Des Obligations naturelles en droit romain, par E. Machelard,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Machelard, Eugène. Des Obligations naturelles en droit romain, par E. Machelard,.... 1861.

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.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

39268

DES

OBLIGATIONS NATURELLES

EN DROIT ROMAIN

C.

Paris;— Imprimerie de E. DONNAUD, rue Cassette, 9.

DES

OBLIGATIONS NATURELLES

EN DROIT ROMAIN

PAR

E. MACHELARD

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN A LA FACULTÉ DE DROIT

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE DE PARIS

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE IMPR.

PARIS

AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE

7, RUE DES GRÈS-SORBONNE

1861

E. MACHEFERT

DE

OBSERVATIONS MALOBSERVÉES

SUR

AUGUSTE DERNAND, LIBRAIRE

PARIS

PRÉFACE.

—

Notre traité *des Obligations naturelles en droit romain*, qui paraît aujourd'hui d'une manière complète, est le résultat des études que nous avons dû faire sur cette matière, à laquelle nous avons consacré deux conférences de Doctorat, l'une dans le cours de l'année 1859, l'autre durant la présente année. Ce livre n'étant que le résumé des explications données aux conférences, cette circonstance rend compte de la forme sous laquelle se produit notre traité, dans lequel l'exégèse des textes occupe une si large place.

Le sujet étant trop vaste pour être parcouru en entier dans une seule conférence, nous l'avons divisé en deux parties, dont la première fut par nous examinée en l'année 1859. Comme cette première partie nous parut contenir beaucoup de points qui convenaient aux études de Licence, nous avons introduit les textes qui y étaient relatifs dans les matières du premier examen de Licence

pour les élèves de l'année 1859-60. Les détails dans lesquels nous entrons sur les effets des pactes, sur la théorie des contrats innomés, de même que l'examen auquel nous nous livrons des différentes causes d'incapacité admises par le droit romain, nous ont semblé s'adapter très-bien au cours d'Institutes approfondi, tel qu'il est professé dans les Facultés françaises, depuis que sa durée a été portée à deux années. Tel a été le but de notre première publication, que nous avons cependant assez développée pour qu'elle pût s'adresser également aux aspirants au Doctorat.

La conférence de Doctorat, que nous avons tenue cette année, nous a fourni l'occasion d'achever notre travail sur les obligations naturelles. Nous livrons aujourd'hui à nos élèves et au public, sous le titre de deuxième partie, l'analyse des séances de la conférence de 1861, à laquelle nous avons joint une troisième partie, où nous avons essayé de résumer les idées qui, à notre estime, dominent la théorie des obligations naturelles en droit romain.

Cette théorie avait, dans cette ancienne législation, bien plus d'importance qu'elle n'en présente de nos jours. Les progrès de la civilisation, le changement des institutions ont fait disparaître

bien des hypothèses pour lesquelles les jurisconsultes de Rome admettaient une obligation naturelle. Aussi la valeur de l'obligation naturelle est-elle descendue d'une manière générale dans notre droit au niveau de ce qu'elle était quelquefois en droit romain, quand elle était réduite à ses moindres effets. Notre législateur a laissé tout à faire à la doctrine, en omettant de s'expliquer sur les cas d'obligation naturelle. Mais on trouvera des points de contact entre certaines obligations naturelles du droit romain, et celles qui sont reconnues chez nous par les meilleurs esprits comme devant être qualifiées de ce titre.

Les travaux de nos devanciers nous ont considérablement servi pour composer ce livre. Nous citerons particulièrement le *Traité de l'obligation naturelle* publié récemment par notre honorable collègue, M. Massol, traité dans lequel l'auteur a envisagé le sujet à la fois en droit romain et en droit français. Nous devons surtout beaucoup au vénérable M. de Savigny, qui, dans le tome I^er^ de son *Droit des obligations*, a exposé avec sa lucidité ordinaire, les règles du droit romain sur les obligations naturelles; c'est là que nous avons trouvé en grande partie les matériaux que nous avons mis en œuvre. M. de Savigny a été notre guide le plus habituel, bien

que nous nous soyons écarté plus d'une fois des opinions de ce savant maître; mais, sur les questions les plus importantes, où nous avons abandonné les doctrines de M. de Savigny, nous avions pour excuser notre témérité, l'appui de l'autorité de l'un des romanistes les plus judicieux de notre époqu e de M. de Vangerow, l'illustr eprofesseur d'Heildeberg, aux écrits duquel nous empruntons toujours volontiers pour les besoins de notre enseignement.

Paris, 10 juillet 1861.

MACHELARD.

DES

OBLIGATIONS NATURELLES

EN DROIT ROMAIN.

TEXTES EXPLIQUÉS

—

INTRODUCTION.

L. 16, § 4, D. *De fidejussoribus et mandatoribus* (XLVI-1).

JULIANUS, libro LIII Digestorum.

I. Naturales obligationes non eo solo æstimantur, si actio aliqua earum nomine competit: verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt debitum sibi recepisse.

JULIEN, Digeste, livre 53e.

I. Les obligations naturelles ne s'apprécient pas seulement à ce caractère qu'il existe à leur sujet quelque action, mais encore à celui-ci que ce qui a été payé ne peut être répété. En effet, bien que l'on s'exprime improprement, en disant des débiteurs naturels qu'ils doivent, cependant, par abus de langage, on peut les appeler débiteurs, et ceux qu'ils ont payés peuvent être considérés comme ayant reçu ce qui leur était dû.

L. 10, D. *De verborum significatione* (L.-XVI.)

ULPIANUS, libro VI, ad Edictum.

II. Creditores accipiendos esse constat eos quibus debetur ex qualicunque actione, vel persecutione, vel jure civili sine

ULPIEN, sur l'Édit, livre 6e.

II. Il est certain que le titre de créanciers appartient à ceux qui peuvent intenter une action quelconque, ou exercer des

ulla exceptionis perpetuæ remotione, vel honorario, vel extraordinario, sive pure, sive in diem, vel sub conditione. Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum...

poursuites *extra ordinem*. Peu importe que l'action dérive du droit civil, si elle ne peut être écartée par aucune exception perpétuelle, ou qu'elle dérive du droit honoraire, ou qu'elle soit concédée en dehors des règles ordinaires. Peu importe aussi que la dette soit pure et simple, ou à terme, ou conditionnelle; mais, quant à ceux à qui il n'est dû que naturellement, ils ne peuvent être regardés comme créanciers.

EXPLICATION

INTRODUCTION.

IDÉE DE L'OBLIGATION NATURELLE CHEZ LES ROMAINS.

Le premier point sur lequel il importe de se fixer, c'est la valeur de ces expressions : *obligatio naturalis*, dans la langue des jurisconsultes romains.

Nous croyons qu'il faut avec MM. Francke (1) et de Savigny (2), reconnaître que ces expressions n'étaient pas toujours employées avec la même signification, et qu'elles se prêtaient au moins à deux acceptions différentes (3).

1re *Signification.* — Quelquefois la distinction entre l'obligation *naturelle* et l'obligation *civile* n'est qu'une application de cette division, si profonde dans le droit romain, qui attribue certaines institutions au *jus gentium* (dont les mots *jus naturale* sont en général synonymes), tandis que d'autres institutions appartiennent au *jus civile*. Cette division, indiquée aux *Institutes*, liv. Ier, tit. II, se rencontre à chaque pas pour ainsi dire; il n'est

---

(1) *Civil. Abhandl.*, p. 66.

(2) *Das Obligationenrecht*, t. 1, § 5.

(3) C'est faute d'avoir observé cette double signification que Cujas, et après lui Pothier, ont fait, suivant nous, fausse route dans l'interprétation des textes relatifs à l'obligation naturelle du pupille, ainsi que nous aurons à l'expliquer plus tard.

donc pas étonnant de la retrouver aussi dans la matière des obligations.

Sous ce point de vue, l'obligation naturelle ne se sépare pas de l'obligation civile, en ce qu'elle aurait moins de force que celle-ci, en ce qu'elle serait dépourvue de la sanction d'une action qui serait l'apanage exclusif de l'obligation civile. Dans les deux cas, l'obligation est douée de la même énergie, et le créancier peut toujours triompher de la mauvaise volonté du débiteur en recourant à l'autorité judiciaire.

L'intérêt de la distinction est relatif aux personnes qui sont capables de figurer comme sujets de l'obligation. Quand elle est *naturalis*, elle est accessible aux *peregrini* de même qu'aux citoyens romains. Au contraire, quand elle est *civilis*, elle n'est possible qu'entre citoyens romains.

Envisagées dans ce sens, les obligations naturelles sont incomparablement plus nombreuses que les obligations civiles. C'est ainsi que *presque* tous les contrats (source la plus fréquente des obligations) étaient reconnus pour appartenir au *jus gentium* (§ 2 Instit., *De jur. nat. gent. et civ.*)

Les textes ne font pas défaut pour asseoir cette première signification donnée à l'obligation naturelle.

On trouve, en effet, plus d'une fois dans les jurisconsultes romains l'idée d'obligation naturelle appliquée à des cas où l'existence d'une *action* ne saurait faire doute, ce qui prouve qu'en caractérisant ainsi l'obligation, les auteurs se référaient uniquement à son origine, pour indiquer que les motifs qui justifiaient l'obligation étaient puisés dans ce que l'on appelait *naturalis ratio*. Ainsi,

d'après Paul (l. 15, pr. *De cond. indeb.* XII, VI), la *condictio indebiti* est qualifiée *naturalis*. Le jurisconsulte a seulement en vue le fondement de l'action, qui repose sur le *bonum et l'æquum*, comme le dit formellement Papinien (l. 66. *eod. tit.*)(1). Au lieu du *jus naturale*, c'est le *jus gentium* qui est invoqué par Marcien (l. 25. D. *De act. rer. amot.* XXV-II), pour baser une *condictio sine causa ;* mais ces deux expressions, nous l'avons dit, ont en général la même portée. — D'un autre côté, Ulpien (l. 5, pr. D. *De auct. et cons. tut.* XXVI-VIII), à l'occasion d'un *mutuum* intervenu entre un tuteur et son pupille, admet une obligation naturelle jusqu'à concurrence de ce dont le pupille s'est enrichi, et accorde dans cette mesure la voie d'une action; enfin, dans la loi 126, § 2, D. *De verb. oblig.* (XLV-I), l'obligation découlant d'un prêt, à la suite duquel il y a eu stipulation par la formule : *Spondeo,* est qualifiée *obligatio naturalis,* par opposition à l'obligation qu'aurait engendrée la stipulation ; ici encore la ressource d'une action au profit du créancier ne peut être contestée.

Bien que les obligations naturelles dans ce premier sens ne soient pas le sujet que nous nous proposons de traiter, nous nous arrêterons un instant à rechercher les applications qui peuvent être faites de cette distinction.

Nous avons dit que les contrats étaient, en principe,

---

(1) C'est encore dans le même sens que Paul, à l'occasion du louage (l. 1. D., *Loc. et cond.* XIX-II), s'exprime ainsi : *Locatio et conductio, cum naturalis sit, et omnium gentium...*) Il ne veut pas dire assurément que la convention de louage n'engendre pas d'action, mais bien qu'il s'agit d'un contrat qui n'est pas propre aux citoyens romains.

des sources d'obligations du *jus gentium*, c'est-à-dire naturelles. Il y avait néanmoins des exceptions assez rares, et ce sont ces exceptions qui méritent d'être signalées.

Il ne peut être douteux que l'obligation *per æs et libram*, la *nexi obligatio*, tant qu'elle fut en usage, ne constituât une obligation civile, réservée comme telle aux citoyens romains. Ce n'était, en effet, qu'une application de la *mancipatio*, et celle-ci était propre aux citoyens romains : —*Jus proprium civium romanorum*, dit Gaïus, I-119. Voy. aussi Ulpien, Reg. tit. XIX, § 4.

Quant à la stipulation, qui dérivait probablement du *nexum*, et qui, à raison de ses formes positives, porte le cachet d'un usage national, on pourrait être tenté de la considérer comme un mode civil d'obligation, et d'en restreindre l'emploi aux citoyens romains. C'est ce qui eut lieu sans doute dans l'origine; mais, comme le fait observer M. de Savigny (1), les besoins de la pratique firent une nécessité de s'écarter de ce point de vue qu'aurait imposé une logique rigoureuse. La stipulation, en effet, dans les règles du droit romain, était, on peut le dire, la *cheville ouvrière* des obligations contractuelles; et par suite des rapports toujours croissants avec les *peregrini*, l'admission de ceux-ci à la stipulation devint indispensable. Elle fut donc autorisée, sauf une réserve quant à la formule : *spondesne?*--*Spondeo*. Aussi Gaïus, comm. III, § 93, nous dit-il que cette dernière formule était *propria civium romanorum*, tandis que toutes les autres étaient valables entre perégrins comme entre Romains. Par suite, ajoute-t-il, bien que l'usage de la langue

(1) *Das Obligationenrecht*, t. I, § 6, p. 31.

latine soit indifférent en matière de stipulation, cette faculté ne s'étend pas à la formule romaine, qui est intraduisible, et qui, pour être efficace, doit être employée dans le langage national. Un peu plus loin, au § 179, l'auteur fait une application de cette règle que la *sponsio* constitue une forme civile d'obligation, en décidant qu'il n'y a pas novation, quand le nouveau débiteur est un *peregrinus* qui se serait servi du verbe *spondere*. La raison en est qu'à l'égard du *peregrinus*, *sponsus communio non est*.

En ce qui touche la *litterarum obligatio*, *l'expensilatio*, dans laquelle on retrouve encore un souvenir de *l'æs* et de la *libra* (1), le caractère civil de ce mode d'obligation se révèle en quelque sorte de lui-même. C'est pourquoi Gaius, *Comm.* III, § 133, regarde comme fort douteux qu'un *peregrinus* puisse s'obliger de cette façon : « *Merito quæritur, quia quodammodo juris civilis est talis obligatio.* Le même auteur nous apprend que l'exclusion radicale des *peregrini* était enseignée par Nerva, l'un des chefs cependant de l'école des Proculéiens, qui se distinguait par ses tendances pour les innovations (voy. Pomponius, l. 2, § 47, D. *De orig. jur.*, I-II). Les Sabiniens, au contraire, n'auraient pas fait preuve en cette matière de l'esprit de routine et de l'attachement aux anciens usages que leur attribue Pomponius. Sabinus et Cassius, en effet, auraient été d'avis d'ouvrir, en partie du moins, aux *peregrini* l'accès aux obligations *litteris*, pourvu qu'il s'agît d'un débiteur, qui, déjà lié *ex alia causa*, transformerait sa

(1) Cette origine ne peut guère être contestée; elle est clairement indiquée par l'appellation même d'*expensilatio*, qui signifie littéralement : *supposition d'un pesage*.

première obligation en une obligation *litteris*; quant à la *transcriptio à persona in personam*, elle serait restée, de l'aveu de tous, interdite aux *peregrini* (1).

A côté des obligations *ex contractu*, les obligations *ex delicto* sont-elles également susceptibles de se diviser en obligations civiles et obligations naturelles, en ce sens que les unes ne concerneraient que les Romains, tandis que les autres seraient communes aux *peregrini*? M. de Savigny (§ 5, p. 26) étend la distinction à cette source d'obligations, et il pose en principe que l'obligation *ex delicto*, en tant qu'elle n'a pas pour but la simple réparation du dommage, et qu'elle tend à une *peine*, doit être considérée comme civile. Sous ce point de vue, dit-il, l'obligation est étrangère à la *naturalis ratio*; elle repose sur une institution de pur droit positif, ce qui serait prouvé sans réplique par la nature tout à fait arbi-

---

(1) M. de Savigny (§ 6, p. 30), fait observer que l'essence de l'*obligatio litteris* consistait uniquement dans l'inscription sur les registres du créancier, pourvu qu'elle eût lieu avec le consentement du débiteur. Dès lors, dit-il, rien ne faisait obstacle, quand le créancier était un citoyen romain, à la formation d'une semblable obligation, par l'adhésion que donnait le débiteur *peregrinus* à la mention opérée sur les livres du créancier. — En admettant la vérité de cette observation, que nous croyons exacte, elle ne rendrait pas compte de la distinction proposée par les Sabiniens, qui excluaient absolument la *transcriptio a persona in personam*. Les doutes exprimés sur ce point par Gaïus, qui a ordinairement tant de condescendance pour la doctrine de ses maîtres, nous portent à penser qu'elle n'avait pas prévalu. Du reste, *en droit*, nous ne voyons pas quel intérêt il y avait à interdire l'*expensilatio* à la charge d'un *peregrinus*, puisqu'il pouvait, au moyen d'une stipulation, se constituer dans une position identique. *En fait*, la distinction n'était pas sans importance, la stipulation n'étant possible qu'entre parties présentes, tandis que l'*expensilatio* pouvait s'opérer à l'égard d'un absent. (G. III, § 138.

traire de la peine. Cependant, ajoute cet auteur (p. 33), les Romains avaient senti qu'il eût été absurde d'exempter les *peregrini* de la peine des délits qu'ils auraient commis, de même que de laisser impunis les délits dont ils auraient été victimes ; aussi, pour concilier la rigueur des principes avec les besoins de la vie sociale, recourait-on à des actions *fictices*, toutes les fois qu'un *peregrinus* se trouvait intéressé dans un débat, soit comme demandeur, soit comme défendeur. C'est ce que nous apprend Gaïus, IV, § 37, à l'occasion de l'action *furti* et de l'action de la loi *Aquilia*. Il nous dit qu'on introduisait alors dans la formule de l'action la fiction que le *peregrinus* était citoyen romain, ce qui rendait possible à son profit ou contre lui l'exercice de l'action.

Nous avons peine à admettre ce raisonnement. A nos yeux, il n'y a rien de contraire à la *naturalis ratio* dans la responsabilité pénale imposée à l'auteur d'un délit. La nécessité de la répression d'un méfait par un mal infligé au coupable est une idée acceptée par toutes les nations ; et le châtiment est aussi juste à l'égard de l'étranger qu'à l'égard du national, puisque l'un et l'autre sont des êtres également éclairés et également comptables de leurs mauvaises actions. Si la jurisprudence romaine usait de fiction en matière de *furtum* ou de *damnum injuria datum*, quand l'affaire concernait un *peregrinus*, cela tient, croyons-nous, à ce que les actions en pareil cas dérivaient, la première de la loi des XII tables, la seconde d'un plébiscite fort ancien, qui remonterait, suivant Théophile, à l'an 468 de Rome. Or, cette disposition de la loi des XII tables, de même que ce plébiscite, n'étaient sans doute applicables qu'aux citoyens romains. M. de Savigny, du

reste, abonde dans notre opinion, quand il fait observer (note *i*), que pour les actions pénales récentes, par exemple, pour celles qui découlaient de l'édit du Préteur on n'admettait assurément aucune fiction, et qu'elles étaient directement appliquées aux *peregrini*.

En résumé, quel que fût le procédé employé, qu'on usât de fictions ou non, toujours est-il que les *peregrini* n'échappaient point aux actions pénales, de même qu'ils pouvaient les exercer, en sorte qu'il n'existait pas en matière de délits d'action qui restât proprement *civile*.

Nous ajouterons, et ici nous sommes d'accord avec M. de Savigny (1), qu'il faut se garder de généraliser le biais de procédure indiqué par Gaïus quant aux actions *furti* et *damni injuriæ*, et de croire, ainsi que l'ont dit quelques auteurs, qu'il fût impossible à un *peregrinus* de figurer dans une formule autrement qu'à l'aide d'une fiction de la cité romaine. Toutes les fois, en effet, que le droit réclamé s'appuyait sur le *jus gentium*, il n'y avait aucun obstacle à ce que cette prétention, conforme au droit des gens, fût soulevée par ou contre un *peregrinus*. Nous tenons pour certain que, quand un *peregrinus* avait stipulé ou promis, avait vendu ou acheté, *l'intentio dare* ou *dare facere oportere* était, sans aucun détour, possible de sa part ou à sa charge.

2e *Signification*. — Dans un tout autre sens que le précédent, les jurisconsultes romains ont l'habitude de se servir des expressions : *Naturalis obligatio, natura*

(1) Note *i*.

deberi, pour désigner une obligation à laquelle manque la sanction d'une action. C'est assurément dans la concession du droit d'agir que consiste la force principale de l'obligation, du *vinculum juris*. Aussi va-t-on quelquefois jusqu'à refuser le titre de véritables créanciers ou de véritables débiteurs à ceux au profit desquels ou contre lesquels le droit *d'action* fait défaut (l. 10, *De verb. sign.* n° II). Cependant, en parlant d'une manière peu exacte (*improprie*), et par un abus de langage (*per abusionem*), il faut reconnaître, ajoute-t-on, que, nonobstant l'absence d'une action, il y a une obligation, imparfaite sans doute, mais dont les effets sont suffisants pour autoriser l'idée d'obligation, car un payement est possible ; et pas de payement s'il n'y a dette (l. 16, § 4. *De fidej.* n° I).

Cet état d'infériorité que peut offrir une obligation, la fait descendre à n'être qu'une obligation naturelle. C'est sous ce dernier aspect que nous voulons étudier les obligations *naturelles* en droit romain, où elles se présentent dans des circonstances bien plus nombreuses, et avec des effets bien plus puissants que dans notre droit actuel.

Faisons observer d'abord que si les obligations *naturelles*, dans la 1re signification, sont incomparablement plus nombreuses que les obligations *civiles (stricto sensu)*, c'est le rapport inverse qui doit être admis, alors qu'il s'agit des obligations *naturelles*, prises dans leur 2e signification. En général, l'obligation *civile*, c'est-à-dire pourvue d'une action, constitue la règle; au contraire, les obligations *naturelles*, c'est-à-dire sans action, forment des exceptions, dont nous aurons à déterminer le nombre et les diverses applications.

Entre les deux acceptions dont est susceptible le terme d'obligation naturelle, laquelle doit être présumée ? Nous croyons que c'est la seconde qu'il faut préférer, et que pour les jurisconsultes romains, les expressions *naturalis obligatio, natura deberi,* s'employaient ordinairement et régulièrement dans le sens d'obligation sans action. Ainsi, quand Marcien nous dit, l. 5 pr. *De pign.* et *hyp.* (XX-I), que l'hypothèque est possible, *vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali,* nous ne faisons point de doute qu'il avait en vue l'obligation dépourvue d'action. De même, quand Ulpien, l. 1, § 1. *De novat.* (XLVI-II), exprime cette idée qu'une obligation naturelle peut servir de base à une novation, ou remplacer par cette voie une précédente obligation, il est certain que sa pensée se portait sur l'obligation sans action, comme le prouve, du reste, l'exemple qu'il donne. C'est aussi dans le même sens que Justinien, au § 1, *De fidej.* (Instit. liv. III, tit. xx), admet comme capable de la garantie d'une fidéjussion l'obligation naturelle, ce qui est rendu incontestable par l'application qu'il fait immédiatement de la règle qu'il vient d'énoncer.

Quelquefois cependant il est permis d'hésiter entre les deux significations; aussi, depuis longtemps y a-t-il controverse entre les commentateurs sur la manière dont doit être entendue la loi 16, § 4, *De fidej.* (n° I). Julien y émet cette doctrine qu'il n'est point essentiel, pour constituer une obligation naturelle, que le créancier puisse intenter quelque action, mais qu'il suffit qu'en cas de payement la répétition soit interdite; or, a-t-on fait observer, ce n'est pas assez, pour caractériser l'obligation naturelle dans le sens ordinaire de ce mot, que de

dire qu'elle n'exige pas la concession d'une action. Il faut aller plus loin, et, pour la distinguer de l'obligation civile, il faut dire qu'elle n'existe que là où l'action manque chez le créancier ; aussi, certains auteurs, Hotomann (1), par exemple, et Godefroy (2) ont ils proposé d'ajouter une négation, et de lire : NON *competit*. C'est un procédé fort commode assurément, mais un peu brutal, pour se débarrasser d'un texte gênant, que de le retourner de la sorte, en lui faisant dire justement le contraire de ce qu'il contient. Cette correction, qui n'est autorisée par aucun manuscrit, n'a guère rallié de partisans; et les opinions se sont partagées entre les deux explications suivantes.

L'explication, qui prévalait jadis, que l'on trouve dans Cujas (3), dans Pothier (4), est que l'auteur de notre texte emploie les expressions *obligationes naturales* dans le double sens que nous leur avons reconnu, soit comme désignant les obligations munies d'actions admises par le *jus gentium*, soit comme s'appliquant aux obligations naturelles, dans le sens le plus étroit, c'est-à-dire à celles qui sont dépourvues d'action. Cette opinion, reproduite plus récemment par Weber (5) et par Glück (6), a, de nos jours, trouvé un défenseur déclaré dans M. de Savigny (7), qui fait observer que les

---

(1) Observ. III-2.

(2) Dans ses notes sur la loi 10, D. *De obl. et act.*, qui énonce dans les mêmes termes la proposition developpée dans notre texte.

(3) *Recit. solemn. ad libros Salvii Juliani*, l. 16, § 4. *De fidej.*, t. VI. c. 367, édit. de Naples.

(4) *Pandect.* Justin. ad tit. *De fidej.*, n° VIII, note c.

(5) *Obligation naturelle*, § 51.

(6) T. I, p. 188.

(7) § 7, p. 40.

termes de la loi : *si*... *cum* indiquent, dans la pensée du jurisconsulte, des cas différents d'obligations, et non pas des effets différents d'une seule et même espèce d'obligations.

Enfin, un troisième système, qui paraît avoir rencontré assez de faveur chez les modernes, consiste à dire que les actions mentionnées comme possibles en matière d'obligations naturelles, ne sont pas des actions qui atteignent les débiteurs naturels, mais seulement ceux qui ont accédé à l'obligation, en se portant fidéjusseurs, en faisant un constitut, en fournissant une hypothèque. Toutes ces garanties, en effet, comme nous le verrons, peuvent se rencontrer à côté d'une obligation naturelle qui leur sert de base, ce qui permet de dire que des actions compètent à l'occasion d'obligations naturelles *(earum nomine)*. Ce qui est décisif en faveur de cette interprétation, suivant ses partisans (1), c'est que le § 4 n'est que le développement et l'application du § 3, d'après lequel la fidéjussion s'applique indifféremment à l'*obligation civilis, vel naturalis*. Cette antithèse devrait servir à déterminer le sens du mot *naturalis*, telle que nous la donnent, en répétant et en expliquant cette proposition, les rédacteurs des Institutes.

