex II, 412 s.
Judicati ac. II, 417, 467, 475.
Judicatum solvi cau. II, 204, 476 511.
Judicis postulatio II, 416.
Judicium II, 423.
Judicium legitimum, *imperio cont.* 172, 243. II, 450.
calumniæ, *contrarium* 506.
Julia l. *de fundo dot.* 311, II, 517. — *judiciaria* 450.
— Titia I, 159. — *repetundarum* II, 510, 515. —
majestatis 517.
Juliens post. 356.
Junia norbana l. 62, 72 s.

Junia velleia l. 355, II, 81.
De jurejurando ac. II, 333, 442. exc. 491.
Jurisdictio II, 409.
Jus adcrescendi 353.
« *antiquum* 438, 486.
« *aurcorum annulorum* 31.
« *caduca vindicandi* 438, 486 s.
« *capiendi* 364 s. 390, 437. 480, 485 s.
« *deliberandi* 380, 426 s.
« *edicendi* 15.
« *italicum* 27.
« *latii* 25 s.
« *liberorum* 170, 199, 437, s. 486, II, 40 s. 69. s.
« *offerendi* 318.
« *peculii* 326.
« *suitatis* 425, 486.
Jusjurandum II, 423, 452.
Jussus 287, 322, 368 s. II, 50.
Juventien sc. 236. II, 449.

L

Largien, sc. 236, II, 72.
Latins, anciens, colon. 25s. — juniens 43, 417 s. 437, II, 70 s.
Laudemium II, 289.
Legatorum cau. II, 202.
Légitimation 91 s.
Légitime 392, 404 s.
Légitimes tut. 140, 173,— succ. 436. II, 1 s.
— enf. I, 87,— post. 355,— pactes. II, 225 s.
Legitimum judicium 172, 243. II, 480.
Legs 443, 526 s.— annuel 268, 467,—de libération 463,—de dette et dot, 464 s.—intransmissible 467.
Libellus divortii 88,—*conventionis* II, 428,—*inscriptionis* 515.
Lésion II, 271.

Liberalis causa II, 436.
Liberté 20 s.
Liberti promissio II, 164 s.
Libertus orcinus 37, 528.
Litiscontestation II, 215, 358, 415, 422, 427.
Litis dividuæ exc. II, 492.
Littéraux ct. II, 135, 139, 242 s.
Locati, II, 282.
Loi 1, 10 s. 243, 253.
Louage II, 272.
Luctatia l. II, 516.
Lumina ser. 251.

M

Macédonien sc. II, 199.
Magister II, 120, — *navis*, 462.
Mancipation 104, 239.
Maneipi r. 216 s. 253, 279.
Mancipium 21, 24, 68, 115, 122, 129.
Mandat II, 305 s.
Mandati ac. 238 s. 313.
Mandator II, 305, 316 s.
Mandatum pecuniæ credendæ II, 316 s.
Manus 82, 111, 143. II, 39 s. 47 s. 58 s.
Manus injectio, 22, 240, 448. II, 114, 417 s.
Manuum consertio II, 415.
Marcia l. II, 418.
Mariage 9, 72.
Mention des hér. siens 350 s.
Merces II, 277.
Metus causa exc. II, 490.
Meubles 216.
Militaires 198, 307, 340 s. 354, 372, 385, 426.
Minoris petitio II, 430.
Minorité 184, 197, 288.
E misera II, 154 s.

***Missio** in possessionem* 163, 242, II, 422.
Mixtes ac. II, 431, 444 s.
Modalité 139, 369 s. 46 .
Modus 256 s. 472 s.
Mort civile 118.
Mortis causa 252, 268, 2 1.
Municipe 215, 363, 477.
Mutuum 264, 314. II, 141 s. 199, 328 s. 344.

N.

Naturalisation 26. II, 10 s.
Nature et. II, 250.
Naturelles ob. II, 127 s.
Naturels enf. 85, 93, 349, 3 3. II, 57 s.
Nauticum fœnus II, 144
Navicularii II, 59.
Négatoire ac. 258. II, 435 s.
Negotiorum gestorum ac. II, 2. , 338.
Néronien sc. 449. II, 139.
Nexum II, 150, 240.
Nexus II, 419.
Nomina II, 244.
Noncupatif test 334.
Non numeratæ pecuniæ exc. II, 249, 491.
De non petendo exc. 464. II, 215. 491.
Non privilégiés enf. 68, 121, 35. s.
Nothi II, 48.
Novation II, 215 246, 357 s.
Novelles 4.
Noxales ac. II, 466 s.
Nuda pacta II, 318 s.
Nullius r. 215.
Nullius momenti test. 394.
Nuncupatio heredis 332, 531.
Nundinæ 240.
Nuptiæ 72, 81.

O

Oblation à la curie, 94.
Obligations II, 124 s.— naturelles 128 s.—solidaires, 208 s. —alternatives, 187.
Ob rem dati cond. II, 451.
Occupation 224.
Officia 33.
Officium pietatis 208, 390, 404.
Onéreux (ct. à titre) II, 135.
Oneris ferendi ser. 250.
Operæ 33. II, 80.
Operæ servorum ser. 271.
Operarum promissio ct. II, 164 s.
Optimum jus legati 449.
Option (legs) 457 s.
Optive tut. 173.
Orbus 437.
Orphitien sc. II, 18, 46 s. 79.
Ouverture de l'hér. 416, 436. — des subst. 379, 386.

P

Pacte commissoire 317. II, 265 s.
Pactes 292 s. II, 130, 318 s.
Pacti conventi exc. 329.
Paiement 314. II, 351 s. — de l'indu 341 s. — *per æs et libram* 366.
Papia poppæa l. 80, 176 s. II, 68 s.
Papiria l. 213.
Partage II, 9.
Partis et pro parte act. 518.
Partitio, legs 443.
De partu agnoscendo ac. II, 443.
Partus 228, 235.