Quelque ingénieux que soit ce système, nous ne pensons pas cependant qu'il doive être adopté. L'ancienne explication nous paraît plus conforme à la pensée de Julien. Comme le remarque judicieusement M. de Savigny, l'obligation naturelle *(stricto sensu)* ne commence pas à avoir cette qualité par suite de cet accident

(1) Unterholzner, *Lehre von den Schulerdverh*, t. I, p. 12, de Vangerow, t. III, p. 5.

qu'une action devient possible, grâce à une fidéjussion ou à une hypothèque ; elle existe indépendamment de ces circonstances. Il est certain que les obligations étaient quelquefois qualifiées naturelles comme étant efficaces *jure gentium*. Dès lors est-il étonnant que Julien, après avoir posé en principe que l'obligation du *jus civile*, de même que celle de *jus gentium*, est susceptible de fidéjussion, ajoute l'observation suivante? On ne doit pas restreindre l'idée d'obligations naturelles à celles qui produisent action d'après le *jus gentium ;* il faut l'étendre aussi aux obligations naturelles dans un sens plus étroit, à celles-là même qui ne peuvent pas être ramenées à exécution par voie d'action, mais à l'égard desquelles le droit de répéter est refusé quand il y a eu payement. Cette dernière partie de la thèse de Julien étant celle qui offrait le plus d'intérêt, on conçoit qu'elle ait seule été mise en lumière par les rédacteurs des Institutes.

Au surplus, tout ce débat n'a véritablement pas une utilité doctrinale, et n'est au fond qu'une dispute de mots. Quelque parti que l'on prenne entre les deux explications qui ne changent rien au texte de Julien, on arrive toujours à une proposition exacte. Il n'y a d'autre conclusion à tirer de cette controverse que celle-ci, savoir que la langue juridique des Romains n'est pas irréprochable, et qu'il est fâcheux que les mêmes expressions soient employées pour désigner des choses différentes (1).

Une autre observation de la même nature, que nous

(1) L'indétermination du mot *naturalis* en matière d'obligations se retrouve chez les Romains, quand cette épithète est appliquée à la possession. (Voyez nos *Textes de droit romain*, p. 43.

fournit notre sujet, est relative à l'indécision et à l'incertitude du langage, qui, tantôt fait dépendre l'obligation de l'existence d'une action, tantôt la déclare indédendante de cette qualité. Ainsi, Ulpien, l. 10, *De verb. sign.* (n° II), ne reconnaît comme créanciers que ceux qui peuvent recourir à une action (1), et il ajoute formellement que là où il n'y a qu'une dette naturelle, le titre de *creditor* doit être refusé. De même que celui-là seul est *creditor* qui a un moyen de contraindre au payement,

---

(1) Ulpien admet également la qualification de *creditor*, soit pour celui qui peut user d'une action proprement dite (*ex qualicunque actione*), c'est-à-dire qui peut obtenir une formule ou le renvoi devant un *judex*, soit pour celui qui peut recourir à une *cognitio extraordinaria* (*vel persecutione*), c'est à-dire celui dont la prétention devra être examinée *extra ordinem* par le magistrat. Tel est notamment le fidéicommissaire, par opposition au légataire. Voir l. 178, § 2, *De verb. sign.* (L-XVI), et Gaïus, II-278. — D'un autre côté, il est indifférent que l'action dérive du droit civil, ce qui signifie des sources du droit autres que les édits des magistrats, ou qu'elle soit fondée sur ces édits (*vel jure civili... vel honorario*, qu'il s'agisse, par exemple, d'une stipulation ou d'un constitut. Le droit d'agir ne rend toutefois vraiment créancier qu'autant que l'action ne peut pas être écartée par une exception; car, comme le dit Paul, L. 112, *De reg. jur.* (L-XVII), peu importe que l'action n'existe pas, ou qu'elle soit paralysée par une exception. Cela n'est exact néanmoins que si l'exception est perpétuelle. Celui dont le droit n'est restreint que par une exception temporaire, a en réalité une créance à terme, qui constitue dès à présent une obligation, dont le payement immédiat n'autoriserait pas l'exercice de la *condictio indebiti*.—Il suffit également, pour être créancier, que quelqu'un aie droit à une action que le magistrat pourrait lui délivrer *jure extraordinario*, en s'écartant des règles habituelles, par exemple, au moyen de la rédaction d'une formule *in factum*, ainsi que le dit Ulpien dans la loi 42, § 1, *De obligat.* (XLIV-VII), qui reproduit à peu près la décision de notre texte. —La modalité d'une condition n'empêche pas enfin de donner à quelqu'un le titre de *creditor*. Sous certains rapports, cependant, cette qualité n'appartient pas au légataire conditionnel, à la différence de celui qui aurait fait une stipulation sous condition, suivant la distinction établie par le même Ulpien, dans la loi 42, pr. *De obligat.*

de même il n'y a de *debitor* que celui qui, malgré sa résistance, peut être forcé à payer, suivant Modestin., l. 108 *De verb. sign.* Cependant l'idée d'un *debitum* n'était pas absolument écartée à défaut du droit d'action. Nous savons déjà que Julien admet que l'on peut, improprement et *per abusionem*, parler d'une dette, bien qu'il n'existe pas d'action. Le même point de vue ressort des textes que nous avons cités précédemment, et qui, pour asseoir une hypothèque, une novation, une fidéjussion, reconnaissent dans l'obligation naturelle une dette réelle. L'expression *debere* est également appliquée, dans la loi 94, § 3, *De solut.* (XLVI-III), par Papinien à une hypothèse où quelqu'un se trouvait tenu de deux façons, tantôt de manière à être soumis à une action, tantôt de manière seulement à ne pas pouvoir répéter ce qu'il aurait payé. Il serait aisé de citer bien d'autres passages; mais le plus remarquable assurément est la loi 5, § 2, *De solut.* (n°III), où le jurisconsulte emploie alternativement les mots *debitum* et *indebitum* à l'occasion d'une obligation naturelle.

Cette diversité de langage signifie uniquement que les jurisconsultes romains, quand ils repoussent l'idée d'obligation, font allusion à la dette parfaite, c'est-à-dire à celle qui est munie d'une action. Toutes les fois effectivement qu'il s'agit du droit d'action ou de ses conséquences, le créancier naturel, ne pouvant y prétendre, ne joue point, sous ce rapport, le rôle de créancier. Aussi, Cujas (1) a-t-il conjecturé qu'Ulpien, dans la loi 10, s'occupait de déterminer ceux qui avaient qualité pour obtenir la *missio in possessionem*. Mais, du moment

(1) *Comment. in tit. De verb. sign.* t. VIII, c. 489.

où il est question d'un effet autre que l'exercice d'une action, les Romains appliquent au créancier naturel les mêmes expressions qu'au créancier civil; il y a dette, il y a obligation.

Caractères de l'obligation naturelle. — Quand on cherche à déterminer ce qui constitue l'essence de l'obligation naturelle en droit romain, il est facile de le faire d'une manière négative, en disant que le créancier naturel n'est point armé d'une action; mais il est évident que si l'obligation naturelle n'avait que cette absence de vertu, elle ne mériterait pas d'être considérée comme une obligation. Ce qui est beaucoup plus important, c'est de fixer ses caractères positifs, c'est de préciser les effets réels attachés à l'obligation naturelle. Ces effets, en droit romain, sont assez multipliés, et ils imprimaient la plupart du temps à l'obligation naturelle une puissance bien plus grande que celle qui lui appartient en droit français. Sans doute, ce ne sont que des effets indirects et accidentels; mais, comme ils peuvent se produire indépendamment de la volonté du débiteur, et le mettre malgré lui dans la nécessité de payer, il est certain qu'il y avait un lien proprement dit, un *vinculum*, et qu'on était dans le vrai en parlant d'une obligation.

Les conséquences que les textes de la législation romaine attachent aux obligations naturelles peuvent se ramener aux propositions qui suivent :

En première ligne, il faut placer l'interdiction d'une répétition en cas de payement, eût-il été fait par erreur. Ce refus de la *condictio indebiti* peut même être considéré comme la pierre de touche de l'obligation naturelle. Le plus souvent les jurisconsultes lient ensemble ces deux

idées : obligation naturelle, interdiction de la *condictio indebiti*.

En second lieu, se présente la faculté d'user de la compensation. Ce sera là assurément, toutes les fois que cette ressource sera donnée, l'effet le plus énergique de l'obligation naturelle, puisqu'il soumettra le débiteur naturel à un payement contre son gré.

Par analogie de la compensation, nous rencontrons la possibilité d'imputer à l'actif du pécule la dette du chef envers celui qui est sous sa puissance, ou, *vice versa*, la possibilité d'opérer une déduction sur le pécule, quand c'est l'esclave ou le fils de famille qui se trouve débiteur.

D'un autre côté, l'obligation naturelle était considérée comme autorisant les diverses garanties accessoires qui peuvent accompagner une obligation, telles que l'hypothèque, la fidéjussion, le constitut; elle était susceptible également de servir de base à une novation.

Enfin, quand il y avait obligation naturelle, la reconnaissance de la dette s'appréciait au point de vue d'un règlement entre créancier et débiteur, de manière à écarter l'application des règles propres aux donations.

Les différentes conséquences que nous avons signalées sont indiquées çà et là par les textes du droit romain, tantôt l'une, tantôt l'autre, au sujet de telle ou telle obligation naturelle. S'il fallait les admettre en masse, comme devant se produire indistinctement chaque fois qu'il existe une obligation naturelle, il serait vrai de dire, comme l'ont fait quelques auteurs, que l'obligation naturelle ne se sépare de l'obligation civile qu'à raison du défaut d'action, et qu'à cela près, elle participe à tous les effets de l'obligation civile. Mais l'examen

de la matière nous amènera à reconnaître qu'il faut se garder d'être aussi affirmatif, et de généraliser, pour l'appliquer à toutes les obligations naturelles, l'ensemble des effets dont nous avons parlé. La vérité est que les obligations naturelles se présentent en droit romain avec un caractère d'énergie différent, qu'il en existe à des degrés divers. Parmi les conséquences indiquées plus haut, il y aura des distinctions à faire. Suivant les hypothèses, telle conséquence sera applicable, telle autre ne le sera point. Nous aurons des catégories à établir, de manière à discerner des cas d'obligation naturelle qui auront plus ou moins de portée.

Pour passer en revue les circonstances assez nombreuses où l'obligation naturelle est accusée par les Romains, nous suivrons une division que nous offre l'étude de notre sujet, dans lequel nous trouvons deux classes différentes d'obligations naturelles. Quelquefois, en effet, l'obligation ne se forme que d'une manière incomplète; elle est imparfaite à son origine même. D'autres fois, au contraire, il y a eu dans le principe une obligation entière et efficace. Mais certains événements ont dépouillé l'obligation de sa force primitive, de l'apanage d'une action. Seulement, comme il paraît inique d'anéantir absolument la créance, on la laisse subsister au moins comme obligation naturelle.

TEXTES EXPLIQUÉS.

PREMIÈRE PARTIE.

OBLIGATIONS NATURELLES QUI SE FORMENT AVEC CE CARACTÈRE.

§ 1er.— Obligations naturelles tenant à l'inobservation des formes exigées pour constituer l'obligation civile.

L. 5, § 2, *D. De solutionibus et liberationibus* (XLVI-III).

ULPIANUS, libro XLIII, ad Sabinum.

III. Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit : Cum distractis pignoribus creditor pecuniam redigit, si sint usuræ debitæ, et aliæ indebitæ, quod solvitur in usuras, ad utramque causam usurarum, tam debitarum quam indebitarum, pertinere. Puta quædam earum ex stipulatione, quædam ex pacto naturaliter debebantur. — Si vero summa usurarum debitarum et non debitarum non eadem sit, æqualiter ad utramque causam proficit quod solutum est, non pro rata, ut verba rescripti ostendunt. — Sed si forte usuræ non sint debitæ, et quis simpliciter solverit quas omnino non erat stipulatus, imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit ut in sortem cedant. Eidem autem rescripto ita subjicitur : quod generaliter cons-

ULPIEN, sur Sabinus, livre 45e.

L'empereur Antonin et feu son père ont décidé dans un rescrit ce qui suit : Quand un créancier se procure de l'argent au moyen de la vente des biens hypothéqués, s'il y a des intérêts qui soient dus et d'autres qui ne le soient pas, le payement doit s'imputer sur les deux espèces d'intérêts. Par exemple, il y avait des intérêts dus en vertu d'une stipulation, et d'autres dus naturellement en vertu d'un pacte. Si le montant de chaque espèce d'intérêts n'est pas le même, l'imputation doit se faire par égale portion, et non au *prorata* sur chaque espèce d'intérêts, ainsi que cela résulte des termes du rescrit. — Dans le cas où des intérêts ne seraient pas dus, et où le débiteur qui ne s'était pas engagé à des intérêts par une

titutum est, *prius in usuras nummum solutum accepto ferendum*, ad eas usuras videtur pertinere, quas debitor exsolvere cogitur: et sicut ex pacti conventione datæ repeti non possunt, ita proprio titulo non numeratæ pro solutis ex arbitrio percipientis non habebuntur.

stipulation, aurait fait un payement sans aucune explication, l'empereur Antonin et feu son père ont décidé dans leur rescrit qu'il y aurait imputation sur le capital. Le même rescrit ajoute ce qui suit : la règle générale, suivant laquelle l'*imputation doit se faire d'abord sur les intérêts* n'est vraie que pour les intérêts que le débiteur peut être contraint à payer. Sans doute les intérêts payés en exécution d'un pacte ne peuvent être répétés; mais, quand il y a payement sans explication, il n'est pas permis au créancier d'en faire l'imputation à son gré.

L. 1, § 2. *D. De verborum obligationibus* (XLV-1).

ULPIANUS, libro XLVIII, ad Sabinum.

IV. *Siquis* ita interroget, dabis? responderit, *quidni?* et is utique in ea causa est ut obligetur. — Contra, si sine verbis adnuisset. Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur qui ita adnuit : et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fidejussorem quidem.

ULPIEN, sur Sabinus, livre 48e.

IV. Si quelqu'un interroge de la sorte : Donnerez-vous? et qu'on lui réponde : Pourquoi pas? on doit admettre qu'il y a obligation. — Il en serait autrement si la personne interrogée, sans prononcer aucun mot, s'était bornée à un signe de tête affirmatif. Dans ce cas, ce n'est pas seulement l'obligation civile, c'est aussi l'obligation naturelle qui fait défaut. Par conséquent, il est vrai de dire que nul ne pourrait s'obliger accessoirement, pas même un fidéjusseur.

L. 1, § 4, *D. De pecunia constituta* (XIII-v).

ULPIANUS, libro XXVII, ad Edictum.

V. Eum, qui inutiliter stipulatus est, cum stipulari voluerit, non constitui sibi, dicendum est de constituta experiri non posse : quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum sit.

ULPIEN, sur l'Édit, livre 27e.

Si quelqu'un a stipulé inutilement, alors qu'il voulait stipuler, et non devenir créancier en vertu d'un constitut, on doit dire qu'il n'y aura pas lieu à l'action de constitut. En effet, c'est une promesse et non un constitut que l'autre partie avait l'intention de conclure.

L. 95, § 4, *D. De solutionibus et liberationibus* (XLVI-III).

PAPINIANUS, libro XXVIII, Quæstionum.

VI. Naturalis obligatio, ut pecuniæ numeratione, ita justo pacto, vel jurejurando, ipso jure tollitur; quod vinculum æquitatis, quo solo sustinebatur, conventionis æquitate dissolvitur. Ideoque fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.

PAPINIEN, Questions, livre 28e.

VI. L'obligation naturelle s'éteint de plein droit à la suite d'un pacte régulier ou d'un serment, de la même manière que s'il y avait eu payement. En effet, l'équité étant sa seule base, le lien disparaît en présence de la convention dont l'équité réclame l'observation. Dès lors, le fidejusseur qui aurait été donné par un pupille se trouve libéré dans les hypothèses qui ont été indiquées.

L. 27, § 2, *D. De pactis* (II-XIV).

PAULUS, libro III, ad Edictum.

VII. Pactus, *ne peteret*, postea convenit, *ut peteret*: prius pactum per posterius elidetur; non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est; quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur; et ideo replicatione exceptio elidetur....

PAUL, sur l'Édit, livre 5e.

VII. Un créancier, après être convenu de ne pas demander, est convenu qu'il pourrait demander. Le premier pacte sera effacé par le second, mais non pas de plein droit, ainsi que les choses se passent, quand il y a deux stipulations successives, si telle est l'intention des par-

ties. En effet, les stipulations mettent en jeu un point de droit, tandis que les pactes présentent une question de fait. Par conséquent, une réplique sera nécessaire pour repousser l'exception....

L. 3, § 2, D. De condictione causa data causa non secuta (XII-IV).

ULPIANUS, libro XXVI, ad Edictum.

VIII. Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non feceris, possum condicere: aut si me pœniteat, condicere possum.

ULPIEN, sur l'Édit, livre 26e.

VIII. Si je vous ai donné, afin que vous affranchissiez Stichus, je puis répéter ce que j'ai donné, dans le cas où vous n'affranchiriez pas. Je puis aussi répéter, si je me repens.

L. 5, pr. D. De condictione causa data causa non secuta (XII-IV).

ULPIANUS, libro II, Disputationum.

IX. Si pecuniam ideo acceperis ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis, vel valetudinis impedimento fuerit quominus proficisceris, an condici possit videndum. Et, cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare. Sed cum liceat pœnitere, ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est; nisi forte tua intersit non accepisse te ob hanc causam pecuniam. Nam si ita se res habeat, ut licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas proficisci, vel sumptus, qui neces-

ULPIEN, Disputes, livre 2e.

IX. Si vous avez reçu de l'argent pour aller à Capoue, et qu'après avoir fait des préparatifs pour partir vous en ayez été empêché par la mauvaise saison ou la maladie, y a-t-il lieu à répétition? Comme il n'a pas dépendu de vous de partir, on peut être porté à refuser la répétition. Mais, vu qu'il est loisible à celui qui a donné de se repentir, il est hors de doute qu'il peut répéter ce qu'il a donné, sauf le cas où il serait de votre intérêt de n'avoir pas reçu d'argent pour ce motif. En effet, si les choses sont telles que, bien que vous ne soyez pas

sarii fuerunt ad profectionem, jam fecisti, ut manifestum sit te plus forte quam accepisti erogasse, condictio cessabit: sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen ut indemnitas tibi præstetur ejus quod expendisti.

parti, vous ayez réglé vos affaires de manière à rendre votre départ nécessaire, ou si vous avez déjà fait les frais qu'exigeait votre départ, en sorte que vous ayez dépensé plus que vous n'avez reçu, il n'y aura pas lieu à répétition. Dans le cas où vous auriez dépensé moins, la répétition sera possible, à condition de vous rendre indemne des dépenses que vous avez faites.

L. 16, D. De condictione causa data causa non secuta (XII-IV).

CELSUS, libro III, Digestorum.

X. Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est? An nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati, re non secuta? In quod proclivior sum. Et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero quia hominem accipientis non feceris, et rursus, si tuus Stichus, et pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis quominus pecuniam repetere possim.

CELSE, Digeste, livre 3e.

X. Je vous ai donné de l'argent afin que vous me donniez Stichus. Est-ce là une affaire qui rentre dans le contrat de vente; ou bien n'y a-t-il d'autre obligation que celle qui se forme à la charge de celui qui reçoit dans un but, lequel ne se réalise pas? J'incline à cette dernière opinion. Dès lors, si Stichus est mort, je puis répéter ce que je vous ai donné pour obtenir Stichus. Supposez que Stichus ne vous appartînt pas, et que cependant vous me l'ayez livré, je puis répéter, parce que vous ne m'avez pas rendu propriétaire. D'un autre côté, si Stichus vous appartient et que vous refusiez de promettre pour le cas où il serait évincé, vous n'êtes pas à l'abri d'une répétition.

L. 5, § 1, *D. De præscriptis verbis, et in factum actionibus* (XIX-v).

PAULUS, libro V, Quæstionum.

XI. Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est. Sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi quanti interest mea illud de quo convenit accipere; vel, si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta. — Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit : at tu duntaxat culpam præstare debes.— Explicitus est articulus ille, *do ut des*.

PAUL, Questions, livre 5e.

XI. Si je vous ai donné de l'argent pour que vous me donniez un objet, il y a vente. Mais si je vous donne un objet pour que vous m'en donniez un autre, bien qu'il n'ait pas été admis que l'échange constituât une vente, il y aura cependant obligation civile, en vertu de laquelle j'agirai non pour obtenir la restitution de ce que vous avez reçu, mais pour obtenir une condamnation dans la mesure de l'intérêt que j'avais à recevoir ce dont nous étions convenus; ou bien, si je préfère recouvrer ce que j'ai donné, je pourrai le répéter, comme ayant été donné dans un but qui ne s'est pas réalisé. — Mais si je vous ai donné des coupes, pour que vous me donniez Stichus, cet esclave sera à mes risques, et vous n'avez à répondre que de votre faute. — Nous avons terminé cette hypothèse : *Je donne, pour que vous donniez*.

De donationibus ad legem Cinciam. — Fragmenta Vaticana, § 266.

ULPIANUS, libro I, ad Edictum de rebus creditis.

XII. Indebitum (non) (1) solutum accipimus non solum si omnino non debebatur, sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est, perpetuam exceptionem : quare hoc quoque repeti poterit, si quis perpetua exceptione tutus solverit. Unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse; nam semper exceptione Cinciæ uti potuit non solum ipse, verum, ut Proculeiani contra Sabinianos putant etiam quivis, quasi popularis sit hæc exceptio; sed et heres ejus, nisi forte durante voluntate decessit donator : etenim doli replicationem locum habere Imperator noster rescripsit in hæc verba.

(1) La négation, qui se trouve dans le manuscrit du Vatican, est évidemment une erreur de copiste. Voyez l. 26, §. 3, D. *De cond. ind.*, texte qui appartient au même jurisconsulte.

ULPIEN, livre 1er, sur l'Édit relatif au prêt.

XII. Il y a payement de l'indu, non-seulement quand la dette fait absolument défaut, mais encore quand la demande pouvait être repoussée au moyen d'une exception, qui fût perpétuelle ; aussi celui-là peut-il répéter qui a payé, alors qu'il était protégé par une exception perpétuelle. Par conséquent, si quelqu'un, qui s'était obligé contrairement à la loi Cincia, a payé à une personne qui n'était pas exceptée, il faut dire que la répétition est possible. En effet, l'exception de la loi Cincia appartient toujours au donateur, et même, dans l'opinion des Proculéiens, contraire à celle des Sabiniens, elle peut être invoquée partout le monde, comme si elle était populaire. Quant à l'héritier du donateur, il a droit aussi à l'exception, sauf le cas où le donateur serait mort persévérant dans la volonté de donner. Alors, en effet, il y a lieu à une réplique de dol, conformément à un rescrit de notre Empereur, dont voici les termes.

L. 6, D. De compensationibus (XVI-II).

ULPIANUS, libro XXX, ad Sabinium.

XIII. Etiam quod natura debetur venit in compensationem.

ULPIEN, sur Sabinus, livre 30e.

XIII. Une obligation même naturelle peut servir à compenser

EXPLICATION.

PREMIÈRE PARTIE.

OBLIGATIONS NATURELLES, QUI SE FORMENT AVEC CE CARACTÈRE.

§ 1er. — Obligations naturelles tenant à l'inobservation des formes exigées pour constituer l'obligation civile.

Parmi les causes d'obligations naturelles, qui naissent avec cette qualité, nous placerons d'abord l'hypothèse où les formes voulues par le droit civil pour l'obligation n'ont pas été observées. Les parties se sont contentées de faire un pacte; il n'y a, comme disent les Romains, qu'un *nudum pactum*.

Cependant, dès notre premier pas, nous rencontrons des difficultés et des controverses. Les commentateurs anciens et modernes sont loin d'être d'accord sur la proposition que nous venons d'énoncer. Il importe donc d'établir la légitimité de la doctrine que nous adoptons. S'il est vrai, en effet, que le pacte nu suffisait, en droi romain, pour produire une obligation naturelle, ce devait être là assurément une source fréquente d'obligations naturelles; et elle mérite par son importance qu'on lui assigne la première place.

On connaît cette grande règle de la législation romaine, suivant laquelle un simple pacte est, en général, impuissant à engendrer une action, et se borne à fournir une exception. *Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*, dit Ulpien, l. 7, § 4, *De pact.*

(II-XIV). Certes, on n'est pas autorisé à conclure de ce que le jurisconsulte nie en pareil cas l'existence d'une obligation, que cette négation porte même sur l'obligation naturelle. Nous savons que pour les Romains la véritable obligation est uniquement celle qui est accompagnée d'une action, et que, hors de là, ce n'est qu'improprement (*minus proprie et per abusionem*) que l'on peut parler d'une obligation. Ce qui justifie sans réplique notre interprétation, c'est la manière dont s'exprime Paul, à l'occasion de la même règle, dans ses sentences, liv. II, tit. XIV, § 1. Il s'agit d'un pacte relatif à des intérêts (*si pactum nudum de præstandis usuris interpositum sit*), lequel est apprécié de la sorte : *nullius est momenti*. Au premier aperçu, des termes aussi énergiques porteraient à faire croire que le pacte est absolument dénué de tout effet. Cependant il est indubitable que, au moins en matière d'intérêts, le pacte avait la force de produire une obligation naturelle, comme nous le verrons bientôt. Tout ce que le jurisconsulte entend dire, c'est donc qu'il n'y aura pas d'action ; et il explique immédiatement sa pensée, en ajoutant : *Actio non nascitur*.