Paterfamilias **58.** II, 80.
Pater is est 82.
Patrice, 127.
Patrimonium principis **200.**
Patronage 33.
Patrons, tut. 151, — succ. II, 64 s.
Paulienne ac. II, 439 s. 451.
Pauperies II, 469.
Pécule 61, 107, 297, 323, 328, 348. (Legs) I, 460.
— II, 4, 36, 198, 464.
De peculio **ac. II, 331. 460 s.**
De pecunia constituta **ac. II, 331, 441 s.**
Pedanei jud. **II, 427.**
Pégasien sc. 517.
Pénales ac. 517. II, 444 s.
Per æs et libram **240, 332 s.**
Perduellio **II, 4, 517.**
Pérégrin 24, 26, 363.
Péremption II, 480.
Peremptorium ed. **II, 423.**
Per epistolam **39.**
Per mensam **39 s.**
Permutatio **II, 322.**
Pernicien sc, 438.
Per damnationem **447.**
« ***præceptionem*** **448, 484.**
« ***secessionem*** **12.**
« ***vindicationem*** **446, 456, 483.**
Perpétuelle, tut. 173.
Persécutoires ac. ac. II, 444 s.
De persequendo servo **462. II, 204.**
Personne 19, — incert. 136, 363, 477.
Personnelles ac. II, 432.
Perte des test. 394.
Petilia **l. II, 419.**
Pétition d'hérédité II, 435 s. 448.
Petitoria **form. II, 421.**
Petronia **l. 60.**

Pigneratitia ac. II, 161,—*in rem* ac. 440 s.
Pignoris capio ac. II, 419.
Pinaria l. II, 415.
Pisonien sc. 12,
Plantation 224.
Plébiscite 11.
Plætoria l. 185.
Plurispetitio II, 177, 231, 428 s.
Pœnalis in factum ac. II, 400 s.
Pollicitation II, 129.
Pompeia l. 69. II, 516.
Populaire ac. I, 204, 209
Possession 275 s. 328.
Possession de biens 16. II, 84.
Possessoria hæred. petitio II, 83.
Postliminium 22, 120, 226.
Postumes 135, 351 s.—étrangers 356, 360, 368.
Prædes sacramenti II, 413, — *litis et vind.* 476.
Prædictio II, 230 s. 443
Præfectus II, 410, 427.
Præfectiani II, 59.
Præscriptiones II, 483 s.
Præscriptis v. ac. 232. II, 266, 283, 320 s. 450.
Précaire II, 323.
De precario int. II, 324.
Préjudicielles ac. II, 443.
Prépostère (cond. et terme) 470, 472. II, 177, 184.
Prescription 254, 266, 285 s.
Préteur, préture II, 410.
Prétorien (droit) 15, — pacte II, 330 s.
Prétoriennes eau II, 202, — ac. 437 s.
Prêtres 198, 325.
Prévarication II, 401.
Prévention II, 215.
Privatæ r. 215.
Priviléges 13. 199, 340.
Privilégiés enf. 68, 121, 352 s. — test 340.
Procédure II, 407 s. — crim. 514.

In procinctu test. 332, 340.
Proculiens 4.
Procurator 206. n. 305, 348, 360, 472.
Prodigues 185, 349.
Pro donato 222, 282, 294.
Progéniture 228, 260.
Pro herede n, 436.
« *non scripto* 431 s. 481.
« *possessore* n, 436.
« *socio* n, 232.
« *rata virili parte* n, 208.
Propriété 212, 218, 220.
Provinces 15, 25.
Provinciales 25.
Provocatio n, 356.
Prudents 17.
Pubertati proxim. 165. n, 198.
Puberté 73, 130.
Publicæ, r. 214.
Publicienne, ac. 284 s. n, 437 s.
Publilia l. (plébisc) 11 (*de sponsu*) n, 417.
Puissance dominicale 59 s. — pate nelle 65 de seconde main 118.
Pupillaire. subs. 383 s.
Pupille 100, 162.

Q

Au quadruple ac. n, 456.
Quæ primo usu consumuntur r. 216, 263. n, 142.
Quæstiones perpetuæ n, 514.
Quæstores parricidii n, 514 s.
Quam hæreditatem int. n, 476.
Quanti minoris ac. n, 266.
Quarte antonine 101, 410, — falcidie 500, — pégasienne ou trébellienne 523, — sabinienne n, 16, — théodosienne, n, 450.

Quasi-agnation 142, 399
» *caduca* 432.
« **contrat** II, 335
« **délit** II, 400 s
« **institoires** ac. 190. II, 341. 347, 461.
« **pupillaire**, subst. 391.
« **servienne** ac. II, 335, 440 s.
« **tradition** 254.
« **usufruit** 263. II, 142.
Quem fundum **int.** II, 476.
Querela inofficiosi test. 405 s. II. 479. — *inoff. donationis* **300.**
Quinquaginta decisiones **4 s.**
Quod facere potest exc. II, 456.
Quod jussu **ac.** 461 **s.**
Quod legatorum **int.** 451. II, 353.
Quod metus causa **ac.** II, 169, 441 s. 445, 453.
Quorum bonorum **int.** II, 82, 499.

R

Rapine II, 385 s.
Ratam r. haberi cau II. 206, 476.
Ratihabitio II, 309.
De rationibus distrah. **ac. 210.**
Re **conj. 439 s.** II, 482 s.
Receptitia **ac.** II, 326, 442.
Receptitium II, 325.
De recepto **ac.** II, 406.
Redemptio II. 289.
Rédhibitoire ac. II, 232 s. 479.
Réduction 300.
Réelles ser. 246 s. ac. II, 432.
Réels, droits 219 s. et. II, 135.
Regulæ **4.**
Rei **II, 129, 167, 209.**

Rei donatæ et traditæ exc. 302. II, 494.
« *in judicio deductæ* exc. II, 359.
« *judicatæ* exc. II, 344, 359.
« *residuæ* exc. II, 492.
« *uxoriæ* ac. 311. II, 448 s.
« *venditæ et trad.* exc. II, 494.
Rélégation 146.
Religiosæ r. 213, 452.
Rem pupilli salv. f. cau. 192 s. II, 206.
Réméré II, 265.
Renonciation 428 s.
Repræsentatio 466.
Représentation 353, 412. II, 8 s. 27, 53, 71 s. 99.
Rerum amotarum ac. II, 373, 445.
Res 212.
Rescrit 14, 91, 95.
Responsabilité civile II, 403.
Restipulatio I, 421, 507.
Restitutæ hæreditatis exc. 520
Restitution 120. — *in integrum* 81, 185, 191, 426.
Rétention II, 152, 155, 162.
Revendication 221. II, 415, 432 s.
Revocatio in duplum II, 426.
Révocation de l'affr. 34. 366. II, 116. — de l'émancip. I, 125. — des donations 298. — des test. 365, 395. — des legs 490.
Risques II, 137. 145, 149, 263, 281, 290, 323.
Rubrien sc. 37.
Ruptum test. 395 s.
Rutilienne form. II, 348, 473.

S

Sabinien sc. II, 16.
Sabiniens 4.
Sacræ r. 214. II, 173.
Sacramentum II, 414 s.

Sanctæ r. 214. II, 173.
SS. ecclesiis afft. 38 s.
Satisdation 192. II, 471 s.
Scribonia l. 254.
Secundum tab. poss. II, 91.
Sempronia l. II, 412.
Sénatusconsulte 12.
Sentences 4.
Séparation bén. 417 s. — des patrimoines bén. 428.
Sequestre II, 154 s.
Serment II, 332, 423, 452.
Servi ordinarii, vicarii 63.
Servi corrupti ac. II, 373, 445.
Servienne ac, 273. II, 440 s.
Servilia l. II, 516,
Servitude 20 s.
Servitudes personnelles 221, 244, — réelles 246 s. 455. — légales 221, 243 s. 253, 313.
Servus pœnæ, publicus 63. — *proprius* 137, 319, 365, — *communis* 320, 368. — *alienus* 137, 365 381, 415 s.
Si cui plus quam per l. cau. 509, 521.
Silanien sc. 12, 432.
Silia l. II, 417.
Au simple ac. II, 455 s.
Sinendi modo 448, 484.
Sine causa cond. II, 451.
Sine re poss. II, 86.
Société II, 293.
Socii 25.
Solidarité II, 208 s. 359 s.
Solidi capacitas 437.
Solitarius pater 437.
Sors II, 159.
Spado 197.
Spécification 232.
Sponsalitia 77, 303 s.
Sponsio II, 421, s. 508.

Sponsor II, 227.
Spurii enf. 84 s. 349. II, 50.
Statuliber 37, 367.
Stillicidii recip. vel non, ser. 251 s.
Stipulation 9, 194, 255. II, 164, 247.
Stuprum 80, 83 s.
Substance 259. II, 255, 270.
Substitution 352, 375, 423, 433, 482, — vulg 377 s. — pupill. 71, 383 s. — exempl. 391. — fidéicomm 375 s. 513 s.
Succession 331. II, 1. — nouvelle 37. — *in locum filii* I, 134. 355, 399.
Suffragium 25.
Sui heredes 118, 134, 351, 418, — *postumi* 355.
Sui juris 59.
Superficie 275.
De suspensis ac. II, 405.
Synallagmatiques ct. II, 134.
Syngrapha II, 243 s.

T

Tacite con. terme 304. II, 176, 185. — reconduction II, 285.
Tanquam ex familia II, 93.
Taxatio II, 425, 452.
Témoins test. 336 s. 341.
Terme 370 s. 470 s. II, 175 s.
De termino moto II, 513.
Tertullien sc. II, 37 s.
Testament II, 331 s. — tripartit 333 — noncupatif 334, — privil. 340 s.
Testament prétorien 333, 394, 401, 403.
Testamento, légitimation 95. — affl. 36, 48 s. 53, 55. 366, 501.
Testamentaire tut. 133.
Thii 78.

Tigni immittendi ser. 250.
De ligno juncto ac. 231.
Titre 222, 235, 280. legs, 463.
Tradition 236, 300.
Transaction II, 324.
Translatio 252 s. 264 s.
Translation des legs 494.
Transmissibilité ac. II, 446.
Transmission bén. 425. II, 8.
Trébellien sc. 510 s.
Trésor 226.
Tributoria ac. II, 461 s.
Au triple ac. II, 456.
Triplex cnixus 46, 437.
Triticaria cond. II, 451.
Tum quibus ex legibus poss. II, 95.
Turpillien ac. 515.
Tutelæ ac. 210. II, 340.
Tutelle 131 s. II. 339 s.
Tutor cessicius 174,— *honor. oner.* 163, — *suspectus* 206, — *prætorius* 171, — *potior* 204.

U

Unde cognati II, 22 s. 33, 47, 51 s.
« *cognati manumissoris* 93 s.
« *decem personæ* II, 34, 93 s.
« *legitimi* II, 35, 92 s.
« *liberi* 359. II, 52, 90 s.—*patroni*, etc. 78, 94 s.
« *vir et uxor* II, 58, 95.
Unilatéraux et. II, 134.
Universitatis r. 215.
Usucapion 221, 254, 278 s. 320, — lucrative 282, 422 s.
Usureceptio 283.
Usufruit 253, 285, — légal 265, 325 s. 412. II, 36 s. 45.

Usurpatio 284, 287.
Usus 111, 220, 269 s. 321.
Utérins II, 28, 55, 63.
Utile dom. 221, ac. II, 126.
Uxor 81.

V

Vacatio 201, 365, 487.
Vadimonium II, 414, 422.
Vectigalis ac. II, 291, — *societas* 303.
Velleien sc. II, 228 s.
Velleiens post. 355 s.
Venditi ac. II, 265.
Venia ætatis 186.
Vente II, 253 s. — à l'essai 268.
Ventris nomine poss. II, 85.
Verbaux ct. II, 135, 163 s.
Verbis conj. 439 s. 482 s.
Verne 21.
Vestale 126, 128, 132, 149,
Vestita pacta II, 318 s.
Veuve 85. II, 58.
Via 249.
Vicus 215.
Vindex II, 414, 418.
Vindiciæ II, 415, 436.
Vindicta II, 415, — afft. I, 35 s. 48
Violence II, 169, 271.
Vir 81.
Vitiosæ r. 281, 289.
Voconia l. 364, 476, 481, 499. II, 20 s.
Voisinage II, 340 s, 512 s
Vol II, 374 s.
Voleur 24, 282. II, 374 s. 434.
Vulgo concepti enf. 85.

TABLE

SUIVANT L'ORDRE DES MATIÈRES.

LIVRE I.

Titres preliminaire et premier. — De la justice et du droit. Monuments du droit romain.

1. De la justice et du droit 1
2. Monuments du droit romain 3

Titre II. — Division du droit. Droit naturel, des gens et civil, etc.

1. Division quant à l'objet et à l'origine du droit 6
2. Sources du droit privé 10

Titre III. — Des personnes.

1. De la personnalité, de l'état 19
2. Hommes libres et esclaves 20
3. Citoyens et pérégrins 24

Titre IV. — Des ingénus. 29

Titre V. — De l'affranchissement, des affranchis et des droits de patronage.

1. Affranchis, patrons, droits de patronage. 32
2. Mode d'affranchissement, classes d'affranchis 35

Titres VI et VII. — Empêchements d'affranchir, loi *Furia caninia*.