Ce passage de Paul nous sert à déterminer le véritable domaine de la règle en question. Elle était considérée comme appartenant au *jus civile*, ce qui ressort de ces expressions : *Ex nudo pacto* INTER CIVES ROMANOS *actio non nascitur*. Entre *peregrini*, il aurait donc pu en être autrement, si les lois de leur pays avaient admis l'obligation comme se formant en principe *solo consensu*. Aussi, Gaïus, III, § 134, qualifie-t-il d'obligation propre aux *peregrini* celle résultant d'un écrit, tandis que la législation romaine ne faisait pas résulter d'obligation

d'un consentement exprimé par écrit. *Quod genus obligationis*, nous dit-il, *proprium peregrinorum est.*

Quand il s'agit d'obligations naturelles, le *jus civile* n'est pas en jeu. Il n'y a à considérer que les règles du *jus gentium*. Tel est le principe posé par la loi 84, § 1, *De reg. jur.*: *is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus*. Le créancier s'en est rapporté à la parole de son débiteur, *fidem secutus est;* il a négligé les précautions exigées par le droit civil. — D'un autre côté, Papinien nous dit, l. 95, § 4, *De solut.* (n° VI), que l'obligation naturelle *solo vinculo æquitatis sustinetur*. Or, l'observation des pactes est précisément envisagée par les jurisconsultes romains comme étant conforme à la *fides*, comme étant recommandée par l'*æquitas*. Les pactes présentent par conséquent l'élément nécessaire pour fonder l'obligation naturelle. D'une part, en effet, la loi 1, pr. *De pec. constit.* (XIII-v), déclare qu'en sanctionnant le constitut, qui n'est qu'un pacte, le préteur vient au secours de l'équité, parce qu'il y a une grave inconduite à méconnaître une convention, à manquer à la *fides*. *Hoc edicto prætor favet naturali æquitati, qui constituta ex consensu facta custodit : quoniam grave est fidem fallere*. D'une autre part, les mêmes idées se retrouvent dans la loi 1, pr. *De pact.* En donnant effet aux pactes, on ne fait, dit-on, qu'obéir à l'équité naturelle. *Hujus edicti æquitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare?*

Le droit romain nous fournit une application importante de cette efficacité du pacte pour une hypothèse qui devait être assez usuelle ; quand une simple convention

d'intérêts était intervenue à l'occasion d'un prêt. En cette matière, conformément au droit commun, le principe était, sauf quelques exceptions (1), que, pour avoir droit à des intérêts par voie d'action, le prêteur devait prendre la précaution de conclure à cet égard une stipulation. Néanmoins, s'il s'était contenté d'un pacte, il avait par là lié *naturellement* envers lui l'emprunteur. C'est ce qui est nettement décidé dans la loi 5, § 2, *De solut.* (n° III). Nous y trouvons mentionnées les règles suivantes, empruntées par Ulpien à un rescrit émané des empereurs Antonin (Caracalla) et son père (Septime-Sévère).

Quand un créancier se procure de l'argent au moyen de la vente des biens hypothéqués, s'il y a à la fois des intérêts, qui soient dus, et d'autres qui ne le soient point, ce que le créancier se paye doit, quant aux intérêts, être imputé sur les uns et les autres. — Remarquons, avant d'aller plus loin, que le créancier, auquel il est dû un capital et des intérêts, a le droit, lorsqu'il touche un payement partiel, de le faire porter d'abord sur les intérêts, comme le prouve la suite de notre texte. — Dans l'espèce, la distinction des deux sortes d'intérêts tient précisément à ce qu'il n'y a eu de stipulation que pour les uns. Les autres avaient été simplement l'objet d'une convention; et, par suite, ils n'étaient dus que *naturellement : Quædam ex pacto naturaliter debebantur*. L'impu-

---

(1) Quand un prêt d'argent avait été fait par une cité, le *nudum pactum* suffisait pour soumettre le débiteur à la prestation d'intérêts, suivant la loi 30, *De usur,* D. (XXII-I). De même, quand il s'agissait d'un prêt de denrées, par exemple, de froment ou d'orge, le simple pacte avait le même effet, ainsi que le prouve la loi 12, *De usur*. C. (IV-XXXII). Voyez aussi la loi 23, *eod. tit*.

tation, d'après le rescrit, doit se faire par parties égales, et non proportionnellement, ou au *prorata*, dans le cas où les deux sommes d'intérêts seraient différentes. Ce-pendant cette imputation sur les *usuræ indebitæ*, pour un payement partiel, n'est régulière qu'autant que le créancier était nanti d'une hypothèque. L'action hypothécaire, en effet, ne le laisse pas à la discrétion du débiteur, et lui permet de ramener à exécution la convention d'intérêts (1). Si l'on suppose, au contraire, que le créancier n'avait pas la ressource d'une hypothèque, et que le débiteur ait payé quelque chose sans s'expliquer, on ne devra pas faire porter ce payement sur des intérêts qui n'auraient point été stipulés, mais bien sur le capital. Le rescrit invoqué par Ulpien contenait sur ce point une décision expresse. Sans doute, disaient les empereurs, la règle générale est que l'imputation doit s'opérer d'abord sur les intérêts ; mais cela n'est vrai qu'autant qu'il s'agit d'intérêts que le débiteur peut être contraint à payer. Quand des intérêts ne sont pas exigibles, ils ne peuvent être répétés, alors qu'ils ont été payés *en exécution de la convention*. Abstraction faite de cette circonstance, et quand le payement n'a pas été fait *expressément* pour s'appliquer à ces intérêts, il ne saurait dépendre de la volonté du créancier de lui imprimer ce caractère.

Nous ferons observer que cette dernière partie du rescrit, qui, en réglant l'imputation d'un payement fait par le débiteur, n'admet pas qu'il puisse, contre son gré, être affecté à des intérêts simplement convenus, raisonne dans l'hypothèse d'un créancier qui serait dé-

(1) Voir dans le même sens la loi 101, § 1, D. *De solut.* (XLVI-III).

pourvu de la faculté d'obtenir, grâce à une hypothèque, le payement d'intérêts de cette nature. S'il en était autrement, la règle ordinaire, la préférence d'imputation sur les intérêts, reprendrait son empire : c'est ce que décide la loi 21 C. *De usur*. Cette constitution, prévoyant le cas d'une convention d'intérêts, accompagnée de l'établissement d'une hypothèque, puis un payement fait par le débiteur sans assignation, autorise le créancier à affecter au payement des intérêts la somme qu'il a reçue (1).

Le texte de la loi 5 est aussi positif que possible pour faire dériver d'un simple pacte une obligation naturelle. Afin d'en écarter la portée, nos adversaires sont obligés de dire qu'il s'agit ici d'un cas *exceptionnel;* et ils trouvent un motif particulier dans le profit que retire l'emprunteur du prêt, profit qui justifierait en équité l'obligation naturelle. Mais cette interprétation est repoussée par les termes mêmes du texte, qui rattachent directement l'obligation au pacte : *quædam ex pacto naturaliter debebantur*, et qui repoussent la *condictio indebiti*, à raison de ce qu'il n'y a eu autre chose que l'exécution d'une convention : *ex pacti conventione datæ repeti non possunt*. Les mêmes considérations font tomber l'argument que l'on a voulu tirer de l'émission d'un rescrit pour cette hypothèse. Les empereurs Sévère et Antonin n'ont pas entendu évidemment établir une règle spéciale quant au *mutuum*. Ils indiquent

(1) *Si usuras præstari pignore dato convenerat, et in continenti numeratione facta, postea vel ante, propter quod debitum solutionem feceras, non designasti, habuit creditor in usuras tibi accepto ferendæ solutæ quantitatis facultatem.*

quelle est la source de l'obligation naturelle, et ils la placent formellement dans cette circonstance qu'il est intervenu un pacte (1).

La décision des Empereurs, loin de constituer un droit particulier au *mutuum*, n'est donc que l'application à une espèce de la doctrine générale proclamée par la jurisprudence romaine sur la valeur des simples pactes : *Nuda pactio parit exceptionem*. Il est tout à fait arbitraire de restreindre, avec Unterholzner, cet effet au pacte par lequel un créancier conviendrait de ne pas agir. On sait que les pactes, même faits *ex intervallo*, qui dès lors, ne pouvant s'appuyer sur un contrat, n'ont d'autre force que celle qui leur est propre, peuvent être invoqués par celui qui se borne à se défendre : *Ex parte actoris non insunt; ex parte rei locum habebit pactum*, l. 7, § 5, D. *De pact.* Telle est aussi la distinction expliquée par Papinien, dans la célèbre loi 72, D. *De cont. empt.* (XVIII-1). Or, tout en qualifiant d'obligation naturelle celle qui résulte d'un pacte d'intérêts, les Empereurs ne lui attribuent que le mérite d'être efficace par voie d'exception. Le pacte a été accompli; il y a eu payement. Si désormais le créancier est poursuivi au moyen de la *condictio indebiti*, il se trouve dans la position d'un défendeur; il n'a qu'à repousser une action. Il invoque

---

(1) En conformité de ce rescrit, qui interdit la répétition des intérêts payés en vertu d'un pacte, nous pouvons citer une décision plus générale, qui a trait à toute prestation périodique. C'est la loi 28 C. *De pact.* (II-IV), d'après laquelle une prestation répétée pendant plusieurs années n'oblige pas pour l'avenir, s'il n'y a eu qu'une simple convention. Cette constitution laisse bien sous-entendre que pour le passé il ne peut y avoir répétition. « *Si certis annis, quod nudo pacto convenerat, datum fuerit, ad præstandum in posterum indebitum solutum obligare non potuit eum, qui pactum fecit, nisi placitis stipulatio intercesserit.* »

donc le pacte avec ses effets naturels, *jure exceptionis*. Il ne fait que ce que peut faire, suivant Papinien, l'acheteur, quand il est convenu après coup entre lui et le vendeur que des fidéjusseurs seraient fournis en vue de l'éviction. S'il est attaqué par le vendeur, il a le droit de se mettre à l'abri du pacte.

La question que nous examinons a depuis longtemps, avons-nous dit, divisé les auteurs. Dans l'ancienne jurisprudence, Doneau (1), par exemple, a soutenu l'affirmative; mais il avait pour adversaires, Baron, Noodt, Giphanius. De nos jours, la controverse n'a pas cessé. Unterholzner (2) enseigne que le simple pacte n'engendre pas en général d'obligation naturelle, tandis que M. de Savigny (3) se range à l'opinion contraire.

Nous essayerons de répondre aux divers arguments qui ont été employés pour combattre la doctrine que nous adoptons.

Le texte principal, sur lequel se fondent les adversaires, est la loi 1, § 2, D. *De verb. oblig.* (n° IV). Ulpien prévoit le cas où quelqu'un ayant été interrogé se contenterait d'adhérer par un signe de tête, *sine verbis adnuisset*, et il déclare que non-seulement l'obligation civile, mais encore l'obligation naturelle fera défaut. La conséquence qu'il en tire immédiatement, c'est qu'une fidéjussion ne serait pas valable. Or, dit-on, il est certain qu'une pareille garantie est possible à l'égard d'une obligation naturelle, et en général toutes les fois qu'il y aurait place à un payement non susceptible de

(1) *De jur. civ.* liv. XII, ch. 1, § 6 et 7.
(2) *Lehre des R. R von den Schuldverh*, t. I, § 23.
(3) § 9, p. 53 et suiv.

répétition, l. 6, § 1, l. 7, *De fidej*. Ici cependant ne rencontre-t-on pas tout ce qui est nécessaire pour constituer le pacte, le *duorum pluriumve in idem placitum consensus?* La preuve que la volonté peut s'exprimer de cette façon se trouve dans la faculté reconnue de laisser de la sorte un fidéicommis.—Ulp. *Reg*. tit. XXV, § 3. On s'explique, ajoute-t-on, la répugnance à admettre dans cette hypothèse une obligation, nonobstant le pacte, tandis qu'on regardait une acceptilation irrégulière comme devant produire en principe les effets d'un pacte *de non petendo*, suivant les lois 8, pr. et 19, pr. D. *De accept*. (XLVI-IV). La raison en est que l'on doit être plus porté à favoriser la libération que l'obligation, ainsi que le fait remarquer Paul, l. 47, D. *De oblig. et act*. (XLIV-VII). Tel est le système développé par Cujas, sur la loi 1, § 2, *De verb. oblig*., bien qu'ailleurs il reconnaisse plusieurs fois la valeur des pactes comme source d'obligations naturelles. Enfin, on fait observer que dans une législation où des formes sont exigées pour faire naître les obligations, la règle a pour but d'assurer la pleine et sérieuse volonté de la part de ceux qui s'engagent. Or, le but serait manqué si, à défaut des formes requises, l'obligation n'était pas entièrement repoussée.

Les raisonnements puisés dans la loi 1, § 2, *De verb. oblig*., seraient fortifiés, suivant les partisans de l'opinion adverse, par la loi 1, § 4, D. *De pec. const*. (nº IV), d'après laquelle Ulpien refuse de voir un constitut là où la stipulation serait inutile. Le constitut cependant se forme *solo consensu*, et ne doit-on pas dire que la convention existe, malgré l'omission de quelque formalité, qui ne tient qu'à la rigueur des règles propres au

contrat *verbis?* La réponse, par exemple, n'aura été fournie que le lendemain, ou dans des termes autres que ceux qui étaient consacrés par l'usage.

Ecartons d'abord l'objection empruntée au but dans lequel ont été établies les formes nécessaires pour la complète efficacité des contrats. Notre système ne tend pas à enlever à ces formes leur utilité pratique. Nous n'entendons pas assimiler les pactes aux stipulations ; il ne s'agit pas de reconnaître à la suite d'un pacte une obligation avec action, mais seulement d'autoriser des effets indirects, accidentels, secondaires. Il y aura donc toujours un intérêt puissant à observer les formes légales.

Quant à la première décision d'Ulpien, elle peut s'expliquer de deux manières. D'abord on peut dire que le pacte fait défaut, parce qu'il n'y a pas adhésion du créancier à une obligation naturelle : ce créancier avait en vue une stipulation, et pas autre chose. De sa part, il n'y aurait pas consentement à la conclusion d'une simple convention. Telle est l'interprétation de Doneau (1), reproduite par M. de Savigny (2). Nous avouerons qu'elle ne nous semble pas bien satisfaisante. On est toujours censé vouloir retirer d'une affaire tout le profit possible, et avoir au moins les avantages que procure la forme sous laquelle cette affaire a quelque valeur. C'est ainsi que Paul, l. 35, § 2, D. *De verb. oblig.*, en supposant que dans un contrat consensuel les parties ont essayé de se lier par des stipulations restées imparfaites, décide néanmoins qu'il y aura contrat, parce

---

(1) Ad tit. *De verb. oblig. sub h. l.*
(2) § 9, p. 57.

que le consentement existe. Nous voyons aussi que celui qui a stipulé qu'on lui donnerait un objet de cuivre, qu'il croyait en or, deviendra créancier de ce cuivre (l. 22. *De verb. oblig.*), de même que celui qui a reçu en *pignus* un objet de cuivre, qu'il supposait être en or, aura acquis les droits d'un créancier gagiste (l. 1, § 2, *De pign. act.* (1). Ulpien ne nous paraît pas se préoccuper de l'absence d'un consentement de la part de celui qui a interrogé, puisqu'il suppose qu'une nouvelle interrogation a été faite vis-à-vis d'un fidéjusseur, ce qui indique bien la volonté d'être créancier et d'obtenir une action.

La véritable raison de décider, selon nous, c'est que, dans l'espèce prévue par le jurisconsulte, il est bien permis de révoquer en doute l'intention de s'obliger. Un signe de tête se prête aisément à une fausse interprétation ; il n'y a peut-être qu'un mouvement machinal là où on veut voir l'indice d'une volonté arrêtée; le prétendu débiteur n'a eu peut-être d'autre intention que de faire entendre qu'il ne repoussait pas la proposition, sauf à réfléchir avant de s'engager positivement. Nous pensons qu'Ulpien aurait traité de la même manière cette apparence bien équivoque de consentement, qu'il s'agît de la proposition d'une vente ou de celle d'une stipulation. Dans notre droit, où il est admis en général que les conventions tiennent lieu de loi aux parties, nous dou-

---

(1) Une erreur de cette nature annulerait au contraire une vente, suivant la loi 9, § 2, *De cont. empt.*, parce qu'il s'agit d'un contrat synallagmatique, où la prestation du prix a pour cause la prestation de la *merx*, dans l'essence même envisagée par l'acheteur. Mais il vaut mieux être créancier d'un morceau de cuivre que de rien, avoir un *pignus* sur du cuivre plutôt que de ne pas en avoir du tout.

tons fort que celui qui ne pourrait prouver autre chose qu'un signe de tête de la part de son adversaire, dût gagner son procès. Quand les parties sont en présence, et qu'il est si facile à chacune d'elles d'exprimer ses intentions en parlant, il est dangereux d'admettre que l'un ait voulu ce qu'il n'a pas dit, alors qu'il pouvait le dire. Il n'y a aucune analogie à induire de ce qui était observé en matière de fidéicommis. Un mourant peut être dans l'impossibilité de faire connaître autrement que par signes ses dernières volontés. N'oublions pas que c'est au magistrat seul, à l'exclusion du *judex*, qu'il appartenait de prononcer sur les fidéicommis. En somme, nous ne voyons dans le cas prévu par Ulpien qu'un pacte bien hypothétique et bien contestable, de sorte que la décision qu'il donne sur ce point ne saurait être considérée comme une règle générale. Mais supposons que l'affaire se passe entre absents, par correspondance, ou que la volonté de s'engager soit exprimée de la façon la plus claire, pourquoi ne pas donner à cette volonté bien certaine tous les effets qu'elle doit équitablement produire, sauf qu'une action ne peut être accordée, puisque les conditions dont elle dépend impérieusement font défaut?

Il est plus facile de répondre au second texte invoqué, à la loi 1, § 4, *De pec. constit.* (n° V). Sans doute le constitut est consensuel; mais au moins faut-il un consentement dirigé sur un constitut. C'était chose grave que de s'engager de la sorte, puisqu'il y avait lieu à une *sponsio dimidiæ partis*, Gai. IV, § 171. Telle n'avait pas été, suivant la remarque d'Ulpien, l'intention de celui qui avait répondu à une stipulation inutile: *quoniam non animo constituentis factum sit.* — Remarquons d'ailleurs que le

constitut suppose une dette préalable, fût-elle simplement naturelle, dette que l'on veut confirmer; or, dans l'espèce de la loi 1, § 4, il n'y a rien d'antérieur à la stipulation inutile. Le même acte ne peut à la fois fournir ce qui doit être confirmé et ce qui confirmera.

Une seconde objection a été tirée du rapprochement des lois 95, § 4, *De solut.* (n° VI) et 27, § 2, *De pact.* (n° VII). Dans la première de ces lois, Papinien enseigne que l'obligation naturelle s'éteint *ipso jure* par l'effet d'un pacte, de la même manière que s'il y avait eu paiement. Le jurisconsulte exige toutefois que le *pactum* soit *justum*, c'est-à-dire exempt de dol, et non contraire aux lois. Ce n'est, en effet, qu'à cette condition que les pactes méritent protection, comme l'indique la loi 7, § 7, *De pact.* (1). Vient ensuite une application de la règle qui a été posée. C'est un fidéjusseur qui a accédé à l'obligation d'un pupille, lequel, faut-il sous-entendre, ne serait obligé que naturellement, parce qu'il aurait contracté sans l'*auctoritas tutoris* (2). Bien que ce fidéjusseur soit engagé *verbis*, et civilement, son obligation sera cependant complétement éteinte, si la créance qu'il a garantie a été l'objet d'un simple pacte *de non petendo*. Mais, d'un autre côté, la loi 27, § 2, *De pact.*, décide que si, après un premier pacte *ne peteretur*, il survient un nouveau pacte en sens contraire, *ut peteretur*, le de-

---

(1) *Ait Prætor: pacta conventa, quæ neque dolo malo neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.*

(2) Nous verrons plus loin qu'il y avait en pareil cas une obligation naturelle. S'il est vrai que tous les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur ce point, on peut dire du moins que tel était l'avis de Papinien.

mandeur aura besoin d'une réplique afin d'écarter l'exception de pacte opposée par le débiteur. Cela prouve, dit-on, que le premier pacte n'a pas fait naître une obligation naturelle à la charge du créancier; sinon, elle aurait dû disparaître *ipso jure* par la force du pacte inverse; et la précaution d'une réplique serait chose inutile.

Nous ne répondrons pas avec Molitor (1) que Papinien n'entend pas exclure la nécessité d'une exception, et que les expressions *ipso jure* signifient seulement, comme dit cet auteur, l'*ipsum jus* ÆQUITATIS. En d'autres termes, ce serait uniquement dans les règles de l'équité que le fidéjusseur trouverait un moyen de repousser l'action; or, l'équité ne pourrait triompher d'une obligation civile qu'à l'aide d'une exception. — Il n'y a rien, en effet, de plus opposé en droit romain que ces deux appellations : *ipsum jus*, d'une part, *æquitas*, de l'autre. Papinien connaissait trop à fond la langue juridique pour pouvoir faire cette étrange association : *ipsum jus æquitatis*. Toutes les fois qu'un jurisconsulte romain dit d'une obligation : *ipso jure solvitur*, on doit affirmer qu'il veut exprimer cette idée que l'obligation est éteinte indépendamment du secours d'une exception. C'est justement le contraire de ce qui a lieu alors que le débiteur est simplement autorisé à écarter une condamnation *exceptionis ope*. Il est d'ailleurs une autre observation qui met en évidence la pensée de Papinien. Il établit une assimilation formelle entre les effets du paiement, *pecuniæ numeratio*, et ceux du *justum pactum*, quand il

---

(1) *Les obligations en droit romain*, t. III, n° 960 Cette solution avait déjà été indiquée par Godefroy, dans ses notes sur la loi 95, § 4.

s'agit d'éteindre une obligation naturelle. Or, il n'est pas un instant douteux que le payement n'opérât l'extinction, abstraction faite de l'insertion d'une exception dans la formule. Le pacte étant mis sur la même ligne, il est clair qu'aux yeux du jurisconsulte il doit avoir autant de puissance.

Il n'est pas exact, suivant nous, de qualifier d'*obligation* la position du créancier qui a altéré son droit, qui a renoncé à poursuivre ; autrement, il faut dire que celui qui a fait une acceptilation s'est également *obligé*, et même plus énergiquement, puisqu'un pacte contraire ne pourrait lui rendre le droit qu'il a perdu. Nous concevons que dans le langage usuel on s'exprime ainsi : un créancier s'est *obligé* à ne pas demander ; mais, pour un jurisconsulte, cette formule n'est pas rigoureusement acceptable. Nous ne méconnaissons pas qu'une obligation puisse consister à ne pas faire ; seulement il n'y aura véritablement obligation qu'autant que ce dont on doit s'abstenir est une chose que l'on pourrait faire d'après le droit commun, par exemple, ne pas acheter tel objet, ne pas se livrer à tel commerce. S'il s'agit, au contraire, de rentrer dans le droit commun, suivant lequel nul ne doit rien à personne; s'il s'agit de sortir de la position exceptionnelle qui est l'état de créancier, il est faux de voir là une obligation ; sinon, on devra dire que tous les créanciers qui font remise de ce qui leur est dû contractent des dettes.

Nous ajouterons une réflexion, qui nous semble décisive pour mettre à nu le vice de langage, à l'aide duquel s'est produite l'objection que nous combattons. On veut qualifier d'obligation la condition du créancier qui a conclu un pacte *de non petendo*, mais en même temps on

ajoute que l'obligation qu'il prend n'est pas naturelle, parce qu'elle ne s'éteint pas *ipso jure* au moyen d'un pacte contraire. Apparemment elle n'est pas non plus une obligation civile ; le débiteur n'aurait pas une action pour contraindre le créancier à une acceptilation. Or, si l'obligation que l'on imagine n'est ni naturelle, ni civile, qu'est-elle donc ? Nous n'en connaissons pas une troisième classe ; car les obligations dites *honoraires* se confondent avec les obligations civiles, par opposition aux obligations naturelles. Dans notre espèce, le Préteur ne donnerait pas plus une action que le *jus civile*.

Il reste toutefois à expliquer comment d'une part l'obligation naturelle disparaît entièrement, grâce à un simple pacte, tandis que les effets d'un pacte *de non petendo* subsistent encore, nonobstant un pacte contraire, sauf la ressource d'une réplique. Avant de résoudre cette question, tâchons de nous fixer sur le cas prévu par Papinien dans la loi 95, § 4. Suppose-t-il un pacte entre le créancier et le fidéjusseur, ou bien entre le créancier et le pupille ?

On pourrait être tenté de s'arrêter à la première hypothèse, en invoquant les règles qui gouvernaient les effets du pacte *de non petendo*. Quand même il aurait été conclu *in rem* avec le débiteur, il ne devait profiter au fidéjusseur qu'autant que le débiteur avait intérêt à ce que celui-ci pût l'invoquer, l. 21, § 5. *De pact.* Comme il s'agit ici d'un pupille qui a traité sans l'*auctoritas tutoris*, il est indifférent à ce pupille que le fidéjusseur soit poursuivi, puisqu'il n'a pas à redouter une action *mandati* de la part du fidéjusseur, l. 25, *De fidej.* Nous croyons cependant qu'il faut rejeter sans hésiter cette

supposition. Papinien, effectivement, n'applique sa doctrine qu'à l'obligation naturelle, et les motifs sur les quels il l'appuie démontrent qu'elle n'est vraie qu'à l'égard de cette espèce d'obligation. Or, l'exemple choisi par le jurisconsulte ne nous fournit d'obligation naturelle que dans la personne du pupille; quant au fidéjusseur, il est tenu civilement, de sorte que son obligation n'est pas susceptible de s'éteindre *ipso jure* d'une manière aussi simple. Si c'était avec lui que le créancier eût pactisé, il nous paraît incontestable que l'insertion d'une exception dans la formule serait indispensable; mais il n'en est pas moins certain que l'obligation du fidéjusseur, malgré sa plus grande énergie, n'a qu'un rôle *accessoire*, et qu'en cette qualité elle ne peut subsister à défaut d'une obligation principale. Ce caractère appartient dans l'espèce à l'obligation du pupille, laquelle ne repose que sur le *vinculum æquitatis*, et disparaît dès lors complétement, par suite du pacte qui s'y est appliqué. Peu importe que le pupille se fût engagé par la voie de la stipulation; sans l'assistance de son tuteur, il n'a point de *persona* pour faire une promesse valable *jure civili*. C'est le *jus gentium* qui seul donne quelque force à la convention du pupille, abstraction faite des formes civiles. S'il admet la formation de l'obligation *solo consensu*, il admet aussi son anéantissement par le même procédé: le débiteur naturel étant supprimé, toute base manque pour la fidéjussion. Cette décision n'est pas contrariée par la règle, suivant laquelle le fidéjusseur reste tenu, quand il n'a pas de recours à exercer contre le *reus*, bien que ce dernier puisse se défendre par une exception *pacti conventi* (1). La fidéjus-

(1) Voyez l. 32, D. *De pact.*

sion ne subsiste qu'à raison de ce que l'obligation du *reus* n'est pas réellement éteinte, puisqu'elle pourrait redevenir efficace au moyen d'un pacte contraire, qui serait impuissant par lui seul à faire naître une obligation civile. Supposez qu'au lieu d'une convention de remise, le *reus* eût obtenu une acceptilation, le fidéjusseur se trouverait libéré, bien qu'il fût intervenu *animo donandi*, et qu'une poursuite de la part du créancier dût rester inoffensive à l'égard du *reus;* mais, comme il n'y aurait plus de débiteur principal, il ne saurait y avoir désormais de fidéjusseur. Ce que l'acceptilation opère, quand il y a un débiteur civil principal, le simple pacte suffit pour l'opérer, quand il n'existe que l'engagement naturel du pupille (1).