1. Empêchements fondés sur l'âge 47
2. Affranchissements frauduleux 51
3. Loi *Furia caninia* 54
4. Autres empêchements 55

Titre VIII.— Personnes *sui*, *alieni juris*. Puissance dominicale.
1. De la famille 57
2. Puissance dominicale 59
3. Condition des esclaves 62

Titre IX. — De la puissance paternelle.
1. Son origine, ses caractères 65
2. Ses effets 67

Titre X. — Du mariage.
1. Diverses espèces d'union. Comment elles s'établissent 72
2. Empechements au mariage 77
3. Effets du mariage 81
4. Sa dissolution 88

Titre X bis. — De la légitimation.
1. Modes anciens 91
2. Modes nouveaux 92

Titre XI. — De l'adoption.
1. De l'adoption, en général 96
2. Formes de l'adrogation 98
3. Formes de l'adoption simple 103
4. Effets de l'adoption 106
5. De l'assignation d'enfant 109

Titre XI. bis. — De la *manus* et du *mancipium*.
1. *Manus* 111
2. *Mancipium* 115

Titre XII. — Dissolution de la puissance paternelle.
1. Effets d'événements altérant la personnalité 117
2. Faits personnels du *parens*, ou sentences du magistrat y suppléant 121
3. Effet de certaines dignités 126

Titre XII. bis. — Dissolution de la *manus* et du *mancipium*.
1. De la *manus* 128

2. Du *mancipium* 129
Titre XIII. — Des tutelles 131
Titre XIV. — De la tutelle testamentaire.
1. Tutelle testamentaire 133
2. Qui peut y être appelé 135
3. Formes et modalités de la désignation 138
Titre XV. — De la tutelle légitime. De celle des agnats.
1. Tutelle légitime 140
2. Tutelle des agnats 142
Titre XVI. — De la dégradation d'état.
1. Définition, division. 145
2. Effets de la dégradation d'état 148
Titre XVII. — Tutelle légitime des patrons et des gentils 151
Titre XVIII — Tutelle légitime des ascendants paternels 153
Titre XIX — Des tutelles fiduciaires.
1. Tutelle fiduciaire ancienne. 155
2. Tutelle fiduciaire nouvelle 156
3. Résumé des tutelles légitimes. 157
Titre XX. — Des tuteurs datifs 158
Titre XXI. — De la gestion, de l'autorisation des tuteurs.
1. Administration des tuteurs 161
2. Gestion d'affaires par le tuteur 164
3. De l'autorisation 167
Titre XXI bis. — Tutelle perpétuelle des femmes.
1 Diverses espèces de tutelle perpétuelle ... 173
2. Conditions générales de cette tutelle ... 175
Titre XXII. — Extinction de la tutelle ... 179
Titre XXIII. — De la curatelle. Demande des tuteurs et curateurs.
1. Curatelle. Définition, division 182
2. Cas de curatelle, minorité, interdiction 183

3. De la demande des tuteurs et curateurs 187
4. Administration et fin de la curatelle 189

Titre XXIV. — De la caution des tuteurs et curateurs 192

Titre XXV. — Des excuses.
1. Des excuses en général; diverses espèces 196
2. Procédure en matière d'excuses 204

Titre XXVI. — Des tuteurs et curateurs suspects. 206

LIVRE II

Titre I. — Division des biens.
1. Diverses classifications des choses et des biens 212

Titre II. — Diverses espèces de droits.
Division des modes d'acquérir 219

Titre II bis. — Examen des divers modes d'acquérir.
1. Occupation 224
2. Accession 227
3. Tradition 236
4. Modes du droit civil 239

Titre III. — Des servitudes.
1. Généralités 244
2. Des servitudes prédiales 246
3. Examen des principales 249
4. Leur établissement 252
5. Leur extinction 257

Titre IV. — De l'usufruit.
1. Nature et caractères; droits et devoirs de l'usufruitier 259
2. Comment s'établit et s'éteint l'usufruit 264

Titre V. — Usage, habitation, œuvres d'esclaves.
1. Nature de ces droits 269
2. Leur établissement, leur extinction..... 271

Titre V bis. — Des autres droits réels: gage, hypothèque..... 272

Titre VI. — Usucapion et prescription.
1. De la possession 275
2. Usucapion et prescription, ancien droit 278
3. Prescription sous le droit impérial 288

Titre VII — Des donations entre-vifs et à cause de mort.
1. Donations, en général 292
2. Donations entre-vifs 293
3. Donations à cause de mort 300

Titre VII bis. — Des donations ayant trait au mariage.
1. Donation de fiançailles 303
2. Donation anténuptiale et antipherne ... 304
3. Donations entre époux 306
4. Mode d'acquérir à titre particulier relatif à l'affranchissement 307

Titre VIII. — Capacité requise pour aliéner.
1. Généralités 308
2. De la dot 309
3. Indisponibilité des biens des personnes en tutelle ou curatelle 313
4. Du gage, de son aliénation 315

Titre IX. — Par qui on peut acquérir les droits réels et la possession.
1. Acquisition des droits réels 319
2. Dérogation pour les fils de famille et les femmes *in manu plena* 323
3. Acquisition de la possession 328

Titre X. — Règles des testaments.
1. Historique..... 331

2. Règles de forme extrinsèque 334
3. Règles de forme intrinsèque 338

Titre XI. — Des testaments militaires et autres, privilégiés.

1. Testaments militaires 340
2. Autres testaments privilégiés 343

Titre XII. — De la capacité de tester 346

Titre XIII. — Règles sur la mention des héritiers siens.

1. Règles du droit civil originaire 350
2. Droit des prêteurs et empereurs 357

Titre XIV. — Institution d'héritier. Ses modalités Division de l'hérédité.

1. Qui peut être institué 362
2. Formes et modalités de l'institution 369
3. Division de l'hérédité. 373

Titre XV. — Des substitutions; de celle vulgaire.

1. Généralités 375
2. Règles de la substitution vulgaire 377
3. Comment elle s'exécute ou s'éteint 379

Titre XVI. — De la substitution pupillaire ; de celle quasi-pupillaire.

1 Caractères et règles de la substitution pupillaire. . 383
2. Comment elle s'exécute ou s'éteint 388
3. De la substitution quasi-pupillaire 391

Titre XVII. — De la perte des testaments 394

Titre XVIII. — Des testaments inofficieux; de la légitime.

1. Testament inofficieux 404
2. Légitime. 408

Titre XIX. — Diverses classes d'héritiers. Acceptation et renonciation.

1. Des diverses classes d'héritiers 415

Titre XIX bis. — Attribution des hérédités perdues.

1. Ancien droit 431
2. Droit impérial 436

Titre XX. — Des legs.

1. Généralités 442
2. Etude des legs, quant à leur objet 452
3. Eude des modalités dans le legs Comment on l'acquiert, suivant sa teneur 466
4. Capacité active et passive, en cette matière 475
5. Attribution des legs perdus 481

Titre XXI. — Révocation et translation des legs.

1. De la révocation des legs 490
2. De leur translation 494

Titre XXII. — De la loi Falcidie.

1. Historique. 496
2. De la Falcidie 499

Titre XXIII. — Des fidéicommis, en général. Hérédités fidéicommissaires.

1. Fidéicommis, en général 510
2. Exécution des fidéicommis universels 517

Titre XXIV. — Fidéicommis à titre particulier 525

Titre XXV. — Des codicilles 530

LIVRE III

Titre I. — Des successions ab intestat d'ingénu ; ordre des héritiers siens.