Il est possible maintenant de se rendre compte des solutions en apparence contradictoires que contiennent les lois 95, *De solut.*, et 27, *De pact.* La différence a pour cause la manière différente dont les questions sont posées au juge, suivant les cas. Quand il s'agit d'apprécier si le fidéjusseur du pupille est tenu, il y a là une question large, qui soumet au juge le point de savoir s'il y a dette, *an dare facere oporteat.* Or, l'*oportere* chez le fidéjusseur ne peut exister, s'il n'y a une obligation principale, au moins naturelle. Examiner en droit si le fidéjusseur doit, c'est examiner en même temps et nécessairement si le débiteur principal doit (2). Les choses

---

(1) Papinien, dans la loi 95, § 12, *De solut.*, fait une application de la même doctrine, quand il décide que le fidéjusseur, qui aurait été fourni à l'occasion d'une vente, se trouve libéré à la suite d'une convention, quand le vendeur et l'acheteur, les choses étant entières, sont tombés d'accord pour résoudre le contrat.

(2) Nous ne pouvons pas nous dissimuler cependant que tous les jurisconsultes ne s'accordaient pas à donner des coudées aussi franches aux pouvoirs du juge. Pomponius, l. 42, pr. *De jurej.* (XLI-II),

sont tout autres dans le cas de la loi 27, *De pact.* Une première question est posée au juge en ces termes : *Si paret dare oportere.* Si cette question était seule, il devrait répondre affirmativement, et condamner le défendeur, sans s'occuper de l'allégation d'un pacte *de non petendo,* qui n'empêche pas l'*intentio* du demandeur de rester fondée. Mais une seconde question a été posée sous forme d'exception : *nisi pactum sit ut non peteretur.* Elle signifie que le juge ne doit condamner qu'autant qu'il ne constaterait pas l'existence d'un pareil pacte. Cette seconde question, prenons-y garde, ne donne au juge d'autre mission que celle de vérifier un *fait.* Y a-t-il eu ou non un pacte *de non petendo?* Le fait étant prouvé, s'il n'y avait pas d'autre question, le demandeur perdrait son procès, bien qu'il soit intervenu postérieurement un pacte contraire. Le juge, en effet, renfermé dans les limites qui lui sont tracées par la formule, ne peut aller au delà ; il n'a pas à s'expliquer sur la *force* du pacte allégué dans l'exception, mais seulement sur son *existence.* C'est pourquoi le demandeur doit avoir soin de faire autoriser le juge à prendre en considération le nouveau pacte, au moyen de l'addition d'une troisième question, qui prend le nom de réplique :

---

traite la question de savoir quelles devront être à l'égard du fidéjusseur les conséquences du serment : *se dare non oportere* prêté sur la proposition du créancier par un pupille obligé naturellement. Papinien eût décidé en pareil cas, nous l'avons vu, que le fidéjusseur se trouvait libéré *ipso jure*. Pomponius, au contraire, n'accorde qu'une *exception*. Nous pourrions citer d'autres cas où les jurisconsultes déclarent que la dette peut être absolument considérée comme éteinte de plein droit, mais qu'en tout cas il y a lieu du moins à invoquer une exception. Il faut en conclure qu'un plaideur prudent, dans la crainte d'avoir affaire à un juge timoré, agira sagement, dans l'hypothèse prévue par Papinien, en réclamant l'insertion formelle d'une exception.

Si non postea convenerit ut eam pecuniam petere liceret. On l'a dit avec raison : il n'y a rien de plus têtu qu'un fait : il ne se plie pas à être ou à ne pas être, suivant une règle de droit, ce qui est possible au contraire pour de pures abstractions que l'intelligence crée ou détruit sans obstacle. Tel est le fond du raisonnement de Paul, quand il dit : *In stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur*. En d'autres termes, le juge romain ne doit s'occuper strictement que des questions qui lui sont soumises. Plus vous élargirez la portée de ces questions, plus ses pouvoirs se développeront. Aussi peut-on concevoir qu'à la suite des faits exposés par Paul, une réplique fût inutile. Supposez qu'au lieu de l'exception de pacte, le défendeur réclame l'exception de dol, à laquelle peut donner lieu un pacte *de non petendo;* ici, le juge aurait à apprécier si le demandeur commet un dol, par conséquent à tenir compte de tous les faits propres à décider si ce demandeur se conduit loyalement. L'exception, formulée d'une autre manière, lui donnerait le droit qu'il ne pourrait puiser que dans une réplique, au cas où il se trouverait en présence d'une exception rédigée purement en fait.

Enfin une dernière objection contre notre système est tirée du rapprochement de ces deux points : d'une part, les règles qui gouvernaient les contrats qu'on a l'habitude d'appeler *innomés;* d'autre part, les entraves qui, en droit romain, étaient apportées aux donations. Grâce à ces deux idées, fait-on observer, le terrain restera bien étroit pour asseoir une obligation naturelle sur une simple convention. En effet, de deux choses l'une : ou bien la convention aura trait à des prestations réci-

proques, ou bien elle n'aura en vue qu'une libéralité. Dans le premier cas, la partie qui a accompli le pacte n'est pas considérée comme obligée naturellement, puisqu'on lui accorde le *jus pœnitendi*, dès qu'elle renonce à l'avantage qu'elle pouvait exiger. Dans le second cas, celui qui a exécuté un pacte de donation n'est pas non plus regardé comme ayant satisfait à une obligation naturelle; car il peut user de la *condictio indebiti*, alors même qu'il aurait payé à la suite d'une promesse, ainsi que le prouve le § 266 des *Vat. Fragm.*; *a fortiori*, doit-il avoir cette faculté, quand il n'y a eu autre chose qu'une simple convention.

Examinons successivement ces deux hypothèses, et d'abord ce qui concerne la *condictio* dite *ex mera pœnitentia*, matière à peine effleurée par les anciens commentateurs, mais qui de nos jours est devenue, quant à sa portée, l'objet d'une vive controverse entre les auteurs.

On connaît la théorie des contrats innomés, dont la jurisprudence romaine est redevable à l'école des Proculéiens. L'idée large et féconde qui leur sert de base, et qui d'après la loi 1, § 1, D. *De præscr. verb.* (XIX-v.), paraît remonter jusqu'à Labéon, se ramène à ceci. En dehors des quatre contrats consensuels, la règle était que le pacte ne produisait pas d'action. Dès lors, si une convention avait été faite, qui ne rentrât dans aucun des cas où le *consensus* suffisait pour faire naître le contrat, ni l'une ni l'autre des parties n'avait d'action pour contraindre la résistance de son adversaire : chacun pouvait à son gré se rétracter; en un mot, les choses restant dans les termes d'une convention, il n'y avait pas de con-

trat (1). Mais du moment où l'une des parties s'était exécutée, où elle avait fourni à l'autre l'avantage réglé par la convention, dès ce moment le point de vue changeait. Il n'eut pas été équitable que celui qui avait retiré un profit de l'affaire en recueillît les bénéfices sans en subir les charges. Peu importait que cette affaire ne constituât point l'un des *contractus* proprement dits; il y avait désormais une *causa obligationis*, qui résidait dans ce que les Romains appelaient *res*, dans la *datio* accomplie ou le fait exécuté. On devait dire alors qu'il y avait contrat et obligation civile. Telle est la source générale de cette sorte de contrats, ainsi que nous l'apprend, dans la loi 7, § 2. D. *De pact.*, Ulpien, qui reproduit la décision du jurisconsulte Ariston, contemporain de Trajan : *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa : eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem : ut puta, dedi tibi rem ut mihi aliam dares; dedi, ut aliquid facias : hoc συναλλαγμα, id est contractum esse, et hinc nasci civilem obligationem* (2).

---

(1) Telle était l'opinion des Proculéiens. Les Sabiniens, au contraire, qui voulaient appliquer par analogie le contrat consensuel le plus voisin, qui, par exemple, voyaient une vente dans la convention ayant pour objet une *permutatio rerum*, devaient admettre que le seul consentement était obligatoire. Mais leur doctrine n'a pas prévalu.

(2) On sait que les contrats dits innomés ont été ramenés par Paul, l. 5, pr. *De præscr. verb.*, à l'une des quatre catégories suivantes : *Do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*. Il serait inexact de voir là une énumération incomplète, à raison de l'omission du *non facere*; car, pour les Romains, l'expression *facere* comprend le *non facere*, l. 189 D. *De verb. sign.* — Sans doute Paul semble ne pas mettre sur la même ligne les quatre types qu'il indique, et les réduire à trois, en excluant la forme : *facio ut des*. Suivant nous, il n'y a là qu'un témoignage de la difficulté qu'a rencontrées en droit romain, avant d'atteindre son développement complet, le principe sur lequel reposent les contrats innomés.

Le contrat une fois formé, celui qui par son fait lui a donné naissance peut recourir aux voies judiciaires pour exiger la contre-prestation convenue. Une action générale servira à atteindre ce but, action qui s'appliquera indistinctement à toutes les conventions susceptibles de se produire avec une physionomie si variée, pourvu qu'à la suite de la convention l'un des pactisants soit devenu créancier à raison de ce que de sa part il y aura eu *aliquid datum vel factum*. C'est l'action dite *præscriptis verbis* (1), qui sans doute ne procurera pas au demandeur, directement et en nature, ce qui lui est dû, grâce au principe que toutes les condamnations étaient pécuniaires, mais en vertu de laquelle il obtiendra une condamnation dont la portée sera mesurée sur le préjudice qu'il éprouve à cause de l'inexécution de la convention : *Sed ut damneris mihi quanti interest mea illud de quo convenit accipere*, dit Paul, § 1 ; et un peu plus loin, § 2 : *Sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest.*

---

(1) Cette appellation : *præscriptis verbis* tenait à ce que le demandeur, dans la première partie de la formule, dans la *demonstratio*, au lieu de se borner à indiquer l'affaire par un mot, ainsi que la chose était possible pour les contrats nommés (*quod Aulus Agerius commodavit, deposuit, emit*), devait, au moyen d'une sorte de narration, exposer les faits sur lesquels il fondait sa demande, par exemple : *Quod Aulus Agerius Stichum Numerio Negidio dedit ea lege ut invicem Numerius Negidius Pamphilum Aulo Agerio daret*. C'est ce qu'indique clairement la loi 6 C. *De transact.*, en ces termes : *Utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat.*—Il est aujourd'hui à peu près universellement admis que c'est uniquement au point de vue de la *demonstratio* que cette action était dite quelquefois *in factum*, bien qu'elle fût *concepta in jus* au point de vue de l'*intentio*. On se trouvait, en effet, en présence d'une obligation reconnue par une source du droit civil, par l'autorité des *Prudentes*, de sorte qu'une *intentio* avec un *dare facere oportere* était possible. Aussi plusieurs textes qualifient-ils l'action comme étant *civilis*. (Voyez la loi 5, § 1 et 2, D. *De præscr. verb.*, et la l. 6. C. *De rer. permut.*

Toutefois, si la partie qui a acquis une créance peut contraindre l'autre à s'exécuter de son côté, au moyen de l'action *præscriptis verbis*, une autre voie lui est ouverte, si elle le préfère; c'est la voie de la résolution du contrat. Paul, à l'occasion de l'échange, dans la loi 5, § 1, présente très-clairement cette alternative, quand après avoir autorisé l'action *præscr. verb.*, dont il détermine la portée, il ajoute : *Vel, si meum repetere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta*. Bien d'autres textes pourraient être cités, qui consacrent ce droit d'option.

Cette faculté de répéter, dont nous venons de parler, constitue, on l'a fait souvent remarquer, une particularité des contrats innomés ; car le droit romain n'admettait pas comme règle générale (1) ainsi que le fait notre législation (art. 1184), la résolution pour inexécution dans les contrats synallagmatiques. Ainsi le vendeur non payé ne pouvait, suivant des décisions nombreuses (2), exiger la restitution de ce qu'il avait aliéné en conséquence de la vente ; il en était réduit à obtenir une condamnation en paiement du prix, à moins

---

(1) Il ne faudrait pas croire que la faculté d'obtenir la résolution fût totalement étrangère, en droit romain, aux contrats nommés. Cette faculté existe toutes les fois que le contrat établit des rapports permanents entre les parties, et impose des obligations qui doivent se répéter d'une manière continue. C'est ainsi que le contrat de louage était résoluble pour défaut de payement de la *merces* de la part du *conductor* (l. 54, § 1, l. 56 D., *loc. cond.*), ou pour défaut de jouissance, fournie de la part du *locator* (l. 24, § 4, l. 25, § 2, *eod. tit.*). C'est ainsi qu'en matière de société, le droit à la résiliation est accordé à chaque associé, quand les autres manquent à remplir leurs engagements (l. 14 et 15, D. *pro soc.*).

(2) V. l. 12, C. *De rei vind.*, l. 8, C. *De cont. emt.*, l. 6. C. *De act. empt.*, l. 14, C. *De resc. vend.*

qu'il n'eût eu la précaution d'ajouter au contrat une clause spéciale connue sous le nom de *lex commissoria*. La loi 1 C. *De rer. perm.* est positive pour établir sous ce rapport une distinction entre la position du vendeur et celle de l'échangiste.

Le motif de cette différence s'explique par les effets différents du contrat de vente et du pacte d'échange. Dans ce dernier cas, la convention n'ayant pas produit d'obligation, l'échangiste peut dire : J'ai livré dans le but d'obtenir une *datio* à mon profit, en plaçant ainsi mon adversaire dans la nécessité de livrer de son côté; *dedi ut daretur*. Le résultat définitif que j'avais en vue, l'acquisition d'une propriété ne s'est pas réalisé ; *causa propter quam dedi non secuta est*. C'est comme si j'avais donné *sine causa*, ce qui m'autorise à répéter ; car, suivant l'observation d'Ulpien (L. 1, § 2, D. *De cond. sine caus.*), peu importe que la *causa*, que l'on supposait à l'avance, n'ait jamais existé, ou que la *causa*, que l'on envisageait dans l'avenir, ne se produise pas. *Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quæ finita est vel secuta non est, dicendum est condictioni fore locum*. — Le vendeur, au contraire, qui a aliéné la chose vendue, ne peut pas tenir le même langage. Il n'a pas fait cette aliénation en vue d'obliger l'acheteur à lui payer le prix, puisque cette obligation existait par la force seule de la convention. S'il a aliéné, c'est qu'il a voulu accomplir l'obligation qu'il avait contractée en vendant : son but se trouve donc parfaitement atteint, et il ne peut prétendre à une *condictio causa non secuta*.

Sous un autre rapport, le vendeur, en droit romain, après la tradition, était dans une position meilleure que l'échangiste qui avait livré. Ce dernier n'avait, en effet,

que la ressource d'une action personnelle, d'une *condictio*, pour ressaisir la propriété de sa chose, tandis que le vendeur était armé de la revendication, toutes les fois du moins qu'il n'avait pas reçu des garanties qui dussent faire croire qu'il avait abdiqué son droit de propriété, ou qu'il n'était pas constant qu'il s'était contenté de rester simplement créancier, en s'en rapportant à la foi de l'acheteur (Instit. § 41. *De rer. divis.*). Les effets différents des deux opérations qui sont intervenues, servent encore à rendre compte de cette distinction. Le vendeur a lié envers lui l'acheteur par la convention. Quand il livre, il n'a pas besoin de transférer la propriété pour acquérir un droit de créance déjà existant. On ne suppose pas facilement qu'il ait entendu aliéner d'une façon absolue. Comme la tradition est susceptible de condition (L. 38, § 2, D. *De acq. poss.*), on fait dépendre, dans sa pensée, l'aliénation de cette circonstance que le prix sera payé, faute de quoi, il reste propriétaire : il se sera seulement débarrassé de la garde de la chose, qui aura passé sous la surveillance de l'acheteur. — Quant à l'échangiste, qui n'a pas acquis la qualité de créancier en vertu du simple pacte, on doit dire qu'il a eu l'intention de transférer la propriété pour faire naître le contrat, la formation de celui-ci étant attachée à une prestation de sa part, à une *res*, à une *datio*, dans l'espèce. *Dedit ut daretur;* par conséquent, la revendication ne peut plus lui appartenir (1).

---

(1) Nous n'abandonnerons pas ce parallèle entre le vendeur et l'échangiste sans expliquer comment nous entendons, en droit romain, le refus du droit de résolution au profit du vendeur, et pourquoi nous avons toujours supposé, en écartant cette faculté, qu'il y avait eu *aliénation* de sa part. Nous estimons, en effet, que si le vendeur ne s'est

Il n'y a pas de difficulté en ce qui concerne le droit de répéter fondé sur l'inexécution du contrat : la *con-*

pas dessaisi de la propriété, le juge de l'action *venditi* pourra parfaitement laisser au vendeur la libre disposition de la chose vendue, et condamner seulement l'acheteur à des dommages et intérêts pour inexécution du contrat. Il nous paraîtrait bien dur, tout en accordant au vendeur jusqu'à concurrence du prix une condamnation qu'il ne pourrait peut-être pas ramener à effet, de le mettre à la discrétion de l'acheteur, qui serait autorisé quand il lui plaira à demander la livraison. Dira-t-on que le vendeur a la ressource de l'envoi en possession et de la *venditio bonorum*? Elle ne le mettrait pas à l'abri d'une perte, puisqu'il aurait à subir le concours de la masse des créanciers. Il est vrai qu'il a sur l'objet vendu qu'il n'a pas livré un droit de rétention : *Quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit*, l. 13, § 8, D. *De act empt*. Mais alors il lui sera interdit de tirer parti de sa chose, en traitant avec un meilleur acheteur. Nous établirons donc la distinction suivante : Sans doute, en présence d'une aliénation consommée, le juge ne peut procéder que par voie de condamnation au payement du prix entier, parce qu'il n'a pas le pouvoir de rescinder une translation de propriété ; mais quand il ne rencontre que des obligations de part et d'autre, l'issue la plus raisonnable du procès, en regard surtout d'un acheteur insolvable, est assurément d'établir une compensation entre l'obligation de l'acheteur et celle du vendeur, de manière à ne condamner que pour la différence. Rien ne s'oppose à cet arrangement fort désirable. Dans les actions de bonne foi, il était de règle que le juge devait tenir compte des créances réciproques ; et la circonstance que les dettes étaient de nature différente, l'une consistant en un corps certain, l'autre en argent, n'était pas un obstacle à la compensation sous le système formulaire. Remarquons d'ailleurs que toutes les obligations tenant à la *eadem causa*, tant celles du demandeur que celles du défendeur, ayant été ensemble déduites *in judicium*, on doit dire qu'elles ont subi la transformation que leur imprimait en droit romain la *litis contestatio*. Les engagements découlant du contrat de vente ont donc disparu, pour faire place à une appréciation *ex æquo et bono* de cette question : *Quidquid dare facere oportet*. Le juge, convaincu de l'insolvabilité ou de la mauvaise volonté de l'acheteur, puisqu'il doit régler équitablement les rapports entre les parties, ne fera-t-il pas sagement en usant de la faculté de compenser qui rentre dans son *officium*, d'arriver à une résiliation, sauf des dommages et intérêts? Tous les textes du Code, qui refusent la résolution, indiquent par leurs termes qu'il y

dictio ob causam non secutam paraît même avoir été plus anciennement et plus généralement admise que l'action *præscriptis verbis*. Mais faut-il aller plus loin, et autoriser celui qui a exécuté à répéter par ce seul motif qu'il ne lui plaît plus d'observer ce qui a été convenu? En vain, son adversaire se déclarerait-il prêt à exécuter de son côté, à fournir la prestation qui est à sa charge, on pourrait lui répondre : J'ai changé d'avis; je ne veux plus maintenant ce que je voulais d'abord; et comme je vous dégage de votre obligation, rendez-moi ce que vous avez reçu. Il y aurait lieu, en un mot, au *jus pœnitendi*, et la répétition basée sur la faculté de se rétracter serait une *condictio ex mera pœnitentia*, suivant l'expression des Commentateurs.

On comprend que, si une pareille faculté doit être reconnue en général à l'occasion d'un contrat innomé, elle fournit un puissant argument à l'opinion de ceux qui ne font pas découler du pacte une obligation naturelle. En effet, disent-ils, la prestation effectuée par celui

---

avait eu aliénation. La loi 12, *De rei vind.*, énonce formellement que la propriété a été transférée (*dominium transtulisti*). Il en est de même de la loi 1. *De rer. perm.*, où on lit : *possessionem dedit*. Les lois 8, *De cont. emt.*, et 14, *De resc. vend.*, supposent également une aliénation : *distractis prædiis — vere distraxisti*. Quant à la loi 6, *De cont. emt.*, qui, à défaut d'une *lex commissoria*, n'autorise en général que le droit de poursuivre le payement, et non celui d'obtenir la rescision du contrat, elle est plutôt en notre faveur, puisqu'elle admet la voie de la rescision comme possible. Seulement cette voie ne doit pas être accordée facilement, ce qui doit s'entendre des cas où l'exécution du contrat est praticable. Mais la rescision n'est pas repoussée absolument, s'il apparaît au juge que l'acheteur ne peut satisfaire à ses obligations, et que la résiliation est nécessaire pour sauvegarder les intérêts du vendeur. Voici du reste la teneur de ce texte : *Venditi actio, si non ab initio aliud convenit, non* facile *ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum, competit.*

qui *condicit ob pœnitentiam* n'avait été de sa part que l'exécution d'un pacte; par conséquent, si le pacte engendrait en réalité une obligation naturelle, la répétition devrait être écartée. Le droit romain l'accordant néanmoins, il faut en conclure que, dans les principes de cette législation, le simple pacte n'est pas la source d'une obligation naturelle. Tel est le raisonnement d'Unterholzner(1).

Quelque embarrassant que soit cet argument, il n'est pas invincible. Aussi des auteurs d'un grand crédit, qui partagent notre doctrine sur la valeur des pactes, tiennent-ils cette doctrine comme parfaitement conciliable avec le *jus pœnitendi*, qu'ils autorisent en règle dans les contrats innomés. Sans doute, répondent-ils, le pacte suffit pour obliger naturellement. Toutefois pour qu'il en soit ainsi, il faut que telle soit l'intention de ceux qui font une convention. C'est ce qui n'a pas lieu pour le pacte qui précède un contrat innomé; aucune des parties n'a la pensée de s'obliger, mais bien de lier l'autre envers elle au moyen de la prestation qui a été réglée. Celui qui exécute ne songe nullement à se libérer, puisqu'il n'a pas voulu s'engager; il n'a qu'un but, celui de devenir créancier. Ce n'est point *solvendi causa*, c'est uniquement *contrahendi causa* qu'il a agi, quand il a donné; il ne peut donc être question d'une *soluti retentio* de la part de celui qui a reçu, du moment qu'il n'y a pas eu paiement. Dans la vente, au contraire, le vendeur, une fois qu'il a aliéné, ne peut répéter; précisément parce qu'il a payé, parce qu'il a accompli une obligation; quant à l'échangiste, qui ne s'est pas rendu débiteur, mais qui a simplement acquis

---

(1) § 23.

une créance, il suffit qu'il renonce à l'avantage auquel il pouvait prétendre. Il se trouve dans la même position que l'institué ou le légataire, qui, après avoir payé une somme pour se rendre recevable à réclamer l'hérédité ou le legs laissé sous cette condition, est cependant libre de répéter ce qu'il a donné, pourvu qu'il répudie l'hérédité ou le legs, suivant la doctrine énoncée dans la loi 1, § 1, D. *De cond. caus. dat: si parendi conditioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere* (1).

Cette manière de raisonner, qui compte des partisans considérables, nous a toujours paru empreinte de subtilité; et comme cette subtilité conduit dans l'espèce à un résultat inique, nous ne saurions souscrire au système qu'elle consacre. Il est impossible de méconnaître qu'au fond de tout contrat innomé on rencontre un pacte comme point de départ. N'est-ce pas faire trop bon marché de ce pacte que de le déclarer non avenu? La nécessité de respecter le *placitum* est souvent invoquée dans les textes (2), quand il s'agit de légitimer l'action *præscriptis verbis*. Rien de mieux assurément; mais la *fides placiti* ne doit-elle pas être la loi commune?

L'opinion que nous repoussons aboutit à rendre les contrats innomés des contrats boîteux, c'est-à-dire à en faire une monstruosité en droit. Cette anomalie peut s'excuser, quand on trouve en présence un incapable, qui mérite protection, et un imprudent, qui a eu la témé-

---

(1) Voyez en ce sens MM. de Vangerow, *Lerhb.*, t. II, § 599, et de Savigny, *Obligat.* § 9, p. 58.