1. De la succession légitime 1
2. Héritiers siens et descendants qui leur furent assimilés 6

Titre II. — Ordre des agnats et des collatéraux qui y furent assimilés.

1. Sous la loi des 12 tables et la jurisprudence intermédiaire 17
2. Sous les constitutions impériales 24

Titre II bis. — Ordre des gentils; succession des ascendants paternels.

1. Ordre des gentils 30
2. Succession des ascendants paternels 33

Titre III. — Succession des ascendantes; (Sc. Tertullien).

1. Sous les douze-tables 37
2. Sénatus-consulte Tertullien 40
3. Sa modification par les constitutions 44

Titre IV. — Succession des descendants des femmes.

1. Sous les douze-tables 46
2. Sénatus-consulte orphitien 47

Titre V. — Succession des cognats et du conjoint.

1. Cognats sous le droit prétorien 51
2. Cognats sous le droit impérial 54
3. Successions exceptionnelles 58

Titre VI. — Degrés de parenté 60

Titre VII. — Succession passive des affranchis.

1. Sous les douze-tables 64
2. Sous le droit prétorien 66
3. Sous le droit impérial antéjustinien 68
4. Sous Justinien 74

Titre VIII. — Du droit de succession des descendants de patron; de l'assignation d'affranchi.

1. Succession des descendants de patron 77
2. Assignation d'affranchi 79

Titre IX. — Des possessions de biens.
1. Généralités 82
2. Explication des possessions édictales 89
3. Réformes de Justinien 96

Titre IX bis. — Système successoral de Justinien. 98

Titre X. — Acquisition par l'adrogation et *l'in manum conventio.*
1. Ancien droit 103
2. Droit de Justinien 107

Titre XI. — Addiction pour sauver les affranchissements 108

Titre XII. — Autres successions, perdues ou subsistantes.
1. Acquisition d'une personne libre 114
2. *Bonorum sectio* et *bonorum venditio* 118

Titre XIII. — Des obligations.
1. Généralités 124
2. De la convention 129
3. Effets et interprétation des conventions 131
4. Des contrats 134
5. Prestation des fautes 136

Titre XIV. — Des contrats réels.
1. Généralités 139
2. Du *mutuum* 141
3. Commodat 147
4. Dépôt 153
5. Gage 157

Titres XV et XVI. — Des contrats verbeaux. Des nullités de la stipulation.
1. Généralités 163
2. Contrats verbaux, en dehors de la stipulation 164
3. Stipulation; qui peut y figurer 167
4. Des choses qu'on peut et de la façon dont on doit stipuler 172
5. Modalités de la stipulation 175

Titre XVII. — Stipulations des esclaves et fils de famille.

1. Des stipulations des esclaves 192
2. De celles des fils de famille 198

Titre XVIII. — Division des stipulations 201

Titre XIX. — Des obligations solidaires et indivisibles.

1. Généralités 208
2. Solidarité des créanciers 213
3. Solidarité des débiteurs 217
4. Obligations indivisibles 223

Titre XX. — De *l'intercessio* et des fidéjusseurs.

1. De *l'intercessio* et de *l'adpromissio*. 226
2. *Adpromissio* ancienne 229
3. Fidéjusseurs, (droit de Justinien) 233

Titre XXI. — Contrats littéraux.

1. Généralités 242
2. Des anciens contrats littéraux 243
3. Le contrat litteral dans les Instituts 249

Titre XXII. — Contrats consensuels 251

Titre XXIII. — De la vente.

1. Nature et caractères 253
2. Conditions essentielles de la vente 256
3. Ses effets ; obligations et actions 259
4. Modalités de la vente 267
5. Rescision du contrat 270

Titre XXIV. — Du louage.

1. Nature et conditions 272
2. Effets du contrat 278
3 De sa dissolution 284

Titre XXIV bis. — De l'emphytéose.

1. Caractères et conditions 286
2. Des effets du contrat ; de sa dissolution 288

Titre XXV. — De la société.

1. Caractères, conditions essentielles. Division 293

2. Effets du contrat ..... 29[illegible]
3. Dissolution de la société..... 30[illegible]

Titre XXVI. — Du mandat
1. Caractères et conditions. Division ..... 30[illegible]
2. Effets du mandat 310
3. Dissolution du contrat 314
4. *Mandatum pecuniæ credendæ* 316

Titre XXVI bis. — Des pactes.
1. Pactes, en général, *nuda pacta* 318
2. Des contrats innommés 319
3. Pactes légitimes 325
4. Pactes adjoints 327
5. Pactes prétoriens ..... 33[illegible]

Titre XXVII. — Quasi-contrats.
1. Généralités 335
2. De la gestion d'affaires 336
3. Tutelle et curatelle 339
4. Communauté, hérédité 340
5. Du paiment de l'indu 343

Titre XXVIII. — Par qui on acquiert les créances..... 346

Titre XXIX. — De l'extinction des obligations.
1. Généralités 350
2. Du paiment 351
3. De la novation 357
4. Impossibilité d'exécution ; perte de la chose 364
5. Modes d'extinction symétriques ..... 3[illegible]6
6. Autres modes d'extinction *ipso jure* ..... 3[illegible]9

LIVRE IV

Titre I. — Obligations qui naissent des délits. Le vol.
1. Nature, division des délits..... 372

2. Le vol 374
3. Actions qui naissent du vol 379

Titre II. — La rapine 385

Titre III. — Délits de la loi Aquilia.

1. Généralités 388
2. De l'action. Son but, ses caractères 390

Titre IV. — Les injures 394

Titre V. — Des quasi-délits.

1. Quasi-délits fondés sur le fait personnel, illicite 400
2. Quas-délits fondés sur la responsabilité civile 403

Titre VI préliminaire. — De la procédure

1. Généralités 407
2. Des actions de la loi 413
3. Origine et nature du système formulaire 420
4. Parties de la formule. *Cognitiones extraordinariæ*. Voies de recours 424
5. De la procédure extraordinaire 426
6. Inexatitudes dans la demande 428

Titre VI. Des actions.

1. Actions *in jus*, *in factum* 431
2. « civiles *in rem* 432
3. « prétoriennes ; réelles, personnelles *in factum*, pénales, préjudicielles 437
4. Actions persécutoires, pénales, mixtes 444
5. « de droit strict, de bonne foi, actions arbitraires 447
6. « au simple, au double, etc. 453
7. « à condamnation fractionnée 456

Titre VII. — Actions à raison des contrats passés avec la *familia*.