(2) *Ut fides placiti tibi servetur* (l. 4. C. *De rer. perm.*). — *placitis eum parere* (l. 5, *eod. tit.*), — *ad implendum placitum* (l. 8. ibid.)

rité de traiter avec un incapable ; mais, dès qu'il s'agit de deux parties également capables, n'est-il pas choquant de permettre à l'une de dire : le contrat tiendra, si je le veux; il sera nul, si cela me convient ? Il y a là une grave atteinte apportée à cet équilibre de position entre les contractants, que recommandent justement les jurisconsultes romains, quand ils disent : *iniquum est non esse mihi cum illo actionem, si nolit; illi vero, si velit, mecum esse.* (l. 3, § 2, D. *mand. vel cont.*). Écoutons l'idée que nous donne Ulpien (l. 7, § 2, D. *De pact.*) du contrat innomé. Du moment où l'une des parties a exécuté, il qualifie ainsi la situation : *hoc συναλλαγμα, id est, contractum esse.* Or, pour Ulpien, ce qui constitue le συναλλαγμα, le *contractus*, c'est l'obligation réciproque : *contractum autem ultro citroque obligationem, quod Græci συναλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem*, l. 19, D. *De verb. sign.*

On appuie beaucoup sur cette idée que, le contrat étant réel, il n'existe que dans l'intérêt de celui qui a exécuté, parce que c'est à son égard seulement qu'on peut dire qu'il y a *res*. Mais prenons garde que cette liberté de se rétracter n'est pas exacte quand les choses ne sont plus entières ; sinon, le commodant pourrait toujours reprendre à son gré ce qu'il a prêté, ce qui lui est pourtant interdit, l. 17, § 3, D. *commod. vel cont.* — On ajoute que, pour l'échangiste qui a livré, il n'y a pas de *causa obligationis*. C'est une erreur; la prestation qu'il a faite lui a profité, puisqu'il a lié l'autre envers lui. Cette créance qu'il a acquise ne fournit-elle pas une *res*, une cause suffisante d'obligation ? — On veut voir enfin dans la livraison qui a été opérée seulement l'intention d'obliger l'autre partie, mais non celle de satis-

faire à un engagement. Mais, en saine logique, ces deux idées peuvent-elles se séparer? Si j'ai voulu devenir créancier au moyen d'une *datio*, cette qualité ne m'appartient qu'autant que j'ai fait une aliénation sérieuse; or, elle n'est pas telle, si je puis la révoquer à mon gré. Je ne dois pas à la fois pouvoir tirer parti de mon aliénation, si je le désire, et en répudier les conséquences, si je le préfère.

L'analogie, que l'on cherche dans la position de l'héritier qui accomplit la condition mise à son institution, ne nous semble pas légitime. Une institution d'héritier doit régulièrement être appréciée par l'institué comme l'offre d'un bienfait de la part du testateur. La nécessité de payer telle somme n'est qu'une restriction à la libéralité, qui ne doit pas être présumée l'anéantir. Comme cette restriction se produit sous la forme d'une condition, il faut que l'institué fasse arriver la condition pour se mettre à même de se prononcer entre l'acceptation ou la répudiation, l. 13, pr. D. *De acq. vel. omit. her.* L'idée de réaliser un payement n'entre pour rien assurément dans l'acte que fait cet institué; il tomberait dans un vrai piége, si, ayant donné quelque chose pour se rendre habile à succéder, il ne pouvait répéter, quand il s'aperçoit que la succession est mauvaise. Nous en dirons autant du légataire, qui doit toujours supposer que le legs est avantageux. On conçoit qu'il s'empresse de faire arriver la condition, afin que le droit au legs soit transmissible à ses héritiers, ce qui n'exclut pas la réserve d'examiner s'il y a utilité ou inconvénient à accepter le legs. Quelle différence dans l'un ou l'autre cas d'avec celui où il y a une convention conclue, puis exécutée à bon escient? Si tout cela n'est qu'un jeu pour

l'une des parties, qui maintiendra ou anéantira le contrat par pur caprice, comment pourrons-nous dire avec Ulpien : *est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide*, l. 2, pr. D. *De æstim. act.*?

Il est incontestable cependant que divers textes de l'époque classique sont formels pour mentionner, à côté de la *condictio* fondée sur l'inexécution, *ob causam non secutam*, une autre *condictio* qui prend simplement sa source dans le changement de volonté du créancier qui entend se désister de l'affaire. La distinction entre ces deux *condictiones* est bien marquée dans la loi 3, § 2, D. *De cond. caus. dat.* (n° VIII); et elle se trouve repétée au paragraphe suivant. Notre doctrine ne peut donc se soutenir qu'à la condition de tracer les limites dans lesquelles pouvait être exercé le *jus pœnitendi*, qu'il faut renoncer, nous l'avouons, à écarter complétement, mais dont il est permis de circonscrire le domaine, de manière à lui enlever le caractère d'iniquité dont il serait entaché, s'il était vrai qu'il constituât une règle générale. D'autres l'ont déjà essayé, et nous croyons que c'est la voie qu'on doit suivre pour résoudre cette difficulté.

Nous ferons remarquer que tous les textes où il est question du *jus pœnitendi*, hormis un seul, la loi 5, pr. D. *De cond. caus. dat.* (n° IX), se réfèrent constamment à une hypothèse unique, celle où une dation a été faite en vue d'obtenir un affranchissement, soit de la part du propriétaire d'un esclave, soit de la part de quelqu'un qui achètera un esclave afin de l'affranchir. Telle est la convention prévue dans la loi 3, §§ 2 et 3. *De cond. caus. dat.*, dans la loi 5, §§ 1 et 2, *eod. tit.*. où la possibilité d'une *pœnitentia* se trouve toujours mentionnée au

profit de celui qui fait une *datio* dans ce but, sauf la nécessité d'indemniser l'autre partie, si elle a souffert quelque préjudice. Or le *jus pœnitendi*, admis certainement dans une pareille hypothèse, n'a rien de choquant, puisqu'il s'agit d'une personne qui n'a été mue que par une idée de bienfaisance, et qui n'a retiré aucun avantage pécuniaire du sacrifice qu'elle avait fait. Lui permettre de se rétracter, tant que les choses sont encore entières, ou du moins en dédommageant celui qui devait concourir à l'exécution de la libéralité, c'est une faveur qu'on s'explique parfaitement, mais dans laquelle il faut voir seulement une particularité qui se justifie aisément, sans l'ériger en règle générale.

Si l'on rapproche de ces décisions celles qui sont relatives aux cas où la personne qui a exécuté a tiré du contrat un profit pécuniaire en acquérant une créance qui constitue pour elle une valeur certaine, on est frappé du langage employé eu égard au droit de répétition que prétend exercer ce contractant. Voyez ce que répondent les empereurs Dioclétien et Maximien (l. 5, C. *De rer. perm.*) (1), à l'héritier d'un échangiste, qui désirait reprendre (*sicut postulas*) ce qui avait été aliéné par son auteur. Rien de plus simple que d'autoriser cette répétition d'une manière absolue, sans s'inquiéter de savoir si l'autre partie se décidera ou non à livrer ce qu'elle doit, dans le cas où le *jus pœnitendi* serait inhérent à tout contrat innomé. Cependant le texte de la constitution pa-

---

(1) *Quoniam adseveras patrem tuum ei, contra quem preces fundis, hac conditione dedisse fundum, ut invicem domum certam acciperet, aditus Præses provinciæ placitis eum parere, vel si causam, propter quam fundus datus est, sequi non perspexerit, conditionis ratione datum restituere, sicut postulas, jubebit.*

raît bien positif pour ménager au défendeur le moyen d'éviter la restitution en satisfaisant à son engagement. On trouve écrite en quelque sorte dans ce texte la condition résolutoire telle que nous l'entendons aujourd'hui dans tout contrat synallagmatique. La résolution n'est pas encourue par cela seul que l'action est intentée. L'autorité judiciaire doit faire en sorte d'obtenir l'exécution du contrat, exécution pour laquelle sans doute des délais peuvent être accordés. *Aditus Præses provinciæ placitis eum parere jubebit.* Ce n'est qu'à défaut d'obtempérer à la convention qu'il y aura en définitive une *commise*, comme nous le disons, et qu'il faudra se résoudre à faire opérer la restitution de ce qui a été reçu. Les mêmes empereurs décident dans le même esprit, l. 7, *eod. tit.*, une question analogue. Malgré le *desiderium* exprimé par l'échangiste, de ravoir ce qu'il a fourni, il ne devra y réussir néanmoins qu'autant que l'adversaire s'obstinera à refuser l'exécution de la convention. *Si placitis citra stipulationis solemnitatem non exhibeant fidem, quantum dedisti, causa non secuta condicere pro desiderio tuo potes.*

Il est vrai que la loi 5, pr. D. *De cond. caus. dat.* (n° IX), dans une hypothèse où il s'agit d'un contrat intéressé de part et d'autre, est également positive pour accorder la répétition de ce qui a été donné, en la fondant sur le *jus pœnitendi*. En fait, une somme d'argent avait été comptée à quelqu'un, pour qu'il fît le voyage de Capoue. Celui qui avait reçu cet argent s'étant trouvé sans sa faute dans l'impossibilité d'effectuer le voyage, le jurisconsulte se demande s'il y a lieu à répétition. On pourrait, répond-il, être disposé à refuser ce droit, en raison de

ce qu'il n'a pas dépendu du défendeur d'exécuter le fait auquel il s'était engagé. Cette objection n'arrête pas Ulpien, qui se détermine à concéder la répétition, par ce motif qu'il est loisible à celui qui a donné la somme de se repentir (*cum liceat pœnitendi ei qui dedit*). Faut-il voir là l'expression d'une faculté générale qui existerait dans les contrats innomés, ou ne doit-on pas plutôt expliquer la décision par l'analogie que présente l'affaire avec quelque contrat nommé? Il n'est pas douteux, en effet, que les contrats innomés, dont les règles, quant à la portée des obligations, n'étaient pas arrêtées pour chaque cas, devaient se gouverner d'après les idées reçues à l'occasion des contrats anciens, en se rattachant à celui avec lequel ils avaient le plus de ressemblance. Ici, la convention qu'il fallait apprécier devait-elle être traitée comme un louage de services? En se plaçant à ce point de vue, il semblerait au premier abord que le droit de répéter n'aurait pas dû être refusé. Le même jurisconsulte nous dit effectivement, l. 15, § 6, D. *loc. cond.*, qu'un rescrit d'Antonin avait décidé que celui qui, par cas fortuit, n'avait pu accomplir un transport de marchandises dont il s'était chargé, était tenu de restituer la *merces* qu'il avait reçue à l'avance; et il ajoute que telle est la règle générale qu'il faut appliquer à toute personne qui se trouverait dans la même position. *Quod in omnibus personis similiter observandum est.* Mais, d'un autre côté, cette sévérité devait être écartée à l'égard de celui qui était disposé à fournir les services convenus, ainsi que nous l'apprend Ulpien, l. 19, § 7, D. *loc. cond.*, en invoquant encore sur ce point un rescrit d'Antonin. C'est vers cette dernière règle qu'il aurait fallu incliner dans la pensée du jurisconsulte, si l'idée d'une *locatio operarum*

avait été acceptable dans l'espèce. Toutefois le jurisconsulte n'admet pas cette analogie, parce que, aux yeux des Romains, il n'y avait louage de services qu'autant qu'il s'agissait de faits qu'on était dans l'habitude de payer. C'est ce que nous dit Paul dans la loi 5, § 2, D. *De præscr. verb.*, où il distingue si le fait à accomplir est un *factum quod locari solet*. Ici, il est clair qu'il était question d'un fait, dont on devait dire : *locari non solet*, c'est-à-dire d'un cas qui se rapprochait beaucoup d'un mandat, sauf qu'il s'en éloignait parce qu'il n'était pas gratuit. Or, en se décidant par la similitude du mandat, Ulpien emprunte les règles de ce contrat, qui laissait toujours au mandant la faculté de révoquer, pourvu qu'il indemnisât l'autre partie des dépenses qu'elle avait pu faire. Il n'y aurait donc, en définitive, dans la loi 5, pr. *De cond. caus. dat.*, qu'une décision qu'on peut expliquer par la nature même du contrat qui est intervenu, et qui par conséquent ne peut fournir une règle générale.

Nous pouvons du reste faire observer que les hypothèses prévues dans les autres fragments qui accordent aussi la *condictio ex pœnitentia*, se rapprochent sensiblement de l'idée d'un mandat. Dès lors, nous sommes porté à nous rallier à la doctrine défendue par de nombreux auteurs (1), qui restreignent le *jus pœnitendi* aux contrats innomés présentant de l'analogie avec le mandat.

Nous nous occuperons enfin à cette occasion d'un dernier texte, parce qu'il nous semble que celui-là aussi

---

(1) Cette doctrine, développée en 1819 par Gans, *Uber Röm. obligat.*, a été depuis adoptée par Vaechter, Exleben, Mühlenbruch, Hasse, Molitor, etc...

doit jouer un rôle dans cette discussion. Nous voulons parler de la loi 16, D. *De cond. caus. dat.* (n° X), qui depuis longtemps a excité l'ardeur des interprètes, et qui a donné lieu à tant d'efforts pour en concilier les décisions avec celles qu'énonce Paul, dans la loi 5, § 1, D. *De præscr. verb.* (n° XI). Le jurisconsulte Celse suppose que quelqu'un a donné de l'argent en vue de se faire transférer la propriété d'un esclave, de Stichus. Il se demande s'il faut voir là une sorte de vente, ou bien si celui qui a donné l'argent n'a d'autre droit que le droit de répéter ce qu'il a fourni. Après s'être prononcé pour ce dernier parti, il indique l'intérêt qu'il y a à repousser en pareille hypothèse les règles de la vente (1).

La première conséquence que tire le jurisconsulte de

---

(1) Paul, l. 5, § 1, *De præscr. verb.*, interprète la même opération comme constituant une vente. Il est certain, en effet, que, dans son langage, les mots : *ut rem accipiam* sont synonymes de ceux-ci : *ut res detur*. Nous pensons que l'obligation de transférer la propriété imposée à celui qui recevait de l'argent ne différenciait pas suffisamment, aux yeux de Paul, la convention d'une vente proprement dite pour que l'on dût écarter l'idée de ce contrat, tandis que Celse était d'une opinion contraire. Quelques commentateurs veulent expliquer la diversité de solution, en supposant que Paul avait en vue une somme d'argent considérée comme quantité, et Celse une somme considérée comme corps certain. Cette dernière manière d'entendre l'expression : *pecunia*, employée également par les deux jurisconsultes, ne mérite pas qu'on s'y arrête.— Remarquons, d'un autre côté, que Celse ne parle que du droit de répétition, qu'il semble regarder comme la seule ressource de celui qui *pecuniam dedit*, de sorte qu'il ne lui concéderait pas l'action *præscriptis verbis*. Nous ne dirons pas, avec certains auteurs, que la *permutatio* exige qu'il y ait de part et d'autre un corps certain, la *datio* étant possible pour de l'argent monnayé de même que pour un corps certain, de façon que l'affaire rentre parfaitement sous le type : *do ut des*. Il vaut mieux, à notre avis, admettre que Celse, tout proculéien qu'il était, ne partageait pas l'opinion dominante dans son école quant à la possibilité de l'action *præscriptis verbis*.

la solution qu'il adopte, c'est que l'esclave Stichus ne sera point aux risques de celui à qui il doit être donné, et que sa mort ne fera point obstacle au droit de répétition. Rien de plus simple, à nos yeux, que cette décision dans l'esprit de Celse, qui ne paraît même pas accorder d'action pour se faire livrer Stichus, ce qui ne permet pas d'appliquer la règle que le créancier d'un corps certain doit en supporter les risques. Dans l'opinion de ceux qui, à la suite d'une *datio ut daretur*, reconnaissent la formation d'un contrat innomé, avec la réserve du *jus pœnitendi*, c'est-à-dire que celui *qui dedit* est devenu créancier sans devenir débiteur, l'exclusion des risques pour ce créancier nous paraît se justifier comme une suite naturelle de la position toute de faveur qu'on veut lui faire. En effet, comme il ne doit être débiteur que de l'instant où il aura reçu, la *causa* de son obligation n'existe que *in futurum*, sous la condition qu'il y aura *datio* à son profit ; de telle sorte que la *datio* ne pouvant s'effectuer, il est autorisé à prétendre qu'il a donné *sine causa*, et par suite à exercer le droit de répétition. Aussi, croyons-nous que les commentateurs (1), qui séparent l'échange de la vente au point de vue des risques, n'ont fait que tirer une déduction logique de ce point de départ, qu'il n'existe d'obligation à la charge de l'échangiste qu'autant qu'il est nanti.

Il est bien difficile, au contraire, nous le craignons, de faire concorder la charge des risques avec la théorie du *jus pœnitendi*, qui ne voit pas un obligé dans la per-

---

(1) Doneau, *De jur. civ.* liv. XIV, chap. 21; Pothier, Pandect. ad eg. 16, *De cond. caus. dat.*; Glück, t. XIII, § 823, p. 47.— Unterholzner, § 22, en se fondant sur la loi 5, § 2, D. *De cond. caus. dat.* distingue si l'échangiste aurait vendu ou non.

sonne de celui qui a exécuté une convention d'échange. Cependant, comme Paul, dans la loi 5, § 1, nous dit que si j'ai donné des coupes (*scyphos*) pour recevoir l'esclave Stichus, cet esclave est *periculo meo*, il a fallu essayer de concilier Paul avec Celse. Selon Doneau, Pothier, Glück, Paul aurait voulu dire seulement que j'éprouverai un préjudice par suite de la mort de Stichus, en ce sens que je ne pourrai désormais recourir à l'action *præscriptis verbis* pour obtenir des dommages et intérêts, ce qui peut être fâcheux pour moi, parce que Stichus valait peut-être plus que les coupes. Si telle était la pensée de Paul, il faut avouer qu'il se serait exprimé d'une manière fort peu claire. Heureusement, il a pris soin de donner à sa décision un sens précis, en ajoutant que l'autre partie ne devait encourir de responsabilité qu'autant qu'elle serait en faute. Par conséquent, si elle n'est pas *in culpa* quant à la mort de Stichus, elle est à l'abri de toute perte, ce qui signifie qu'elle doit garder les coupes.

D'autres auteurs (1), qui assimilent l'échange à la vente quant à la question des risques, ont proposé de mettre d'accord Paul avec Celse en invoquant cette différence, que dans la vente le contrat se forme au moment où les volontés concourent, tandis que dans l'échange le contrat ne prend naissance qu'au moyen de la *datio* effectuée par l'une des parties. Les risques, ajoutent-ils, ne peuvent précéder le contrat. Celse suppose que l'argent donné pour obtenir Stichus l'a été

---

(1) Cette opinion, soutenue autrefois par Beloius (Thes. Meerm. t. IV, p. 679), a été adoptée par Vaechter, *Doctrin. de cond. caus. dat.*, p. 62, et par M. de Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 594.

à une époque où cet esclave était déjà mort. Paul, au contraire, raisonne dans l'hypothèse où le décès de Stichus serait postérieur à la *datio* des coupes. Les termes de la loi 16 ne nous paraissent pas se prêter à cette explication. Celse, par la manière dont il s'exprime *(si mortuus est*, et non, *si mortuus erat)* se préoccupe évidemment d'un décès survenu après la *datio*. Les faits dont il s'agit d'apprécier le caractère excluent toute convention antérieure à la *datio*. De l'argent a été donné pour avoir un esclave : voilà ce qui s'est passé. Y a-t-il vente, ou non, et quel est l'intérêt de la distinction ? Assurément, le jurisconsulte sous-entend qu'une vente serait possible s'il n'y avait pas lieu de l'écarter à raison de la nature de la prestation à effectuer de la part de celui qui a reçu l'argent ; car, si la vente eût été impossible faute d'objet, il en eût été de même pour un échange, et il aurait été bien inutile de se demander si l'on devait appliquer les règles de la vente ou d'autres règles.

Sans doute, M. de Vangerow a raison quand il s'efforce de défendre la doctrine de Paul, et d'étendre au contrat innomé *do ut des* la règle quant aux risques empruntée à la vente. L'équité parle certainement en faveur de cette solution ; car l'équité réclame une similitude de position entre l'acheteur et l'échangiste. Il nous paraît incontestable que telle est l'opinion qui a prévalu dans la jurisprudence romaine, et qui se trouve énoncée d'une manière générale dans la loi 10. C. *De cond. ob caus. dat.*, où il est dit que ce qui a été donné *propter causam* ne peut être répété, si c'est sans la faute de l'*accipiens*, et par cas fortuit, que cette *causa* n'a pu se

réaliser (1); mais n'est-ce pas là précisément la condamnation du *jus pœnitendi ?*

Nous conclurons par cette observation : peut-être serait-il vrai de dire que, dans l'origine, en s'attachant rigoureusement à ce point de vue que la *datio* a été faite en vue d'une *datio*, certains jurisconsultes ont induit de là que jusqu'à l'accomplissement de cette dernière *datio* il y avait absence de tout lien de la part de celui qui avait exécuté, et que, conséquemment, il pouvait répéter par pur caprice. Seulement, nous inclinons à penser que cette théorie a été justement abandonnée, au moins comme théorie générale, parce qu'on a reconnu une *causa obligationis* dans l'avantage retiré du contrat par celui qui a fourni sa prestation ; et telle était sans doute l'opinion de Paul. Aussi, les compilateurs des Pandectes n'ont-ils admis la *condictio ex pœnitentia* que dans des hypothèses où il est facile de la justifier. D'un autre côté, nous voyons qu'à l'époque de Dioclétien le droit de répétition au profit de l'échangiste paraît bien positivement subordonné à l'inexécution de son obligation de la part de celui qui a reçu. C'est là, à notre gré, le dernier état de la jurisprudence romaine, quand même il serait exact de supposer qu'il n'en a pas toujours été ainsi. C'est donc la *fides* due au *placitum* qui a fini par triompher; et nous y voyons un hommage rendu à ce grand principe du *jus gentium*, qui proclame le respect des conventions, et qui en fait dériver une obligation suffisante pour mettre obstacle à une répétition arbitraire (2).

---

(1) *Pecuniam a te datam, si hæc causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est.*

(2) Celse, dans la loi 16, en continuant à exposer les conséquences

Nous arrivons à la seconde branche de l'objection, empruntée, nous l'avons dit, à cette application de la *condictio indebiti* que nous connaissons aujourd'hui par le § 266 des *Vatic. Fragm.* (n° XII), et qui se rapporte à une époque où étaient encore en vigueur les dispositions de la loi Cincia. Pour comprendre ce passage, il est nécessaire de donner une idée sommaire de cette loi, dont la portée est encore assez peu connue, malgré les documents que nous a fournis sur cette partie de l'histoire du droit romain, la découverte des Fragments du Vatican.

La loi Cincia, dite *de donis et muneribus*, dont l'existence nous était déjà attestée par les écrits de Cicéron (1) et par les historiens romains (2), est un plébiscite qui pa-

---

de la solution à laquelle il s'arrête, accorde le droit de répéter l'argent, même alors que l'esclave Stichus aurait été livré, s'il n'appartenait pas au *tradens*. Il n'y aurait pas eu, en effet, *datio* accomplie; et comme c'était là le motif pour lequel l'argent avait été donné, la *condictio* devrait être admise *ob causam non secutam*. Dans la vente, au contraire, il est de règle que l'acheteur mis en possession ne peut se plaindre tant qu'il n'est pas troublé, sauf le cas où il aurait acheté de bonne foi la chose d'autrui d'un vendeur de mauvaise foi, l. 31, § 1, D. *De act. emt.* L'action *emti*, dans tous les cas, ne tendrait d'ailleurs qu'à des dommages et intérêts, et non à la restitution du prix. —Enfin, le juriconsulte va jusqu'à concéder le droit de répétition, dans l'hypothèse où le débiteur serait propriétaire de Stichus, mais refuserait de s'engager à garantir l'éviction. Malgré la translation de propriété, une éviction serait effectivement possible à raison d'hypothèques qui grèveraient l'esclave. Il n'y aurait pas, par conséquent, une *datio* complète; et ici encore on pourrait dire : *causa non secuta est*. En matière de vente, la promesse de garantie peut sans doute être exigée par la conclusion d'une *stipulatio duplæ* quand il s'agit d'un esclave, l. 37, § 1, D. *De evict*. Mais, à défaut par le vendeur de satisfaire à cet engagement, c'est l'action *emti*, et non la *condictio* du prix qui serait autorisée.

(1) *De orat.*, II-71; *ad Atticum*, I-20; *De Senect.*, 4.

(2) Tit. Liv., XXIV-4; Tacit. Ann., XI-5, XII-42, XV-20.

rait avoir été porté l'an 550 de Rome, sur la proposition du tribun Cincius Alimentus. Son but principal aurait été de fixer un certain taux, au delà duquel, suivant l'opinion qui nous semble la plus probable (1), les donations auraient été interdites, à moins qu'elles ne s'adressassent à certaines personnes exceptées de l'application de la loi. Cujas (2) avait conjecturé à bon droit qu'Ulpien faisait allusion à la loi Cincia dans les premiers mots de son *liber regularum*, où on lit cette phrase tronquée : .... *prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit*. Notre grand jurisconsulte pensait qu'Ulpien avait voulu donner un exemple d'une *lex imperfecta*. Aujourd'hui les *Fragments du Vatican*, §§ 298 et suivants, nous font connaître le cercle des personnes qui étaient dites *exceptées*, et sont venus confirmer la distinction entre les donations au-dessus ou au-dessous d'un certain chiffre (3), en nous apprenant, § 304, que le tuteur pouvait *in infinitum donare* par rapport à son pupille. Mais la détermination de ce chiffre est en-

(1) Quelques auteurs, notamment Francke, *Civil. Abhand. ueber die lex Cincia*, pensent qu'il y avait prohibition absolue pour les donations supérieures au taux de la loi, tandis que celles qui étaient au-dessous auraient été assujetties, pour leur perfection, à diverses conditions. M. de Savigny, qui avait suivi le système que nous adoptons, dans un article publié avant la découverte des *Fragments du Vatican. Zeits. fiir geschich. Rechtswiss*, t. IV, est revenu sur cette opinion, dans un supplément à son premier travail, *Vermisch. Schrift*, t. I, n° XII. Dans son *Traité de Droit romain*, t. IV, p. 204, traduction de M. Guénoux, il laisse la question indécise, bien qu'il paraisse incliner à maintenir sa dernière opinion.

(2) Obs. XIX-30.

(3) La loi 24, D. *De donat.* (XXXIX-v), où le jurisconsulte Javolenus parle d'une donation d'argent *supra modum legis*, à propos de laquelle le fidéjusseur jouira d'une exception, même contre le gré du *reus*, nous offre une trace de cette distinction.

core un problème que n'ont pu résoudre les efforts des commentateurs, de sorte que, sur ce point, il n'existe que des conjectures, dont aucune ne présente le moindre degré de certitude (1).