1. Principe de ces actions 459
2. Examen des actions 462

Titre VIII et IX. — Actions noxales et *de pauperie*

1. Origine et caractère 466
2. Suite de l'abandon noxal 468
3. Action *de pauperie* 470

Titre X. — Mandataires judiciaires.

1. Historique 471
2. Étude du mandat judiciaire du *cognitor*, *procurator*, *tutor*, *defensor* 472

Titre XI. — Cautions judiciaires.

1. Ancien droit 475
2. Droit de Justinien 477

Titre XII. — De la durée des actions ; de leur transmissibilité.

1. Durée des actions 478
2. Durée des instances 480
3. Transmissibilité des actions 481

Titre XIII et XIV. — Des prescriptions et préjugés. Des exceptions, répliques et dupliques.

1. Des prescriptions et préjugés 483
2. Caractère, division des exceptions 485
3. Examen des exceptions 489
4. Des répliques, dupliques, etc. 493

Titre XV. — Des interdits.

1. Généralités 495
2. Interdits *adipiscendæ possessionis* 499
3. « *retinendæ possessionis* 501
4. « *recuperandæ* et *tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis* 503

Titre XVI. — Répression des procès téméraires.

1. Ancien droit 506
2. Droit de Justinien 509

Titre XVII. — Des devoirs du Juge **510**

Titre XVIII. — Des délits publics.

1. Procédure criminelle **514**
2. **Principaux délits publics** **516**

ERRATA

AU PREMIER VOLUME

Page 20 l, 8, que la personne se confond... *lisez*: combien peu la personne se confond...
Page 28. l. ult. *adde* § 1.
Page 36. l. 35, esclave propre au défunt etc. *lisez*: Esclave resté propre au défunt jusqu'à l'ouverture de l'hérédité.
Page 85. l. 12. 310 *lisez* 340.
Page 153. l. penult. la paternelle. *ajoutez* puissance.
Page 158. l. 17 et 18, *ajoutez à la première*: tutelle légitime ; *à la deuxième :* 442.
Page 159. l. 26 et 27. Transposez-les.
Page 224. l. 8. *adde* l'usucapion.
Page 249. l. 2, *recipiendi, vel non altius*, déplacez la virgule : *recipiendi, vel non, altius* etc.
l. 24, douze, *lisez* seize.
Page 253. l. 33. et page 265, l. 11 lisez le mot *fidéicommis*, altéré.
Page 275. l. 14. *lisez* aux édifices, en embrassait le sol.
l. 19, En titre *lisez :* de l'usucapion.
Page 276. l. 33, un certain legs, *lisez*: un certain laps.
Page 374. l. 21, lisez *dix* au lieu de *six*.
Page 435. l. 11, survivre au défunt, *lisez :* survivre au défaut.
Page 441. l. 19, faculté, *lire* facultatif.
Page 499. l. 3, *manus injectio pro judicato*, lisez ***manus injectio pura***.

AU SECOND VOLUME

Page 10. l. 2. négligez trois, *lisez* : quatre.
Page 16, l. 2, *le tribus*. lisez : *e tribus*.
Page 39. l. 3, au 3e degré, *lisez* : au 2e.

Page 40. l. 24 et 25, prendre en considération, *ajoutez* suivant un certain système.
Page 50. l. 9, D'un tiers, *lisez ;* d'un quart.
Page 57. l. 8, de même ; *lisez ;* de même sans doute.
Page 58. l. 29, au-dessus ; *lisez :* au-dessous.
Page 65. l. 6 et 7, sans famille ; *lisez* : dans la famille.
Page 75, après la ligne 34, *lisez* une ligne omise : et mieux, pour concilier les doutes issus de ces rapports divers etc. — ligne dernière, *Ajoutez* : d'après le système généralement suivi, la parenté servile n'a d'effet que pour les frères et sœurs, en ligne collatérale ; elle prime entièrement le patron et sa famille.
Page 87. ligne 35, Refuse, puis la possession, *lire* : des agnats, leur refuse la possession, puis la donne aux cognats.
Page 95. l. 15, par le prêteur a partout ; *supprimer* a.
Page 107. l. 8, *lire* : ni peut être le *mancipium*.
Page 116. l. 18, de addictions ; *lire :* des addictions.
Page 126. l. 2, un fait action ou d'abstention ; *lire* : d'un fait, action ou abstention.
Page 159. l. 32, normal, *lire* : anormal.
Page 198. l. 7, *adde* : originairement (Inst. III, XIX, § 10.)
Page 199. l. 2, pas même l'action, *adde* : parfois.
Page 221. l. 16, *cedandarum ;* lisez : *cedundarum.*
l. 27, le débiteur ; *lire :* le créancier.
Page 254. l. 7. qui crée ; *lire :* que crée.
Page 266. l. 16, quotidiennes ; *lire* : prétoriennes.
Page 267. l. 25, que le vendeur ; *lire :* que l'acheteur,
Page 313 l. dernière, *ajouter* : parfois, et toujours dans l'action directe.
Page 324. l. 20, Assurément ; *lire :* peut-être.
Page 373. l. 3, *ajouter :* d'emblée.

BIBLIOTECA PUBLICA IMPRIMÉS

Nota. — Des corrections ont pu être faites sur quelques exemplaires.

Lyon. — Imp. J. Dossier, rue Mercière, 47.

Du même Auteur.

DES SUBSTITUTIONS

EN

DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS.

Imprimerie de Rossier, successeur d'A. Périsse. — Lyon 1870.

TABLE SUIVANT L'ORDRE DES MATIÈRES.

LIVRE I.

Titres preliminaire et premier. - De la justice et du droit. Monuments de droit romain

1. De la justice et du droit

2. Monuments de droit romain

Titre II. - Division du droit. Droit naturel, des gens et civil, etc.

1. Division quant à l'objet et à l'origine du droit

2. Sources du droit privé

Titre III. - Des personnes.

1. De la personnalité, de l'état

2. Hommes libres et esclaves

3. Citoyens et pérégrins

Titre IV. - Des ingénus

Titre V. - De l'affranchissement, des affranchis des droits de patronage

1. Affranchis, patrons, droits de patrounge

2. Mode d'affranchissement, classes d'affranchis

Titres VI et VII. - Empêchements d'affranchir, loi *Furis cuninia*

1. Empêchements fondés sur l'âge

2. Affranchissements frauduleux

3. Loi [...]

4. Autres [...] ements

Titre VIII.- Personnes *sui, alieni juris* . Puissance dominicale.

1. De la famille

2. Puissance dominicale

3. Condition des esclaves

Titre IX. - De la puissance paternelle.

1. Son origine, ses caractères

2. Ses effets

Titre X. - Du mariage.

1. Diverses espèces d'union. Comment elles s'établissent

2. Empêchements au mariage

3. Effets du mariage

4. Sa dissolution

Titre X bis. - De la légitimation.