Le caractère d'imperfection, attribué par Ulpien à la loi Cincia, est confirmé par la diversité des moyens qui, d'après le témoignage des *Fragments du Vatican*, étaient mis à la disposition du donateur, moyens qui variaient suivant la nature de l'acte employé pour réaliser la donation, et qui sont tels que la donation de meubles était plus difficilement *perfecta*, c'est-à-dire irrévocable, que s'il s'agissait d'immeubles. Il est évident que cette disparité entre les voies et ressources qui pouvaient appartenir au donateur n'était pas la suite d'un plan législatif, elle tenait uniquement à l'imprévoyance de l'auteur du plébiscite, qui avait omis de rescinder les actes de droit accomplis en vue de faire une donation. Il avait fallu que la jurisprudence vînt combler cette lacune dans la mesure de ce qui était possible, en l'absence d'une nullité découlant de la nature même de l'affaire. On venait au secours du donateur toutes les fois qu'il existait un lien qui le rattachât encore à l'objet de sa libéralité, ou que l'on trouvait à appliquer quelque règle de droit,

---

(1) Cujas a proposé de fixer le chiffre à 200 *solidi*. Hotoman, qui avait d'abord pensé que le taux devait être proportionné au patrimoine du donateur, et qui s'arrêtait aux trois quarts du patrimoine, suivant la règle adoptée plus tard par la loi Falcidie, est revenu ensuite à l'opinion de Cujas. M. de Savigny se rallie au système de Cujas, en faisant observer que c'est probablement par imitation de la loi Cincia que le taux primitif pour l'insinuation des donations fut celui de 200 *solidi*, qui a subsisté jusqu'à Justinien. C'est là ce qui nous paraîtrait le plus vraisemblable.

grâce à laquelle on pût mettre en vigueur les prohibitions de la loi Cincia.

En nous restreignant au seul point par lequel la loi Cincia se lie à notre matière, nous nous occuperons de la valeur des obligations contractées de la part de celui qui voulait faire une donation. Ici, comme en général, pour devenir débiteur *donationis causa*, de telle sorte que le donataire eût la ressource d'une action, il fallait, même avant la loi Cincia, recourir à la solennité de la stipulation ; mais l'emploi de cette forme suffisait pour créer un droit efficace. Postérieurement à la loi, cette règle ne subsista qu'à l'égard des *personæ exceptæ*, ainsi que nous le voyons dans les §§ 310 et 311 *Vat. Fragm.* (1). Si, au contraire, le stipulant était un *non exceptus*, l'action qu'il avait acquise au moyen de la stipulation restait impuissante, par l'effet d'une exception accordée au donateur, *legis Cinciæ exceptio, vel in factum exceptio* (2). En pareil

---

(1) § 310. *Paulus*, lib. XXIII, *ad Edictum de brevibus. Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione vel promissione; quoniam neque Cinciæ legis exceptio obstat, neque in factum « si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum » ; idque et divus Pius rescripsit.* — § 311. *Item. Sed in persona non excepti sola mancipatio vel promissio non perficit donationem....*

(2) Le § 310 mentionne deux formes possibles pour l'exception, qui tantôt serait l'*exceptio legis Cinciæ*, tantôt une *exceptio* rédigée *in factum*. Nous pensons qu'il y avait lieu à se prévaloir de l'exception *legis Cinciæ* proprement dite quand, la donation n'étant pas niée, il s'agissait seulement de savoir si elle était contraire à la loi, si elle était excessive ou faite à une *persona non excepta*. Mais peut-être le demandeur ne prétend-il pas être à l'abri de l'application de la loi Cincia; il soutient, par exemple, que la promesse a été faite par un tout autre motif que celui d'une libéralité. La question que le juge aura à décider sera de savoir si en fait il y a eu donation. L'exception sera alors ainsi con-

cas, l'obligation n'était pas nulle *ipso jure*, comme l'aurait été semblable promesse faite par un conjoint à son conjoint, l. 3, § 10, D. *De donat. int. vir.* (XXIV-1), du moins avant le sénatusconsulte de Caracalla.

L'exception dérivant de la loi Cincia était perpétuelle, suivant le § 266. Quant au point de savoir si elle était personnelle au donateur, Ulpien nous apprend que dans l'opinion des proculéiens, que ne partageaient pas les sabiniens, l'exception devait avoir la portée la plus large, qu'elle aurait été en quelque sorte *popularis*. Cela signifie sans doute que, à leurs yeux, l'exception pouvait être invoquée par tout le monde *(etiam quivis)*, c'est-à-dire, comme l'exige la force des choses, par quiconque y aurait intérêt, notamment par le débiteur qui aurait été délégué *donationis causa*, et qui serait poursuivi par le donataire. Il paraît toutefois que les proculéiens eux-mêmes n'étaient pas unanimes à cet égard. Nous voyons, en effet, dans la loi 21, § 1, D. *De donat.*, que Celse, tout Proculéien qu'il était, s'écartait encore ici de la doctrine de son école pour déclarer valable la délégation. Il est certain, du reste, que cet avis rigoureux ne prévalut pas, puisque le droit de réclamer le bénéfice de la loi Cincia finit par être refusé même aux héritiers du donateur, ce que l'on exprimait en disant : *Morte Cincia removetur*, § 259, *Vat. Fragm.* (1)

---

que : *Si non donationis causa promisi*. Le fait de la donation étant établi, le juge absoudra sans rechercher si la donation est ou non contraire aux dispositions de la loi Cincia.

(1) Cette distinction nous prouve que les Romains s'arrêtèrent à cette idée, qu'il était bon de protéger le donateur contre une libéralité irréfléchie, en lui laissant la faculté de se repentir. A défaut de rétractation de sa part, les mêmes considérations ne militaient pas en faveur de ses héritiers. C'est dans le même esprit que notre droit exige des formes

Ulpien, au § 266, fait mention de cette règle, qui aurait été consacrée par un rescrit impérial. Néanmoins, le même texte accorde à l'héritier la faculté d'user de l'exception de la loi Cincia *(sed et heres ejus)*, sauf que le donataire à son tour pourra recourir à une *replicatio doli* afin de repousser l'exception. N'y a-t-il pas, dira-t-on, une complication inutile à donner d'une part une exception, puis à la paralyser au moyen d'une réplique ? Nous ne voyons là aucune contradiction. La donation faite par la voie d'une obligation contractée au-dessus du taux de la loi Cincia n'avait pas plus de valeur quant au donateur qu'une promesse conclue expressément en vue d'une donation à cause de mort, réserve que le sénatus-consulte de Caracalla sous-entendait toujours quand la donation était faite entre époux. Si le donateur avait changé de volonté, les héritiers avaient alors, eux aussi, le droit, qui compétait toujours à leur auteur, d'invoquer l'exception de la loi Cincia. Or, la présomption de changement de volonté est assez naturelle quand il s'agit d'une promesse qui n'a pas été suivie d'exécution. L'héritier se trouve donc fondé, suivant les apparences, à se prévaloir de l'exception qui doit être proposée, l'obligation n'étant pas nulle *ipso jure*. Mais le donataire est peut-être en mesure d'établir que le donateur, bien qu'il n'ait pas accompli sa promesse, a persévéré jusqu'à sa mort dans la volonté de donner. S'il parvient à faire cette preuve, l'obstacle résultant de l'exception de la loi Cincia viendra se briser contre la réplique de dol. N'oublions

---

pour la validité des actes portant donation entre-vifs, formes dont l'inobservation ne peut pas être couverte par une confirmation émanant du donateur, tandis que cette confirmation est admise à l'égard des héritiers du donateur, aux termes des art. 1339 et 1340 C. Nap.

pas qu'on doit dire pour le demandeur, quant à la *replicatio*, ce que l'on dit du défendeur quant à l'*exceptio*. C'est le demandeur qui redevient *actor in replicatione*; c'est à lui qu'incombe par conséquent le fardeau de la preuve, la tâche de démontrer qu'il y a eu *perseverantia voluntatis*.

Attachons-nous maintenant à la décision principale contenue au § 266, décision qui consiste à accorder la *condictio indebiti* au donateur qui a payé, alors qu'il pouvait repousser l'action du donataire au moyen d'une exception perpétuelle. Cette concession de la *condictio indebiti* prouve, dit-on, clairement que, pour les jurisconsultes romains, la promesse de donner qui avait été faite ne constituait même pas une obligation naturelle. C'est un point bien constant, en effet, que l'existence d'une semblable obligation suffisait à valider le payement. Aussi, malgré la ressource d'une exception perpétuelle, si le débiteur à qui elle appartenait était considéré comme obligé naturellement, ne pouvait-il pas répéter, ainsi que nous l'apprend Marcien, l. 40, pr. D. *De cond. indeb.*, à l'occasion de l'exception du sénatus-consulte Macédonien, que nous aurons à étudier plus tard. Bien que protégé par une exception, le débiteur n'était dépouillé de ce titre qu'autant que l'exception pouvait être qualifiée *justa, nec ab æquitate naturali abhorrens*, suivant les expressions de Marcellus et de Julien, l. 66, D. *De reg. jur*. On ne voyait donc rien de contraire à l'équité dans la conduite du donateur qui réclamait après l'exécution de sa promesse, puisqu'on l'autorisait à exercer la *condictio indebiti*. N'en doit-il pas être de même, ajoute-t-on, du donateur qui n'aurait fait qu'un simple pacte et

qui aurait payé ? Ne sera-t-il pas, lui aussi, fondé à répéter; et dès lors, la convention n'est-elle pas impuissante à produire une obligation naturelle?

Il nous paraît assurément fort légitime de conclure de l'inefficacité d'une promesse formelle de donation, comme source d'une obligation naturelle, à la même inefficacité par rapport au pacte. Mais, en cette matière, si la convention, revêtue de formes ou non, reste sans valeur, cela tient à ce que la loi prohibe la convention, et, pour protéger le donateur contre un entraînement irréfléchi qu'il pourra regretter plus tard, le tient pour libre absolument de tout engagement. On peut dire ici, comme on le faisait à l'égard du sénatus-consulte Velléien, qui n'opérait aussi que par voie d'exception : *totam obligationem lex improbat* (l. 16, § 1, D. *Ad senat. Vell.*) Aussi voyons-nous, par la loi 24, D. *De donat.*, que la fidéjussion n'était pas maintenue quand elle s'appliquait à une promesse de donation contraire à la loi Cincia. — Nous n'entendons pas soutenir que toute convention, quelle qu'elle soit, engendrera une obligation naturelle. Cet effet ne saurait appartenir, en principe (1), à celle qui est réprouvée par la loi. Une personne qui est dans l'indivision avec une autre, est convenue avec son communiste qu'elle ne provoquera jamais le partage ; si néanmoins

---

(1) M. de Savigny, §§ 7 et 17, fait observer que la manière dont la loi proscrit la convention peut être plus ou moins énergique. Quelquefois elle ne va pas jusqu'à anéantir l'obligation naturelle, par exemple quand il y avait emprunt d'argent contracté par un fils de famille. C'est ainsi que, de nos jours, quelques personnes envisagent les dettes de jeu, bien qu'elles ne donnent pas lieu à action, comme produisant une obligation suffisante pour valider le payement. En tout cas, ce système n'était pas celui du droit romain, qui était plus radical et qui admettait la répétition.

elle intente l'action *communi dividendo*, elle n'a pas à craindre l'exception *pacti conventi*, l. 14, § 2, D. *Comm. divid.* — Des intérêts excessifs ont été convenus ou stipulés. En vain les aurait-on payés, il y aura lieu à répétition, l. 26, pr. et § 1, D. *De cond. indeb.* — Une transaction sur des aliments a été conclue sans l'intervention du magistrat ; elle sera tenue pour non avenue, depuis un sénatus-consulte rendu sur la proposition de Marc-Aurèle. (Voir l. 8, pr. et § 17, D. *De transact.* et l. 8. C. *eod tit.*)

C'est à ce point de vue qu'il faut se placer pour comprendre l'absence d'une obligation naturelle chez le donateur. Mais remarquons que la convention de donner ne reste dépourvue d'effets qu'autant qu'elle intervient avec une *persona non excepta*, et en outre *supra modum legis*. Abstraction faite de ces circonstances, la valeur ordinaire de la simple convention doit reprendre son empire. L'argument que l'on prétend tirer du § 266 n'aurait de portée que si l'on prouvait que la répétition était admise, quand le pacte de donation avait été exécuté vis-à-vis d'un *exceptus*, ou, à l'égard de toute personne, pour une valeur inférieure au taux de la loi. Or, le texte d'Ulpien n'autorise en aucune façon une telle interprétation. Il est certain, en effet, que le jurisconsulte suppose un stipulant *non exceptus;* et il donne bien à entendre que la donation était au-dessus du taux de la loi, puisqu'il parle de quelqu'un qui s'est obligé *contra legem Cinciam*.

Sous un autre rapport, le § 266 des *Vat. Fragm.* soulève une difficulté sérieuse, quand on songe aux règles ordinaires de la *condictio indebiti*. L'une des conditions exigées, en effet, pour fonder cette action, est que le paye-

ment soit le résultat d'une *erreur*. Ne faut-il pas en outre que l'erreur consiste en *fait*, et l'erreur de *droit* ne doit-elle pas être écartée? Sans doute il n'est pas impossible que le donateur ait payé à la suite d'une erreur de fait, parce qu'il se sera trompé sur la valeur de ce qu'il a promis, parce qu'il aura faussement attribué la qualité d'*exceptus* à celui qui ne l'avait pas. On ne peut nier cependant qu'une pareille erreur ne soit assez rare; et l'application de la *condictio indebiti* se trouvera assez restreinte, si l'on ne doit pas tenir compte de l'erreur de droit. Sur ce point, nous pensons que les jurisconsultes romains ont pu être divisés, mais que l'opinion assez rigoureuse qui a fini par l'emporter est que, en principe, l'erreur de droit ne sera pas prise en considération. Toutefois, comme il était admis, pour un assez grand nombre de personnes, qu'elles étaient excusables de se tromper en droit, il y aurait eu place encore dans certains cas à l'exercice de la *condictio indebiti* au profit du donateur qui aurait ignoré la loi Cincia.

Mais des auteurs vont plus loin et ils ne refusent pas le droit de répéter, même indépendamment de la condition d'une erreur (1). Il faudrait traiter cette hypothèse comme celle du payement d'une dette de jeu ou d'intérêts excessifs. La circonstance décisive pour autoriser la répétition serait, dit-on, non pas l'erreur, mais une règle absolue de droit positif.

Que cette règle absolue existe dans le dernier état du droit, à l'égard des donations importantes non insinuées,

---

(1) Tel est le système proposé par M. de Savigny, *Traité de droit romain*, t. IV, p. 202, note d, traduction de M. Guénoux. La même doctrine est professée par M. Francke, *Civil. Abhand. ueber die lex Cincia*, p. 45 et suiv.

cela n'est pas douteux. La donation au-dessus du taux légal, quand elle n'est pas insinuée, constitue, dans les principes de la législation du Bas Empire, une *injusta causa*. Il y a lieu d'appliquer alors ce que disaient autrefois les jurisconsultes quant à la donation entre époux, qui, réprouvée d'une manière radicale, motivait, pour le cas où les objets donnés auraient cessé d'exister, à la place de la revendication, une *condictio ex injusta causa*, l. 6, *De donat. int.* Mais la loi Cincia n'opérait pas avec cette énergie. L'acte de droit auquel avait eu recours le donateur pour accomplir sa libéralité n'était pas rescindé. La tradition faite en vue d'une donation ne reposait pas sur une *injusta causa*, puisqu'elle pouvait conduire à une usucapion, suivant les §§ 259 et 293 des *Vat. Fragm.* Afin de procurer au donateur une voie pour ressaisir ce qu'il avait livré, il fallait pouvoir s'appuyer sur quelque règle de droit qui autorisât la concession d'une action, sans prendre pour base de cette action la nullité même de la donation.

Il est vrai que les lois 21, § 1, D. *De donat.*, et 5, § 5 D. *De dol. mal. except.* mentionnent une action *rescisoire*, quand un donateur a délégué son débiteur *donationis causa*, ou quand il s'est laissé déléguer lui-même au créancier de celui qu'il voulait gratifier. Mais il nous semble impossible d'expliquer ces textes de Celse et de Paul autrement que par une interpolation des compilateurs des Pandectes, qui ont voulu mettre la doctrine de ces jurisconsultes en harmonie avec le droit nouveau relatif aux effets du défaut d'insinuation des donations supérieures à 500 *solidi*. Si l'obligation contractée envers un tiers pour faire donation à un autre est susceptible de rescision, comment se fait-il que, dans des hypothèses

analogues, Ulpien, l. 3, § 2, D. *De Donat.*, et Hermogénien, l. 33, § 3, *eod. tit.*, déclarent que la donation est *perfecta inter omnes*, sans réserver aucune ressource au donateur ? Comment, à la suite d'une novation et d'une acceptilation faites *donationis causa*, les empereurs Dioclétien et Maximien, l. 2, C. *De acceptil.*, nous disent-ils que toute voie est fermée au donateur (*omnis agendi via perempta est*) ? Est-il plus difficile de rescinder une acceptilation qu'une délégation ? Ne regardait-on pas l'acceptilation comme non avenue, alors qu'elle était faite entre époux, l. 3, § 10, D. *De donat. int.* ?

La circonstance qu'une promesse a précédé la tradition, ne suffit pas pour faire apprécier cette tradition comme un paiement, à moins que la personne qui a livré ne se soit cru obligée à le faire. Celui qui néglige à bon escient d'invoquer une exception qu'il connaissait parfaitement ne peut invoquer la *condictio indebiti*, nous dit Ulpien, l. 26, § 3, *De cond. ind.* : ce n'est pas un paiement qu'il a entendu faire, c'est une donation. Tel est le point de vue des jurisconsultes romains, ainsi que nous l'indique la loi 53, D. *De reg. jur.*; *cujus per errorem dati repetitio est, ejusdem consulto dati donatio est.* Dès lors, il faut mettre sur la même ligne celui qui livrerait sans avoir promis, et celui qui ayant promis livrerait ce qu'il sait bien n'être pas tenu à livrer. Comme il n'y a chez ce dernier ni obligation civile, ni obligation naturelle, il doit être traité comme celui qui exécuterait spontanément une donation que n'aurait précédée aucune convention. A-t-il livré un fonds provincial ? la *donatio est perfecta*, §§ 293 et 313 *Vat. Fragm.*; a-t-il mancipé un fonds italique, sans le livrer ? heureusement il a conservé la possession, qui lui per-

met d'être défendeur à la revendication, et d'invoquer l'exception *legis Cinciæ*. L'a-t-il livré sans le manciper? il lui reste le *jus Quiritium*, qui l'autorise à exercer la revendication, sans avoir à craindre l'exception *rei traditæ*, laquelle sera paralysée par une réplique fondée sur la loi Cincia. A-t-il enfin livré et même mancipé des meubles? les règles du droit romain sur la possession des meubles assureront son triomphe par la voie de l'interdit *utrubi*, tant que le donataire ne sera point par rapport à lui *superior interdicto*, § 311, *Vat. Fragm.*

Après avoir examiné les objections élevées contre la doctrine que nous adoptons, il nous reste à déterminer quels étaient les effets de l'obligation naturelle résultant du simple pacte, de la convention dépourvue de formes.

L'observation des pactes étant conforme à l'équité, sur laquelle se fondent aussi les obligations naturelles, nous sommes disposé à rattacher sans restriction aux obligations naturelles dérivant des pactes tous les effets qui, d'après les divers textes du droit romain, sont possibles à raison de l'existence d'une obligation naturelle.

Nous avons déjà fait observer que l'exclusion de la *condictio indebiti* était le caractère le plus général de l'obligation naturelle. L'interdiction du droit de répéter, quand il y a eu paiement d'intérêts simplement convenus, est attestée par plusieurs textes (1). Suivant

(1) Voyez, indépendamment de la loi 5, § 2, *De solut.*, que nous avons expliquée, la loi 26, pr. D. *De cond. indeb.*, et la loi 3 C. *De usur.*

nous, ce n'est pas là une particularité, mais seulement l'application de la règle générale quant à l'efficacité des conventions, toutes les fois, bien entendu, que le pacte n'offre rien de contraire aux lois.

Il est essentiel de remarquer que, en droit romain, le refus de la *condictio indebiti*, à la suite d'un paiement, donnait à l'obligation naturelle une valeur indépendante de la bonne grâce du débiteur ; en effet, la répétition était interdite, non-seulement quand il y avait eu paiement volontaire, accompli en connaissance de cause (1), mais encore quand le paiement n'avait été opéré que par erreur (2). Ainsi, le débiteur n'avait pas eu l'intention d'obéir à l'inspiration de sa conscience, il s'était cru civilement obligé à payer ; le paiement subsistera néanmoins, de telle sorte que le *debitum naturale* produisait un effet en dehors de la condescendance du débiteur. Le *vinculum juris* apparaît donc ici avec une certaine puissance.

Nous pensons qu'il faut aussi admettre en cette matière la validité des garanties accessoires que peut recevoir une obligation. On ne doit pas perdre de vue l'importance de cette solution, parce qu'elle est de nature à fournir au créancier la ressource d'une action, qu'il ne trouve pas dans l'obligation naturelle.—L'efficacité de l'hypothèque, quand il s'agit d'une convention relative à des intérêts, est reconnue par la loi 5, § 2, *De solut.* (n° III), à laquelle on peut joindre les lois 101, § 1,

---

(1) C'est uniquement pour ce cas que, chez nous, l'art. 1235 C. Nap., du moins selon l'interprétation la plus ordinaire, exclut la répétition.

(2) L. 26, § 12, l. 64 D. *De cond. indeb.*, l. 20 D. *De senat. Maced.*

eod. tit., et 4, C. *De usur.*; et nous n'hésitons pas à généraliser, pour l'étendre à tout autre pacte, ce qui est dit du pacte quant aux intérêts. — La possibilité d'une fidéjussion est la conséquence de la décision que nous avons adoptée, en écartant la répétition de ce qui aurait été payé; là, en effet, où la *condictio indebiti* est refusée, on doit en conclure qu'il y a place à une fidéjussion, l. 7, l. 16, § 4, D. *De fidej.* — Nous en dirons autant du constitut, qui, à l'exemple de la fidéjussion, se contente d'une obligation naturelle, l. 1, § 7, D. *De pec. constit.* Seulement, à la différence de la fidéjussion, le constitut peut intervenir de la part du débiteur même, et lui permettre de reconnaître et de confirmer son obligation, en se soumettant dorénavant à une condamnation.

Au point de vue de la novation, une distinction est, à notre gré, nécessaire; et cette distinction nous conduit à faire observer que l'obligation naturelle dont nous parlons, bien qu'elle soit à nos yeux celle qui mérite le plus d'être favorisée, ne peut cependant prétendre absolument à tous les effets dont était capable en droit romain l'obligation naturelle. Il faut, croyons-nous, séparer le cas où il s'agirait d'éteindre, par la voie d'une novation, l'obligation naturelle dérivant d'un pacte, et celui où on voudrait arriver à un résultat inverse, c'est-à-dire substituer à une obligation civile une obligation naturelle qui se formerait par une simple convention. Dans la première hypothèse, il y aura novation; mais il en sera autrement dans la seconde. Sans doute Ulpien, l. 1, § 1, D. *De novat.*, pose en principe que l'obligation naturelle est également suffisante, soit

pour fournir l'élément de la dette à nover, soit pour fournir celui de la dette qui doit emporter novation. Mais, d'un autre côté, il est incontestable que, dans les principes du droit romain, le consentement ne pouvait à lui seul opérer novation, et que ce mode d'extinction des obligations était assujetti à des formes précises. En laissant de côté le procédé de la novation par *expensi latio*, qui tomba en désuétude longtemps avant Justinien, et qui d'ailleurs ferait évidemment défaut là où il n'y aurait qu'un simple pacte, il faut dire que la novation exigeait la solennité de la stipulation, et qu'elle devait s'accomplir au moyen de l'emploi du contrat *verbis*.

Dès lors, il n'est pas possible d'admettre qu'il y ait novation, quand le créancier est simplement convenu avec un tiers que celui-ci devrait désormais ce qui était dû par un autre. Ce créancier pourra bien de la sorte acquérir une action contre le pactisant, parce qu'une semblable convention devra en général être envisagée comme un contitut (1); mais il ne perdra point son action contre le débiteur primitif, l. 28, D. *De pec. constit*, l. 15, D. *De in rem verso*. Telle fut la solution à laquelle s'arrêta la jurisprudence romaine, bien qu'elle paraisse avoir souffert dans l'origine quelque difficulté, suivant le témoignage de la loi 18, § 3, *De pec. constit*. La règle énoncée par Ulpien, l. 1, § 1, D. *De novat.*, n'en reste pas moins exacte. Il se peut, en effet, que l'obligation qui remplace la précédente, n'aie que la force d'une obligation naturelle; mais il faut

(1) Il en sera ainsi sous Justinien; car, à l'époque des jurisconsultes, le constitut n'existait qu'à l'égard des dettes de *quantité*. L., 2. C *De pec. constit*.

du moins que cette obligation se soit produite dans la forme de la stipulation. Aussi, le jurisconsulte cite-t-il pour exemple le cas où un pupille aurait *promis* sans l'*auctoritas tutoris*. Gaius, qui donne le même exemple, III, § 176, nous parle aussi de l'hypothèse où le nouveau débiteur aurait *promis post mortem suam*. En pareil cas, il ne se formait pas, avant Justinien, une obligation civile, suivant la règle d'après laquelle les actions ne pouvaient pas commencer *ex hæredis persona*, ce qui, disait-on, eût été *inelegans*, Gai. III, § 100.

Remarquons, à ce sujet, qu'ici le vice de l'obligation ne tenait qu'à une exigence du *jus civile*. Il fallait bien que l'on vît dans un semblable engagement une obligation valable au moins d'après le *jus gentium*, moins sévère en fait d'*elegantia*, c'est-à-dire une dette naturelle, dont le paiement fait avant le terme par le promettant eût été sans doute parfaitement régulier (1); car, s'il y avait eu absence même d'obligation naturelle, le second élément, indispensable pour toute novation, la dette qui doit se substituer à l'ancienne, aurait fait complétement défaut; et par suite, l'idée d'une novation aurait été inacceptable. Nous voyons là une nouvelle preuve de la légitimité de notre doctrine sur la valeur des pactes. Sans doute, la promesse *post mortem promissoris* était inutile, en ce sens qu'elle était désavouée par le *jus civile*, et qu'ainsi elle ne produisait pas d'action; mais, au fond de cette stipulation, nulle aux yeux du droit civil, il y avait véritablement un pacte sérieux, un engagement de payer à

(1) Notre collégue et ami, M. Massol, fait la même observation. dans son *Traité de l'obligation naturelle*, p. 25.

terme incertain. En un mot, la convention était observée à titre d'obligation naturelle, malgré les subtilités qui empêchaient de lui accorder toute la force qu'elle aurait dû raisonnablement obtenir.

Tout en reconnaissant l'inefficacité du pacte, pour éteindre *ipso jure* l'ancienne dette, on peut se demander si, dans le cas où il est bien avéré que la pensée du créancier a été de renoncer à son ancienne obligation, le débiteur primitif n'aurait pas, du moins, la faculté de repousser l'action du créancier, en invoquant l'exception *pacti conventi* ou *doli mali*. La réponse affirmative n'est pas sans difficulté. Au premier abord, tout semble se borner à apprécier l'intention dans laquelle le pacte a été fait; et, dès-lors, dira-t-on, si le créancier a entendu se contenter de l'engagement tel quel qui lui était fourni, n'y a-t-il point là, au profit du débiteur originaire, un pacte tacite *de non petendo?* N'est-ce pas ainsi que Gaius, III, § 179, interprète le cas où une promesse conditionnelle ayant été substituée à une promesse pure et simple, la condition viendrait à défaillir? Mais prenons garde que, dans l'hypothèse prévue par Gaius, la stipulation dont le jurisconsulte fait sortir un pacte *de non petendo* a été conclue par le créancier avec l'ancien débiteur. Ici, au contraire, c'est avec un tiers qu'est intervenue la convention. Or, de même qu'en droit romain il n'était pas permis de procurer à un autre l'avantage d'une créance, de même on ne pouvait lui ménager le bénéfice d'une exception. La règle identique est ainsi exprimée pour les deux cas dans la loi 74, § 4, D. *De reg. jur.*: « *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest.* » Il est vrai qu'on ne tenait pas la main rigoureusement à cette doc-

trine, et que quelquefois, à défaut de l'exception de pacte, on accordait l'exception de dol, ainsi que nous le dit Ulpien, l. 10, § 2, D. *De pact* : « *plerumque solemus dicere doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis, quosdam denique qui exceptione pacti uti non possunt doli exceptione usuros, et Julianus scribit, et alii plerique consentiunt : utputa, si procurator meus paciscatur, exceptio doli mali mihi proderit, ut Trebatio videtur.* » Mais au moins suppose-t-on que le pactisant a agi comme mandataire du débiteur. En l'absence de ce rapport, et quand il n'y a qu'une gestion d'affaires, on peut douter qu'il y ait lieu de faire dériver le profit d'une exception du fait d'une personne tout à fait étrangère au débiteur. Cependant, comme l'exception de dol est fort large en droit romain, nous n'oserions affirmer qu'elle n'eût pas été étendue à ce cas. Toutes les fois, en effet, qu'on pourra dire qu'il y a constitut, et que le créancier aura acquis une action contre le nouvel obligé, qui ne s'est engagé qu'en vue de libérer le premier débiteur, il est bien permis de considérer comme contraire à la bonne foi, et devant échouer en présence de l'exception de dol, la conduite de ce créancier qui voudrait encore user de son droit à l'égard de l'ancien obligé.

L'admission d'une exception, de celle *pacti conventi*, nous semble, au contraire, fort légitime, si l'on suppose, ce qui est possible, que le constitut a été conclu avec le débiteur primitif. Il est vrai, comme nous l'avons dit, que ce pacte n'avait pas pour effet d'éteindre *ipso jure* l'ancienne obligation. Mais, du moins, faut-il voir là une convention, qui, en réglant à nouveau les rapports des parties, entraîne de la part du créancier la renonciation à des avantages qui ne seraient plus en harmonie

avec la physionomie qui a été donnée désormais à la dette. Par exemple, un créancier, qui pouvait à son choix exiger alternativement telle ou telle chose, a fait un constitut, d'après lequel l'objet de l'obligation a été restreint à une chose unique. Le constitut a reculé peut-être l'échéance de la dette, déterminé un lieu de payement plus commode pour le débiteur. Dans tous les cas, en un mot, où le constitut aurait amélioré la condition du débiteur, on doit dire que le créancier ayant consenti à diminuer son droit, cette convention, suivant la règle générale, sera efficace *jure exceptionis*.

Nous nous arrêterons un instant sur un dernier effet de l'obligation naturelle, sur ce qui touche la compention, ou, plus généralement, sur le droit qu'aurait le créancier naturel de se débarrasser d'une obligation civile, à raison de ce que le créancier de cette obligation serait de son côté débiteur envers lui, mais seulement naturellement.

Nous avons déjà fait observer que la faculté de compenser constitue pour l'obligation naturelle un avantage précieux. Il en résultera à l'égard du débiteur un lien véritable, qui permettra, malgré sa mauvaise volonté, de ramener l'obligation à exécution, pourvu que l'occasion de compenser se présente. Autoriser la compensation, c'est en quelque sorte accorder le droit d'agir; et on peut dire que le résultat effectif est le même que s'il y avait moyen d'obtenir une condamnation, sauf l'éventualité de cette ressource, qui est accidentelle. Les Romains voyaient tellement dans l'exercice de la compensation quelque chose qui équivalait à une action, qu'ils décidaient que celui qui avait promis de ne pas

agir contrevenait à sa promesse par cela seul qu'il aurait usé de la compensation : *nam et si quis adversus petentem compensatione deductioneve usus sit, recte dictum est petiisse eum videri, et stipulationem committi amplius non peti,* l. 15. D. *ratam rem.*

La gravité des conséquences du droit de compenser doit sans doute être un motif pour ne l'admettre qu'avec circonspection, en matière d'obligations naturelles. Aussi, en parcourant les différentes hypothèses que nous devons traiter, nous aurons à refuser dans plus d'une circonstance cette faveur au créancier naturel. Cependant, il n'est pas douteux qu'il ne faille faire une place à la compensation basée sur une simple obligation naturelle. C'est ce qui ressort incontestablement de la loi 6, D. *De compens* (n° XIII). Bien des auteurs admettent, en vertu de ce texte, qu'une obligation naturelle, en droit romain, était de nature à fonder la compensation. Mais ils sont assez laconiques sur les applications à faire de cette proposition, qui signifie assurément, non pas que la compensation est recevable toutes les fois qu'il y a obligation naturelle, mais uniquement qu'il *peut* y avoir lieu à invoquer une obligation naturelle par voie de compensation.

En ce qui regarde l'obligation naturelle dérivant d'un pacte, les textes des Pandectes et du Code sont à peu près muets (1). Mais, comme le motif qui milite en faveur de l'observation des pactes, l'équité, est aussi celui qui a fait introduire la compensation : *æquitas, quæ merum jus compensationis inducit,* l. 36, D. *De admin. et*

(1) Voyez cependant ce que nous disons plus bas à l'occasion de la loi 72, pr. D. *De cont. emt.* et de la loi 7, § 5, D. *De pact.*

peric., nous trouvons déjà dans ce rapprochement une considération à l'appui d'une solution affirmative. D'ailleurs, au fond, la compensation n'est qu'un payement, que le créancier, à la fois débiteur, se fait à lui-même en retenant ce qu'il doit pour une autre cause. Or, le paiement étant valable à l'égard de l'obligation naturelle que produit le pacte, faut-il restreindre cette validité du payement au cas où il serait fait par le débiteur? Le créancier n'est-il pas, au contraire, autorisé à se payer par ses mains, quand il en trouve l'occasion?

Cette faculté de se payer par soi-même, en déduisant sur ce que l'on doit ce dont on est créancier, nous paraît consacrée, par le texte des §§ 1 et 2 de la loi 31, D. *De hered. pet.*, sous la réserve d'une distinction. Cette loi, en effet, n'admet la déduction qu'autant que le créancier se trouve loyalement en position de l'opérer. Suivant le § 1, le possesseur de mauvaise foi d'une hérédité, le *prædo* n'est pas fondé, en faisant la restitution de l'hérédité, à retenir ce dont il est créancier, surtout, dit Ulpien, *maxime, si id fuit debitum, quod natura debebatur*. Mais le § 2 autorise sans difficulté (*dubio procul*) par rapport au *justus possessor*, le droit de déduire, ce qui doit s'entendre, puisque le jurisconsulte ne distingue pas, de toutes les dettes pour lesquelles la déduction est refusée quant au *prædo* (1).

---

(1) Papinien, dans la loi 95, § 2, *De solut.* (texte sur lequel nous aurons à revenir), décide que celui qui a prêté de l'argent à un pupille sans *l'auctoritas tutoris*, et qui devient l'héritier de ce pupille, peut imputer au passif de la succession le montant intégral du *mutuum*. Il se

Cette distinction nous explique pourquoi la loi 5, § 2, *De solut.* (n° III), à la suite d'un payement partiel fait sans explication par le débiteur, en règle l'imputation sur le capital et non sur les *usuræ ex pacto debitæ*. Le créancier, qui prétendrait diriger l'imputation sur des intérêts de cette sorte, méconnaîtrait le devoir imposé au créancier, dans le silence du débiteur, de faire l'imputation comme le débiteur la ferait lui-même, l. 1, D. *De solut.* Mais supposez qu'un débiteur, qui refuse de payer des intérêts simplement convenus, devienne créancier de celui à qui ces intérêts sont dus, *naturaliter*, ne serait-il pas fort peu juste de l'autoriser à obtenir une condamnation, sans tenir compte de la dette naturelle (2)?

Le silence des sources, quant à la question que nous examinons, n'a rien d'étonnant, si l'on songe au développement historique de la compensation. Pendant longtemps elle ne fut admise régulièrement que dans les actions de bonne foi, où elle était restreinte aux créances dérivant *ex eadem causa*. Dans de pareilles conditions, il était rare que le juge eût à s'occuper d'une obligation naturelle résultant d'un pacte. Nous trouvons cependant un cas de cette nature dans la loi 72, pr. D. *De cont. emt.* Il s'agit d'un acheteur qui, postérieurement au contrat, est convenu avec son vendeur que celui-ci fournirait des fidéjusseurs quant à la *cautio*

---

paiera ainsi au détriment des légataires; et cependant il s'agit d'une créance naturelle qui n'a été admise qu'avec difficulté dans la jurisprudence romaine.

(2) Vinnius, *Select. Quæst.*, lib. 1, cap. 49, admet pour cette hypothèse le droit de compenser. M. Massol, p. 65 et suiv., ne croit la compensation possible en vertu d'une obligation naturelle qu'autant que celle-ci se rattache à la *eadem causa*.

duplæ. Il n'y a là qu'un pacte, qui, étant fait *ex intervallo*, ne produit pas d'action; néanmoins, il deviendra obligatoire pour le vendeur, s'il a besoin d'agir pour obtenir le payement du prix. Il entrera dans l'office du juge de l'action *venditi* de faire exécuter ce pacte, qui vaudra ainsi *jure exceptionis*, suivant l'expression de Papinien.

Plus tard, la compensation fut autorisée dans les actions de droit strict, ce qui aurait été introduit par un rescrit de Marc-Aurèle, suivant l'assertion de Justinien, Instit. liv. IV, tit. VI, § 30. Dès lors, on ne se trouva plus lié par cette nécessité que les créances invoquées en compensation se rattachassent à la *eadem causa*. Mais il resta toujours vrai que le juge n'avait d'autres pouvoirs que ceux qui lui étaient conférés par la formule. Or, bien que les Institutes nous disent que c'est au moyen de l'exception de dol que le juge d'une action de droit strict sera autorisé à compenser, nous ne pouvons croire que le magistrat abandonnât absolument à la discrétion du juge la question de savoir quelles seraient les créances qu'il pourrait prendre en considération. Nous partageons pleinement l'opinion émise à ce sujet par notre savant collègue, M. Ortolan (1). Donner une exception est l'équivalent de donner une action; et si l'action n'est concédée qu'autant que son fondement a été apprécié par le magistrat, on ne conçoit pas que pour l'exception le juge soit investi de la faculté de la prendre où il voudra. Nous n'allons pas jusqu'à dire que dans une action de bonne foi la compensation *ex dispari causa* sera interdite, ce qui établirait une inégalité choquante entre deux parties,

(1) *Explication historique des Instituts*, t. III, nos 2193 et 2195.

dont l'une serait créancière à la suite d'un *negotium bonæ fidei*, et l'autre pour une affaire de droit strict. Le défendeur à une formule *bonæ fidei* ne doit pas apparemment être plus mal traité que si le *judicium* était *strictum*. Seulement nous pensons que la formule devra toujours préciser au juge les causes en vertu desquelles il pourra procéder à la compensation.

Ceci posé, nous ferons observer qu'il n'était pas dans les habitudes des Romains d'ouvrir au juge un champ trop large, et de lui permettre de mêler ensemble des questions tout à fait étrangères l'une à l'autre (1). Par conséquent, ce n'était sans doute qu'avec une certaine réserve que le droit de compenser était admis, à condition que l'appréciation de la contre-créance serait simple et n'exigerait pas une instruction compliquée. Supposons qu'un legs soit réclamé, mais que le légataire ait fait précédemment avec l'héritier une vente, postérieurement à laquelle il aurait été convenu qu'une *satisdatio* serait fournie en vue de l'éviction. L'acheteur avait déjà payé son prix, et il n'a pas la ressource de forcer à l'exécution du pacte, en défendant à l'action *venditi*. Nous doutons qu'après le rescrit de Marc-Aurèle, le Préteur, qui délivrait la formule de l'action *ex testamento* trouvât opportun d'autoriser le juge à s'occuper d'un pareil pacte.

---

(1) C'est ainsi qu'Ulpien, l. 4, § 5, D. *De cont. tut.*, se demande si dans le *judicium contrarium tutelæ* le juge pourra s'occuper non seulement des dépenses que le tuteur a faites à l'occasion de son administration, mais encore des créances qu'il n'a pas acquises en qualité de tuteur, par exemple quand le pupille se trouve débiteur du chef de son père. Le jurisconsulte décide qu'on réservera au tuteur son action, mais qu'il ne sera point question de ces créances dans la liquidation du compte de tutelle.

Il est des cas, au contraire, où l'observation d'un pacte se recommande équitablement comme un moyen facile de régler la position respective des deux plaideurs. Quelqu'un est légataire d'une somme d'argent ; d'un autre côté, il est débiteur envers l'héritier pour des intérêts qui ont été l'objet d'une simple convention. Forcera-t-on l'héritier à acquitter le legs entier, sans déduire le montant de ces intérêts?

Nous citerons une autre hypothèse que nous fournit un texte d'Ulpien, la loi 7, § 5, D. *De pact.* Le jurisconsulte, en donnant des applications de cette règle qu'un pacte fait *ex intervallo* se borne à produire une exception, mentionne le cas où, après le divorce, le mari serait convenu de rendre immédiatement la dot, sans profiter du délai légal ordinaire. Pas d'action contre lui, nous dit il ; *hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur* (1). Mais

(1) On peut se demander pourquoi le pacte prévu par Ulpien ne donnerait pas lieu à l'action de constitut. Les expressions : *Statutum tempus dilationis* indiquent en effet une dot *quæ pondere, numero, mensura consistit* (Ulp., *Reg.*, tit. VI, § 8); et c'était précisément aux dettes de cette nature que s'appliquait le constitut avant Justinien, l. 2. C. *De pec. constit.* L'action de constitut était-elle refusée parce qu'un pacte n'aurait pu suffire à priver le mari d'un délai accordé formellement par la loi, ainsi que le pense, après Duaren, Vinnius, *De pact.*, ch. IX, n° 3? Le constitut, qui avait pour but d'avancer l'échéance d'une dette à terme, ne pouvait-il autoriser l'action qu'au moment où la première dette devenait exigible, suivant la règle que le constitut ne peut dépasser ce qui est dû; et les textes qui valident le constitut en pareil cas signifient-ils seulement que la convention ne serait pas frappée de nullité, comme le serait une fidéjussion? Ne faut-il pas dire plutôt que la convention dont il s'agit n'est autre chose que l'abdication du délai légal, tandis que le constitut suppose un règlement sur le temps et la manière dont une dette sera payée, de sorte qu'il n'y aurait pas ici réellement intention de faire un constitut? Nous inclinerions à cette dernière opinion; mais, quel que soit le motif de la décision d'Ulpien, elle est fort claire en ce sens que la convention dont il parle ne peut valoir que *jure exceptionis*.

le pacte sera valable, ajoute le texte, *ex parte rei*, c'est-à-dire pourvu que l'occasion se présente de l'invoquer *jure exceptionis*. Or, la chose n'est possible qu'au moyen de la compensation. Si le mari devient à son tour créancier de la femme, il ne serait pas juste qu'il obtînt une condamnation, en continuant à jouir pour la restitution de la dot du délai auquel il a renoncé. La compensation se présente encore ici comme éminemment équitable, et elle fournira le moyen de faire exécuter une obligation découlant d'un simple pacte.

TEXTES EXPLIQUÉS.

—

§ 2e. — Obligations naturelles tenant à l'incapacité du débiteur.

Article 1er. — Fils de famille.

L. 40, D. De condictione indebiti (XII-VI).

MARCIANUS, libro III Regularum.

XIV. Qui exceptionem perpetuam habet solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum. Nam si quidem ejus causa exceptio datur cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in SCto de intercessionibus. Ubi vero in odium ejus cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur; veluti, si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, et paterfamilias factus solverit, non repetit.

MARCIEN, Règles, livre 5e.

XIV. Celui qui a une exception perpétuelle peut répéter, quand il a payé par erreur. Cette règle n'est cependant pas absolue. En effet, si l'exception a pour but de protéger le défendeur, la répétition est possible. C'est ce qui arrive à l'égard du SCte relatif aux intercessions. Mais, quand l'exception est donnée en haine du créancier, le payement fait inconsidérément ne peut être répété. Par exemple, un fils de famille a emprunté de l'argent contrairement au SCte Macédonien, et il a payé, étant devenu père de famille ; il ne répétera point.

L. 9, § 1, D. De SCto Macedoniano (XIV-VI).

ULPIANUS, libro XXIX, ad Edictum.

XV. Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare, vel repetere possit? Et ait Julianus : si quidem hac conditione ei donata sit pecunia ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem,

ULPIEN, sur l'Édit, livre 29e.

XV. Si un fils de famille a remboursé son créancier avec de l'argent qu'un tiers lui avait donné, le père pourra-t-il revendiquer ou répéter? Julien fait la distinction suivante : si de l'argent a été donné au fils, à condition qu'il l'emploierait à

BIBLIOTECA CENTRALE IMPR.

et fieri nummos accipientis. Si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse, et ideo, si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere.

payer son créancier, cet argent doit être considéré comme ayant passé directement du donateur au créancier, qui sera devenu propriétaire des écus. Si, au contraire, l'argent a été donné purement et simplement, le fils n'a pas eu la faculté de l'aliéner ; et, par conséquent, s'il s'en est servi pour payer son créancier, le père, quoi qu'il arrive, pourra répéter.

L. 14, D. De rebus creditis (XII-1).

ULPIANUS, libro XXIX, ad Edictum.

XVI. Si filiusfamilias contra SCtum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur. Sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait cessare condictionem : quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transiisset ; in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti contra SCtum crediti magis est cessare repetitionem.

ULPIEN, sur l'Édit, livre 29e.

XVI. Si un fils de famille qui avait emprunté contrairement au SCte, a payé, la revendication de la part du père ne pourra être repoussée par aucune exception. Mais si les écus ont été consommés par le créancier, Marcellus dit qu'il n'y aura pas lieu à une *condictio*. En effet, la *condictio* n'est donnée qu'autant que les écus ont été comptés en vertu d'une cause qui fournirait une action dans le cas où celui qui a reçu serait devenu à l'instant propriétaire, ce qui n'aurait pas lieu dans l'espèce. C'est pourquoi il est admis qu'on ne peut répéter, quand on a remboursé par erreur une somme prêtée contrairement au SCte,

L. 7, § 16, D. De SCto Macedoniano (XIV-VI).

ULPIANUS, libro XXIX, ad Edictum.

XVII. Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessa-

ULPIEN, sur l'Édit, livre 29e.

XVII. Si, devenu père de famille, quelqu'un a payé une

bit SCtum ; nec solutum repetere potest.

partie de ce qu'il devait, le SCte n'aura pas d'application ; et il ne pourra répéter ce qu'il a payé.

L. 9, *pr. D. De SCto Macedoniano* (XIV-VI).

ULPIANUS, libro XXIX, ad Edictum.

XVIII. Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit SCti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem.

ULPIEN, sur l'Edit, livre 29e.

XVIII. Si, devenu père de famille, quelqu'un a donné un objet en gage, il faut dire que l'exception du SCte lui sera refusée jusqu'à concurrence de la valeur du gage.

L. 20, *D. De SCto Macedoniano* (XIV-VI).

Pomponius, libro V SCtorum.

XIX. Si is cui, dum in potestate patris esset, mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus, per ignorantiam facti, novatione facta, eam pecuniam expromisit, si petatur ex ea stipulatione, in factum excipiendum erit.

Pomponius, sur les SCtes, livre 5e.

XIX. Si celui à qui de l'argent avait été prêté tandis qu'il était en puissance paternelle, devenu père de famille, a, par suite d'une erreur de fait, opéré une novation et promis la même somme, il pourra opposer une exception rédigée en fait à l'action qui serait intentée en vertu de cette stipulation.

L. 9, *§* 3, *D. De SCto Macedoniano* (XVI-VI).

ULPIANUS, libro XXIX, ad Edictum.

XX. Non solum filio familias et patri ejus succurritur, verum fidejussori quoque, et mandatori ejus ; qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt. Tunc enim, cum nullum regressum habeant, SCtum locum non habebit. Sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt,

ULPIEN, sur l'Edit, livre 29e.

XX. On vient au secours non seulement du fils de famille et de son père, mais encore à celui du fidéjusseur et du mandant. Ces derniers, en effet, auraient un recours à exercer par l'action de mandat, à moins qu'ils n'aient intercédé dans un esprit de libéralité. Dans ce cas, comme ils n'ont pas de recours, le SCte ne sera pas appli-

totus contractus a patre videbitur comprobatus.

cable. Qand même ce ne serait pas dans la pensée de faire une donation qu'ils auraient intercédé, s'ils ne l'ont fait que de l'aveu du père, le contrat de prêt sera considéré comme approuvé par le père.

L. 11, D. De SCto Macedoniano (XIV-VI).

ULPIANUS, libro XXIX, ad Edictum.

XXI. Tamen, si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur SCti exceptione. Et ita Julianus scribit in ipso filio familias, exemplo mulieris intercedentis.

ULPIEN, sur l'Edit, livre 29e.

XXII. Bien qu'ils (les fidéjusseurs ou les mandants) aient été condamnés, faute d'invoquer l'exception, ils pourront encore exciper du SCte. C'est ce que Julien admet pour le fils de famille lui-même, à l'instar de la femme qui aurait fait une intercession.

L. 38, pr. D. De condictione indebiti (XII-VI).

AFRICANUS, libro IX Questionum.

XXII. Frater a fratre, cum in ejusdem potestate essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei solvit. Quæsitum est an repetere possit? Respondit, utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres extitisset, repetiturum; pro ea vero, qua frater heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset; naturalem enim obligationem, quæ fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus : adeo ut, si prælegatum filio, eidemque debitori id fuisset, deductio hujus debiti a fratre ex eo fieret.

AFRICAIN, Questions, livre 9e.

XXII. Un frère, ayant emprunté de l'argent à son frère, alors qu'ils étaient sous le pouvoir du même chef, a remboursé après la mort du père. On demande s'il peut répéter. Le jurisconsulte a répondu qu'il y aurait répétition sans difficulté pour la part à raison de laquelle le frère emprunteur était héritier; mais que, pour la part à raison de laquelle le frère prêteur était héritier, la répétition ne serait admise qu'autant que ce dernier aurait trouvé dans le pécule de son frère le montant de cette part, attendu que cette circonstance

Idque maxime consequens esse ei sententiæ, quam Julianus probaret : si extraneo quid debuisset, et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum judicio eum familiæ erciscundæ recuperaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset; igitur, si re integra familiæ erciscundæ agatur, ita peculium dividi æquum esse, ut ad quantitatem ejus indemnis a coherede præstetur. Porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse præstandum.

aurait éteint l'obligation naturelle qui s'était formée. Cela est si vrai que, si le fils emprunteur était prélégataire de son pécule, il devrait subir la déduction du montant de sa dette. Cette décision s'accorde parfaitement avec l'opinion suivante de Julien : si le fils devait quelque chose à un étranger, et qu'il eût payé après la mort du père, il aurait le droit de se faire tenir compte par ses cohéritiers, lors du partage de la succession, du montant de ce que son créancier aurait pu obtenir par l'action *de peculio* ; par conséquent, si le partage de la succession avait lieu avant le payement, il serait juste de ne faire entrer dans le partage les valeurs du pécule qu'à la condition d'indemniser l'héritier débiteur. Dès lors, celui qui aurait le droit de se faire défendre contre les poursuites d'un étranger, doit, à plus forte raison, être indemnisé, quand c'est son frère qui est son créancier.

L. 38, § 1, *eod. tit.*

Quæsitum est, si pater filio crediderit, isque emancipatus solvat, an repetere possit? Respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum : nam manere naturalem obligationem argumento esse, quod extraneo agente intra annum de pecu-

On a demandé si un père ayant prêté à son fils, qui l'aurait remboursé après son émancipation, ce dernier pourrait répéter? Le jurisconsulte a répondu qu'il n'y aurait pas lieu à répétition, si le père n'avait rien gardé du pécule du fils. En effet, ce qui prouve qu'il y

lio, deduceret pater quod sibi filius debuisset.

c'est que, si un étranger eût intenté l'action *de peculio*, dans le courant de l'année, le père aurait pu déduire le montant de ce que son fils lui devait.

L. 38, § 2, eod. tit.

Contra si pater, quod filio debuisset, eidem emancipato solverit, non repetet : nam hîc quoque manere naturalem obligationem eodem argumento probatur ; quod si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset computetur. Ademque erunt, et si extraneus heres exheredato filio solverit id quod ei pater debuisset.