1. Modes anciens

2. Modes nouveaux

Titre XI. - De l'adoption.

1. De l'adoption, en général

2. Formes de l'adrogation

3. Formes du l'adoption simple

4. Effets de l'adoption

5. De l'assignation d'enfant

Titre XI. bis. - De la manus et du *muncipium* .

1. *Manus*

2. *Mancipium*

Titre XII. - Dissolution de la puissance paternelle.

1. Effets d'événements altérant la personnalité

2. Faits personnels du parent, ou sentences du magistrat y suppléant

3. Effet du certaines dignités

Titre. XII. bis. - Dissolution de la *manus* et du *muncipium* .

1. De la *manus*

2. Du *mansipium*

Titre XIII. - Des tutelle

Titre XIV. - De la tutelle testamentaire.

1. Tutelle testamentaire

2. Qui peut y être appelé

3. Formes et modalités de la désignation

Titre XV. - De la tutelle légitima. De celle des agnats.

1. Tutelle légitime

2. Tutelle des agnats

Titre XVI. - Du la dégradation d'état.

1. Définition, division

2. Effets de la dégradation d'état

Titre XVII. - Tutelle légitime des patrons et des gentils

Titre XVIII - Tutelle légitime des ascendants paternels

Titre XIX - Des tutelles fiduciaires.

1. Tutelle fiduciaire ancienne

2. Tutelle fiduciaire nouvelle

3. Résumé des tutelles légitimes

Titre XX. - Des tuteurs datifs

Titre XXI. - De la gestion, de l'autorisation des tuteurs.

1. Administration des tuteurs

2. Gestion d'affaires par le tuteur

3. De l'autorisation

Titre XXI bis. - Tutelle perpétuelle des femmes.

1 Diverses espèces de tutelle perpétuelle

2. Conditions générales de cette tutelle

Titre XXII. - Extinction de la tutelle

Titre XXIII. - De la curatelle. Demande des tuteurs et curateurs.

1. Curatelle. Définition, division

2. Cas de curatelle, minorité, interdiction

3. De la demande des tuteurs et curateurs

4. Administration et fin de la curatelle

Titre XXIV. - De la caution des tuteurs et curateurs

Titre XXV. - Des excuses.

1. Des excuses en général; diverses espèces

2. Procédure en matière d'excuses

Titre XXVI. - Des tuteurs et curateurs suspects
LIVRE II
Titre I. - Division des biens.
I. Diverses classifications des choses et des biens
Titre II. - Diverses espèces de droits.
Division des modes d'acquérir
Titre II bis. - Examen des divers modes d'acquérir.
1. Occupation
2. Accession
3. Tradition
4. Modes du droit
Titre III. - Des servitudes.
1. Généralités
2. Des servitudes prédiales
3. Examen des principales
4. Leur établissement
5. Leur extinction
Titre IV. - De l'usufruit.
1. Nature et caractères; droits et devoirs de l'usufruitier
2. Comment s'établit et s'éteint l'usufruit
Titre V. - Usage, habitation, oeuvres d'esclaves.
1. Nature de ces droits
2. Leur établissement, leur extinction
Titre V bis. - Des autres droits réels: gage, hypothèque
Titre VI. - Usucapion et prescription.
1. De la possession
2. Usucapion et prescription, ancien droit
3. Prescription sous le droit impérial
Titre VII - Des donations entre-vifs et à cause de mort.
1. Donations, en général
2. Donations entre-vifs
3. Donations à cause de mort
Titre VII bis. - Des donations ayant trait au mariage.
1. Donation de fiançailles
2. Donation anténuptiale et antipherne
3. Donations entre époux
4. Mode d'acquérir à titre particulier relatif à l'affranchissement
Titre VIII. - Capacité requise pour aliéner.
1. Généralités
2. De la dot
3. Indisponibilité des biens des personnes en tutelle ou curatelle
4. Du gage, de son aliénation
Titre IX. - Par qui on peut acquérir les droits réels et la possession.
1. Acquisition des droits réels
2. Dérogation pour les fils de famille et les femmes *in manu plena*
3. Acquisition de la possession
Titre X. - Règles des testaments.
1. Historique
2. Règles de forme extrinsèque
3. Règles de forme intrinsèque
Titre XI. - Des testaments militaires et autres, privilégiés.
1. Testaments militaires
2. Autres testaments privilégiés
Titre XII. - De la capacité de tester
Titre XIII. - Règles sur la mention des héritiers siens.
1. Règles du droit civil originaire
2. Droit des prêteurs et empereurs
Titre XIV. - Institution d'héritier. Ses modalités Division de l'hérédité.
1. Qui peut être institué
2. Formes et modalités de l'institution
3. Division de l'hérédité
Titre XV. - Des substitutions; de celle vulgaire.
1. Généralités
2. Règles de la substitution vulgaire
3. Comment elle s'exécute ou s'éteint
Titre XVI. - De la substitution pu pipillaire; de celle quasi-pupillaire.
1. Caractères et règles de la substitution pupillaire
2. Comment elle s'exécute ou s'éteint
3. De la substitution quasi-pupillaire
Titre XVII. - De la perte des testaments
Titre XVIII. - Des testaments inofficieux; de la légitime.
1. Testament inofficieux
2. Légitime.
Titre XIX. - Diverses cloues d'héritiers. Acceptation et renonciation.
1. Des diverses classes d'héritiers
Titre XIX bis. - Attribution des hérédités perdues.
1. Ancien droit
2. Droit impérial
Titre XX. - Des legs.
1. Généralités
2. Etude des quant à leur objet
3. Eude des modalités dans le legs Comment on l'acquiert, suivant sa teneur
4. Capacité active et passive, en cette matière
5. Attribution des legs perdus
Titre XXI. Révocation et translation des legs.
1. De la rétention des legs
2. De leur translation

Titre XXII. - De la loi Falcidic.
1. Historique
2. De la Falcidic
Titre XXIII. - Des fidéicommis en général Hérédités fidéicommissaires.
1. Fidéicommis, en général
2. Exécution des fidéicommis universels
Titre XXIV.- Fidéicommis à titre particulier
Titre XXV. - Des codicilless
LIVRE III
Titre I. - Des successions ah intestat d'ingénu; ordre des héritiers siens
1. De la succession légitime
2. Héritiers siens et descendant qui leur fuient assimilés
Titre II. - Ordre des agnats et des col latéraux qui y furent assimilés.
1. Sous la loi des 12 tables et la jurisprudence intermédiaire
2. Sous les constitutions impériale
Titre II bis.-Ordre des gentils; succession des ascendants paternels.
I. Ordre des gentils
2. Succession des ascendants paternels
Titre III. - Succession des ascendantes; (Sc. Tertullien).
1. Sous les douze-tables
2. Sénatus consulte Tertullien
3. Sa modification par les constitutions
Titre IV. - Succession des descendants des femmes.
1. Sous les douze-tables
2. Sénatus-consulte orphitien
Titre V. - Succession des cognats et du conjoint.
I. Cognats sous le droit prétorien
2. Cognats sous le droit impérial
3. Successions exceptionnelles
Titre VI. - Degrés de parenté
Titre VII. - Succession passive des affranchis.
1. Sous les douze-tables
2. Sous le prétorien
3. Sous le droit impérial antéjustinien
4. Sous Justinien
Titre VIII. - Du droit de sucession des descendants de patrons de l'assignation d'affranchi.
1. Succession des descendants de paires
2. Assignation d'affranchi
Titre IX. - Des possessions de biens.
1. Généralités
2. Explication des possessions édictales
3. Réformes de Justimen
Titre IX bis. - Système successoral de Justinien
Titre X. - Acquisition par l'adrogation et l'in manum conventio.
1. Ancien droit
2. Droit de Justinien
Titre XI - Addiction pour sauver les affranchissements
Titre XII. - Autres successions, perdues ou subsistantes.
1. Acquisition d'une personne libre
2. *Bonorum sectio et bonoram vendilio*
Titre XIII. - Des obligations.
1. Généralités
2. De la convention
3. Effets et interprétation des conventions
4. Des contrats
5. Prédation des fautes
Titre XIV. - Des contrats réels.
1. Généralités
2. Du *mutuum*
3. Commodat
4. Dépôt
5. Gage
Titres XV et XVI. - Des contrats verbeaux. Des nullités de la stipulation.
1. Généralités
2. Contrats verbaux, en dehors de la stipulation
3. Stipulation; qui peut y figurer
4. Des choses qu'on peut et de la façon dont on doit stipuler
5. Modalités de la stipulation
Titre XVII. - Stipulations des esclaves et fils de famille.
1. Des stipulations des esclaves
2. De celles des fils de famille
Titre XVIII. - Division des stipulations
Titre XIX. - Des obligations solidaires et indivisibles.
1. Genéralités
2. Solidarité des créancier
3. Solidarité des débiteurs
4. Obligations indivisibles
Titre XX. - De *l'intercessio* et des fidéjusseurs
1. De *l'intercessio* et de *l'adpromissio*
2. *Adpromissio ancienne*
3. Fidéjusseurs, (droit de Justinien)
Titre XXI. - Contrats littéraux.
1. Généralités
2. Des anciens contrats littéraux
3. Le central litteral dans Ies Instituts
Titre XXII. - Contrats consensuels
Titre XXIII. - De la vente.

1. Nature et caractères
2. Conditions essentielles de la vente
3. Ses effets; obligations et actions
4. Modalités de la vente
5. Rescision du contrat
Titre XXIV. - Du louage.
1. Nature et conditions
2. Effets du contrat
3. De sa dissolution
Titre XXIV bis. - De l'emphytéose.
1. Caractères et conditions
2. Des effets du contrat; de sa dissolution
Titre XXV. - De la société.
1. Caractères, conditions essentielles. Division
2. Effets du contrat
3. Dissolution de la société
Titre XXVI. - Du mandat
1. Caractères et conditions. Division
2. Effets du mandat
3. Dissolution du contrat
4. *Mandatum pecunioe credendoe*
Titre XXVI bis. - Des pactes.
1. *Pactes, en général, nuda pacta*
2. Des contrats innommés
3. Pactes légitimes
4. Pactes adjoints
5. Pactes prétoriens
Titre XXVII. - Quasi-contrats.
1. Généralités
2. De la gestion d'affaires
3. Tutelle et curatelle
4. Communauté, hérédité
5. Du paiment de l'indu
Titre XXVIII. - Par qui on acquiert les créances
Titre XXIX. - De l'extinction des obligations.
1. Généralités
2. Du paiment
3. De la novation
4. Impossibilité d'exécution; perte de la chose
5. Modes d'extinction symétriques
6. Autres modes d'extinction *ipso jurs*
LIVRE IV
Titre I. - Obligations qui naissent des délits. Le vol.
1. Nature, division des délits
2. Le vol
3. Actions qui naissent du vol
Titre II. - La rapine
Titre III. - Délits de la loi Aquilia.
1. Généralités
2. De l'action. Son but, ses caractères
Titre IV. - Les injures
Titre V. - Des quasi-délits.
1. Quasi-délits fondés sur le fait personnel, illicite
2. Quas-délits fondés sur la responsabilité civile
Titre VI préliminaire. - De la procédure
1. Généralités
2. Des actions de la loi
3. Origine et nature du système formulaire
4. Parties de la formule. *Cognitiones extraordinaire*. Voies de recours
5. De la procédure extraordinaire
6. Inexatitudes dans la demande
Titre VI. Des actions.
1. Actions *in jus,in factum*
2. Actions civiles *in rem*
3. Actions prétoriennes; réelles, personnelles*in factum*, pénales, préjudicielles
4. Actions persécutoires, pénale, mixtes
5. Actions de droit strict, de bonne foi, actions arbitraires
6. Actions au simple, au double, etc.
7. Actions à condamnation fractionnée
Titre VII. - Actions à raison des contrats passés avec la *familia* .
1. Principe de ces actions
2. Examen des actions
Titre VIII et IX. - Actions noxales et *de pauperie*
1. Origine et caractère
2. Suite de l'abandon noxal
3. Action de *pauperie*
Titre X. - Mandataires judiciaires.
1. Historique
2. Etude du mandat judiciaire du *cognitor, procurator, tutor, defensor*
Titre XI. - Cautions judiciaires.
1. Ancien droit
2. Droit de Justinien
Titre XII. - De la durée des actions; de leur transmissibilité.
1. Durée des actions
2. Durée des instances
3. Transmissibilité des actions
Titre XIII et XIV. - Des prescriptions et préjugés. Des exceptions, répliques et dupliques.

1. Des prescriptions et préjugés
2. Caractère, division des exceptions
3. Examen des exceptions
4. Des répliques, dupliques, etc.
Titre XV. - Des interdits.
1. Généralités
2. Interdits *adipiscendoe possessionis*
3. Interdits *retincudor possessionis*
4. Interdits *recuperandoe* et *tam adispiscendoe quum recuperandoe possessionis*
Titre XVI. - Répression des procès téméraires.
1. Ancien droit
2. Droit de Justinien
Titre XVII. - Des devoirs du Juge
Titre XVIII. - Des délits publics.
1. Procédure criminelle
2. Principaux délits publics