A l'inverse, si le père, débiteur de son fils, l'a payé après l'émancipation, il ne répétera point. Dans ce cas aussi, l'existence d'une dette naturelle peut être établie à l'aide du même argument. Car, si un tiers agissait *de peculio*, dans le courant de l'année, le montant de la dette du père devrait être compté dans le pécule. Il en serait de même, si un héritier externe payait au fils exhérédé ce qui lui était dû par son père.

EXPLICATION.

§ 2e. Obligations naturelles tenant à l'incapacité du débiteur:

Une seconde source d'obligations naturelles, en droit romain, se trouve dans l'incapacité dont étaient frappées certaines personnes. Cette incapacité pouvait se présenter dans des positions fort diverses, que nous fournit l'organisation de la famille ou de la société, d'après les principes de cette législation. Nous aurons à examiner successivement la condition des fils de famille, des esclaves, des pupilles, des mineurs de vingt-cinq ans, des prodigues ou interdits, des *furiosi* ou insensés.

Article 1er. — Fils de famille.

En droit romain, la capacité du fils de famille, au point de vue de la faculté de s'obliger, est traitée bien différemment, suivant qu'il se met en rapport avec des tiers, ou bien avec celui sous la puissance duquel il est placé.

1er *rapport*. Vis-à-vis les tiers, la règle générale est qu'il faut faire abstraction de l'état de dépendance, et que le fils de famille doit être considéré comme étant *sui juris*. Tel est le principe posé par Gaïus, l. 39, D. *De obligat.* : *filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur*. Le jurisconsulte en tire la conséquence qu'une action est possible contre lui, de même que s'il s'agissait d'un *paterfamilias ; et ob id agi cum eo, tanquam cum patrefamilias potest.*

Il n'y a pas ici à distinguer, comme pour les esclaves,

entre les contrats et les délits, dont les derniers seuls peuvent constituer une obligation civile dans la personne de l'esclave, postérieurement à son affranchissement. Les deux sources d'obligations produisent également action à l'encontre du fils de famille, qui peut être poursuivi à raison de ses contrats tout aussi bien qu'à raison de ses délits, comme l'indique la loi 57, D. *De judic.* La différence entre les deux classes de personnes *alieni juris*, quant à la capacité de s'obliger *ex contractu*, est aussi nettement indiquée aux Institutes, § 6, *De inut. stip.*, *in fine*.

Il peut paraître rigoureux d'autoriser une condamnation contre un fils de famille, qui, à l'époque des jurisconsultes, était hors d'état de se composer un patrimoine. *Nihil suum habere potest*, dit Gaïus, II-87. N'était-il pas inique de lui laisser uniquement la faculté dangereuse de faire des dettes, tandis qu'on lui déniait la faculté de réaliser des acquisitions, d'être propriétaire ou créancier? Une fois condamné, il est clair qu'on ne peut le faire payer, puisqu'il n'a rien à lui. Le fils de famille devait-il donc, à défaut de biens, subir les rigueurs de l'exécution sur la personne? Devait-il être réduit à l'esclavage de la dette, tant que cette institution a été pratiquée chez les Romains; et, après son abolition, y aura-t-il lieu à la contrainte par corps, qui a toujours subsisté, en l'absence d'une cession de biens, à laquelle on ne peut pas songer, puisqu'il n'y a pas de biens à céder?

Nous croyons qu'il faut répondre que le fils de famille, tant qu'il était en puissance paternelle, était couvert par cette puissance, et mis à l'abri des voies d'exécution.

Celles-ci n'auraient abouti, en effet, qu'à priver le fils de sa liberté, et à l'obliger à travailler pour le compte du créancier, ce qui eût été une atteinte évidente aux droits de la puissance paternelle. Or, dans les idées romaines, ces droits étaient inviolables ; et il ne pouvait dépendre de la volonté du fils d'altérer par son fait la puissance paternelle à laquelle il était soumis. Nous en trouvons un témoignage formel dans ce que nous dit Paul, *Sent.*, liv. XXII, tit. XXI, *a*, § 9, à l'occasion du SCte Claudien. Une fille de famille, malgré l'opposition de son père ou à l'insçu de celui-ci, continue à cohabiter avec un esclave ; elle ne perdra point sa liberté, bien qu'elle n'ait pas obtempéré aux sommations du maître de cet esclave ; et la raison pour laquelle le SCte devra être écarté, c'est qu'une personne en puissance ne peut par son fait, quelque ignominieux qu'il soit, se soustraire à cette puissance. *Filiafamilias si, invito vel ignorante patre, servo alieno se junxerit, etiam post denuntiationem statum suum retinet, quia facto filiorum pejor conditio parentum fieri non potest.* Telle est la règle générale ; et il est bien permis d'appliquer à un fils de famille, qui contracterait des dettes, ce que l'on décidait à l'égard de la fille qui vivait dans la débauche.

Sans doute le créancier d'un fils de famille n'a pas besoin d'attendre que la puissance paternelle, expire pour exercer son action et pour obtenir une condamnation. Il a intérêt, en effet, à faire reconnaître et constater son droit ; mais il ne pourra pas aller plus loin, tant que son débiteur restera fils de famille ; car aller au delà, ce serait attenter à la puissance paternelle. L'*actio judicati* restera suspendue jusqu'à ce que le condamné devienne

sui juris. C'est ce que l'on peut conclure de la manière dont s'exprime Paul, l. 5, pr. D. *Quod cum eo* (XIV-v) : *Si filiusfamilias, vivo patre, conventus et condemnatus sit, in emancipatum vel exheredatum, postea judicati actio in id quod facere potest danda est*. Nous voyons dans ce texte que, après des poursuites suivies de condamnation, poursuites qui ont eu lieu pendant la durée de la puissance paternelle, l'*actio judicati* semble bien différée ; qu'elle n'est autorisée que *postea*, c'est-à-dire au moment où, soit par l'effet d'une émancipation, soit par la mort du *parens*, le condamné ne peut plus invoquer l'état de dépendance qui le protégeait contre une exécution. Même dans cette nouvelle position, la condamnation pourra, suivant les circonstances, n'avoir qu'une efficacité restreinte ; et cette restriction nous fournit un argument à l'appui de notre doctrine.

Le fils de famille, à l'instar de l'esclave, était incapable d'avoir un patrimoine. Cependant, à la différence de ce dernier, il était capable de s'engager civilement. Cette diversité se justifiait en ce que, pour le fils de famille, il y avait seulement absence d'un patrimoine séparé, qui au fond ne lui faisait pas défaut, parce qu'il existait au moins avec une expectative sérieuse, parce qu'il était associé au patrimoine du chef, qui ne pouvait lui échapper qu'à la suite d'une exhérédation méritée. Aussi disait-on de lui qu'il était *vivo patre quodammodo dominus*. Toutefois cette expectative manque à se réaliser, si c'est par une émancipation que le fils devient *sui juris*. Il en est de même quand, l'indépendance du fils étant arrivée par la mort de son père, ce fils a subi une exhérédation, ou quand, à raison de l'insolvabilité du *parens*, il est amené à faire usage du bénéfice d'abstention. Dans ces dif-

férentes hypothèses, le fils arrivait à l'état de *sui juris*, dépourvu en fait de tout patrimoine. Aussi le Préteur avait-il jugé opportun de venir au secours d'un individu qui avait pu faire des dettes, sans avoir pu rien gagner pour les payer. Une disposition de l'Édit, dont la teneur nous a été conservée par la loi 2, pr. D. *Quod cum eo*, décidait qu'en pareil cas, et sauf examen du magistrat (1), *causa cognita*, l'action ne serait donnée qu'avec une réserve, que nous avons déjà trouvée dans la loi 5, *eod tit.* : *In id quod facere potest.*

Ces ménagements, dont on usait à l'égard de l'ancien fils de famille devenu apte à posséder un patrimoine, mais auquel le patrimoine manquait *en fait*, ne se concevraient pas, s'il eût été livré inexorablement aux poursuites de ses créanciers, alors qu'*en droit* un patrimoine était impossible. En admettant que les voies d'exécution fussent autorisées avec toute leur portée vis-à-vis le débiteur fils de famille, pourquoi cette faculté d'exécuter serait-elle modifiée par la survenance d'une émancipation? Il eût donc dépendu du *parens* de rendre illusoire le droit du créancier, en émancipant son fils, et en lui abandonnant ainsi un débiteur *sui juris*, mais insolvable, contre lequel l'action *judicati* eût été inefficace, puisqu'on pouvait dire de lui : *nihil facere potest!* Seulement il aurait fallu que le père renonçât à la puissance paternelle, ce qui, pour les Romains, eût constitué un inconvénient

(1) La *cognitio* du magistrat devait porter sur divers points. Le fils de famille avait-il trompé son adversaire, en se faisant passer pour un *paterfamilias* ; était-il débiteur à la suite d'un délit; n'était-il poursuivi que longtemps après qu'il avait acquis son indépendance, de manière à avoir eu le loisir de se constituer un patrimoine; dans tous ces cas, le bénéfice de compétence devait être refusé. (Voyez la loi 4, §§ 1, 2, 4, *h. tit.*)

fort grave. Mais cet inconvénient n'existait point, parce que le chef de famille avait seul autorité sur ceux qui lui étaient soumis, et que le respect de cette autorité écartait de la part des tiers toute entreprise qui eût été de nature à lui porter atteinte (1).

Fallait-il, en ce qui concerne la capacité de s'obliger chez les personnes *in patria potestate*, faire une distinction entre les deux sexes, de manière à refuser cette capacité à la *filiafamilias* qui avait atteint la puberté? Cette distinction paraît assez plausible, au moins pour l'époque où les femmes *sui juris* étaient soumises à une tutelle perpétuelle. L'un des effets de cette tutelle était d'interdire à la femme la faculté de s'obliger par contrats, ce que nous avait appris Ulpien, *Reg.* tit. XI, § 27, et ce qui est aujourd'hui confirmé par Gaïus, I-192, et III, 107 et 108. Ne doit-on pas supposer que ce qui n'était permis à la femme *sui juris* qu'avec l'*auctoritas tutoris* lui était absolument impossible quand elle était *alieni juris*, puisque les Romains n'admettaient pas qu'il y eût une *auctoritas patris* qui pût suppléer à l'incapa-

---

(1) Nous pensons toutefois que le droit du père fléchissait en présence de l'intérêt d'ordre public qui exige la réparation des délits. A l'époque classique, les actions noxales étaient possibles contre le père, à raison des délits du fils, comme contre le maître, à raison des délits de l'esclave, Gai. IV, 75. Le père devait payer la *litis æstimatio*, ou faire l'abandon noxal. Sans doute, il n'était pas tenu de défendre à l'action; mais alors elle était exercée directement contre le fils, et la condamnation pouvait être ramenée à exécution par les voies ordinaires. Le droit du créancier l'emportait sur le droit du père, ainsi que le prouve l'alternative imposée à celui-ci de payer ou de faire l'abandon noxal. Julien nous dit, l. 34, D. *De nox. act.* : *Quotiens enim nemo filiumfamilias ex causa delicti defendit, in eum judicium datur.* Ulpien ajoute, l. 35 : *Et si condemnatus fuerit filius, judicatum facere debet...*

cité des fils de famille? Si l'on pense que la tutelle du sexe avait pour motif celui qui, d'après Gaïus, I-190, était ordinairement donné, *levitas animi* (1), il est clair que cette raison, bonne ou mauvaise, a la même force, qu'il s'agisse d'une femme *alieni juris* ou d'une femme *sui juris*. Si l'on se place, au contraire, à ce point de vue, seul fondé, suivant Gaïus, I-192, que la tutelle avait été imaginée dans l'intérêt exclusif des agnats, pour leur assurer intacte la succession de leurs agnates, on doit dire que le but eût été manqué, si, avant d'arriver à l'état d'incapacité, la femme avait pu à son gré, pendant qu'elle était *filiafamilias*, grever librement son patrimoine futur, et porter ainsi atteinte aux droits de ses héritiers légitimes.

Il est assez difficile d'arriver à résoudre avec quelque certitude ce problème historique, les documents invoqués de part et d'autre étant tout à fait insuffisants pour éclairer le débat (2). Dans tous les cas, si la distinction a jamais existé, elle aurait déjà disparu à l'époque d'Ulpien, qui, dans un texte peu suspect d'interpolation, dans la loi 9, § 2, D. *De senat. Maced.*, étend à la *filiafamilias* la protection du SCte Macédonien.

Ceci nous amène à nous occuper d'une restriction remarquable qu'éprouvait, en droit romain, la capacité de s'obliger des fils de famille, qui, vis-à-vis les tiers,

---

(1) Ulpien, *Reg.* tit. XI, § 1, justifie l'institution de la même manière : *Propter sexus infirmitatem*; il ajoute cet autre motif analogue : *Et propter forensium rerum ignorantiam.*

(2) Consultez sur cette question la dissertation de M. de Savigny, qui forme l'appendice IV de son *Traité de droit romain*, t. II, p. 403 de la traduction de M. Guenoux. M. Pellat, dans ses *Textes sur la dot*, p. 5, énonce la difficulté et les raisons pour et contre, sans se prononcer.

constituait, nous l'avons dit, la règle générale. Cette restriction nous fournit l'exemple d'une obligation naturelle, dont le caractère ne saurait être contesté.

Quelques auteurs (1) font remonter jusqu'aux temps de la République les dispositions prohibitives du prêt d'argent à l'égard des fils de famille ; mais les passages de Cicéron, de Térence, sur lesquels s'appuie ce système, sont loin d'être probants. Tacite, *Ann.* XI-13, nous apprend que, sous Claude, une loi avait été portée sur cette matière ; et enfin Suétone, *Vespas.* ch. XI, est positif pour attribuer à Vespasien la proposition du SCte Macédonien, dont la teneur est relatée dans la loi 1, pr. D. *De senat. Maced.*

Nous ne pensons pas que les deux historiens fassent allusion au même fait, comme on a voulu l'expliquer, en supposant que ce serait en qualité de Consul, mais sous l'empire de Claude, que Vespasien aurait présenté au sénat la résolution qui fut convertie en SCte. Nous ne pensons pas également que la loi de Claude ait été simplement renouvelée sous Vespasien. Il nous semble plus raisonnable d'admettre que la loi de Claude ne se serait appliquée qu'aux prêts d'argent, dont le remboursement aurait été différé jusqu'à la mort du *parens* (1), et que le SCte Macédonien vint renchérir sur cette prohibition, en frappant d'une manière absolue tout prêt d'argent fait à un fils de famille.

La pensée qui dicta le SCte Macédonien n'était pas,

---

(1) Voyez Glück, t. XIV, p. 302.

(2) Tacite dit : *Et lege lata sævitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiisfamilias fœnori durent.*

comme l'indique la loi 40, pr. D. *De cond. indeb.* (n° XIV), de venir au secours des fils de famille, mais seulement de sévir contre ceux qui favoriseraient leur débauche. On voulait surtout, ainsi que nous le disent les rédacteurs des Institutes, liv. IV, tit. VII, §, 7, pourvoir à la sécurité du *parens*, et le soustraire aux dangers qu'il courrait, si l'emprunteur avait été soumis à la tentation de commettre un crime, pour hâter le moment où l'acquisition de la succession de son père lui fournirait le moyen de satisfaire ses créanciers. Il s'était rencontré, en effet, un jeune Romain, du nom de *Macedo*, qui n'avait pas reculé devant un parricide. Telle fut, suivant Théophile, l'occasion du SCte (1).

La capacité de s'obliger en contractant subsista, en principe, à l'égard des fils de famille, depuis le SCte, qui ne réprouvait que le prêt, et encore le prêt d'argent comptant, sauf les cas où soit un emprunt de denrées, soit un autre contrat, aurait été pratiqué comme un moyen de déguiser un emprunt d'argent, l. 3, § 3, l. 7, § 3, D. *De senat. Maced.* Même au cas où il y aurait eu prêt d'argent, l'obligation n'était pas annulée complétement. Seulement toute action devait être refusée au prêteur : *Ne cui.... actio petitioque* (2) *daretur....* Le fils ne

---

(1) C'est à tort que certains commentateurs ont pensé que *Macedo* était un usurier. Les termes du SCte favorisent plutôt qu'ils ne contredisent le récit de Théophile.

(2) Le prêteur ne pouvait pas plus intenter la revendication des écus qu'il avait livrés que recourir à une *condictio*. Il y avait donc aliénation des écus. — Il ne faut pas s'arrêter à cette objection qu'un fils de famille était incapable d'un *mutuum*, parce qu'il était incapable d'être propriétaire. Sans doute un fils de famille ne peut *retenir* la propriété, qui passe immédiatement au père, l. 79, D. *De acq. vel omitt. hered.*; mais il faut bien qu'il acquière, sans quoi il ne pourrait transmettre

pouvait être poursuivi directement, ni pendant la durée de la puissance paternelle, ni quand il était devenu *sui juris;* le chef de famille échappait à l'action prétorienne *de peculio,* Instit. liv. IV, tit. VII, § 7 ; le même bénéfice se continuait dans la personne de leurs héritiers, l. 7, § 10, D. *De senat. Maced.*

Cependant le SCte Macédonien n'était pas appliqué d'une manière absolue à tout prêt d'argent fait à un fils de famille. D'abord, l'emprunteur pouvait jusqu'à un certain point jouer le rôle d'un *paterfamilias,* ce que l'on disait du cas où il avait un pécule castrens, sur lequel les poursuites étaient alors autorisées, l. 1, § 2, et l. 2, *h. t.* D'un autre côté, le prêteur pouvait ne pas mériter les rigueurs du SCte, ce qui arrivait, quand il avait cru de bonne foi traiter avec un *paterfamilias,* l. 3, pr. (1), quand il n'avait contracté que de l'aveu du père, l. 12, quand l'emprunt avait été conclu dans l'intérêt du père, l. 7, § 12. Ceci nous explique comment le SCte s'appliquait tantôt par voie de refus de l'action, tantôt au moyen

---

au *parens* ce qu'il n'aurait pas acquis. Bien que le fils ne conserve pas ce qu'il acquiert, l'acquisition n'en a pas moins passé par sa personne. Aussi Julien, l. 34, § 8, D. *De solut.*, décide-t-il que, si un fils de famille, débiteur de quelqu'un à qui il a fourni un fidéjusseur, est institué héritier par le créancier, le fidéjusseur se trouvera libéré, grâce à la confusion résultant de l'adition d'hérédité, ce qui n'aurait pas lieu dans le cas où le père aurait été lui-même institué, et où l'hérédité lui serait arrivée directement, sans passer par la personne du fils.

(1) La bonne foi du créancier devait être excusable. Il fallait que son erreur, comme le dit Ulpien, fût justifiée, parce qu'elle était conforme à l'opinion générale et autorisée par une sorte de possession d'état. On n'aurait pas tenu compte, au contraire, de l'erreur de celui qui aurait été, suivant les expressions du même jurisconsulte, *vana simplicitate deceptus.* Sa croyance devait reposer sur une *justa ratio,* condition exigée par la loi 1 C. *Ad senat. Maced.*

d'une exception. Il y avait lieu de dénier l'action toutes les fois que la contravention au SCte était constante aux yeux du magistrat. Cette contravention était-elle contestée, le créancier obtenait une action, sous la réserve d'une exception, qui laissait au juge le soin d'examiner si l'affaire n'avait pas été conclue dans des circonstances telles qu'il y eût violation du SCte.

Bien que privé de la ressource d'une action, celui qui avait prêté contrairement au SCte n'en restait pas moins créancier naturel : *naturalis obligatio manet*. l. 14. Quelle était la portée de cette obligation naturelle, c'est la question qui doit particulièrement nous occuper.

En premier lieu, la validité d'un payement est reconnue par plusieurs textes. Il n'y a pas de difficulté, quand le payement a été fait par l'emprunteur devenu *paterfamilias* (1). Telle est la décision de la loi 40, pr. D. *De cond. indeb.* (n° XIV), qui s'attache à repousser l'objection tirée de l'existence d'une exception perpétuelle, en caractérisant la nature et le but de cette exception. Peu importe que le débiteur ait payé par erreur, *perperam* ; l'obligation naturelle fait obstacle à la répétition. Au fond, il y a un *debitum*, ce qui doit s'apprécier ici *ex æquo et bono*. La même solution se retrouve dans la loi 14, D. *De reb. cred.*, *in fine* (n° XVI). — Pas de difficulté encore, si l'emprunteur, qui a payé pendant qu'il était fils de famille, n'agit qu'à une époque où il est devenu *sui juris* et héritier du père. Sans doute la tradition qu'il a faite des écus du père n'a pu approprier le créancier. Le père, de son

(1) Le payement fait par le père serait également valable. L'approbation donnée ainsi à l'affaire par celui dans l'intérêt duquel existait surtout la prohibition, fait écarter le sc^te^, l. 7, § 15.

vivant, aurait pu user de la revendication. Mais cette ressource n'appartiendra pas au fils après la mort du père ; son action échouera, par suite d'une exception de dol. C'est la doctrine énoncée par Ulpien, l. 26, § 9 D. *De cond. indeb.* (1).

Nous venons de voir que le père pouvait revendiquer les écus que son fils aurait payés. Que faut-il dire dans le cas où ces écus auraient été consommés? A défaut de la revendication, devra-t-on accorder au père la ressource d'une *condictio?* Sur ce point, on rencontre aux Pandectes deux décisions, l'une de Julien, l'autre de Marcellus, rapportées par Ulpien, et tirées également du livre XXIX de son *Commentaire* sur l'Édit, décisions qui semblent se contredire, et dont la conciliation, déclarée impossible par quelques commentateurs, a été tentée par d'autres de plusieurs manières. Suivant Julien, dont l'opinion est relatée par Ulpien, l. 9, § 1, D. *De senat. Maced.* (n° xv), il faudrait sans doute admettre que, si le fils a reçu de quelqu'un une somme qui lui a été fournie dans le but de désintéresser le prêteur, le payement serait valable. Le fils de famille ne serait alors qu'un intermédiaire, et la propriété des écus serait censée passer directement du donateur au créancier. Mais, hors de là, Julien, partant de cette idée, que le fils ne peut disposer des écus qui lui ont été livrés sans aucune destination, accorde au père dans tous les cas, *ex omni eventu*, le droit d'exercer une *condictio*. Cette dernière solution doit s'entendre de l'hypothèse où les écus auraient été consommés ; car, s'ils existaient encore, la revendication ne se-

(1) *Filiusfamilias contra Macedonianum mutuatus si solverit, et patri suo heres effectus, velit vindicare nummos, exceptione summovebitur a vindicatione nummorum.*

rait pas contestable. Nous lisons, en effet, dans la loi 14, D. *De reb. cred.* (n° XVI), qui appartient aussi à Ulpien, qu'à la suite d'un payement fait par le fils de famille, aucune exception ne peut être opposée à la revendication intentée par le père. Mais, dans la supposition où l'argent aurait été consommé, le même jurisconsulte nous apprend que Marcellus était d'avis de refuser la *condictio;* ce qui tiendrait, ajoute-t-il, à ce que la *condictio* n'est possible qu'autant que la numération a été faite dans des circonstances telles que si l'*accipiens* était devenu à l'instant propriétaire, il aurait été par ce fait soumis à une action. C'est ce qui n'aurait pas lieu dans l'espèce, fait observer le jurisconsulte; car, si le fils eût payé, par exemple, de l'aveu du père, ou avec des écus fournis par un tiers dans ce but, la numération eût éteint la dette, et n'aurait pas fait naître une obligation à la charge de celui qui recevait.

Cujas (1) reconnaît un désaccord entre Julien et Marcellus; il paraît incliner à préférer le sentiment de Marcellus, et donner à la consommation l'effet qu'eût produit la translation immédiate de la propriété. Noodt (2) se range à l'avis de Cujas, et déclare toute conciliation impossible : *inanem fore operam sperantis conciliare eos qui conciliari nolint.*

Dans l'ancienne jurisprudence, Doneau (3) avait développé cette thèse : que Marcellus supposerait un prêteur recevant son payement de bonne foi, tandis que Julien aurait en vue un prêteur de mauvaise foi. Ce dernier, dit Doneau, en recevant une somme qu'il sait appartenir au

(1) Observ. XIV-35.
(2) Comment. ad tit. D. *De senat. Maced.* VS. *mitto illa.*
(3) Comment. in tit. D. *De reb. cred. sub* h. l.

père, se rendrait coupable d'un *furtum*, et, dès lors, il ne pourrait échapper à la *condictio*. Cette distinction a été adoptée par Pothier (1), et par Unterholzner (2).

Glück (3) restreint la décision de Marcellus à la *condictio ex mutuo*, mais accorde au père une *condictio sine causa* : Sintenis (4) partage la même opinion.

Nous repoussons sans hésiter cette dernière conciliation. La pensée de Marcellus paraît être, en effet, d'écarter toute *condictio*, et de traiter le créancier qui a consommé de la même manière que, si lors de la tradition, il était devenu propriétaire. Sans doute il n'y a pas de *mutuum* dans l'espèce, aucune des parties n'y ayant songé ; mais il arrivait souvent que celui qui ne s'était pas engagé par un *mutuum* proprement dit, se trouvait par la suite débiteur, quand il avait tiré de l'argent, en le consommant, le même profit que s'il avait été de suite autorisé à en disposer. Les commentateurs ont dit qu'il y avait alors *reconciliatio mutui* : la *condictio* était donnée dans ce cas comme s'il y avait eu en réalité un *mutuum*, le résultat étant en définitive le même. C'est ce qu'exprime, pour une de ces hypothèses, la loi 19, § 1, D. *De reb. cred.*, en justifiant en ces termes la *condictio : Non alia ratione, quam quod facto ejus intelligitur ad eum qui acceperit pervenisse.* Or, le raisonnement de Marcellus a précisément pour but d'écarter la *condictio* fondée sur l'enrichissement résultant de la consommation.

Nous avouons que la manière dont s'exprime Julien, par la distinction radicale qu'il énonce, semble bien au-

(1) *Pandect. Justin. ad tit. De senat Maced.* nº 15.
(2) T. I, p. 149, note *m*.
(3) T. XIV, § 900, p. 317 et suiv.
(4) *Civil. Pract.*, t. II, p. 510, note 43.

toriser la *condictio* toutes les fois que le fils n'a pas eu la faculté de disposer des écus, dont il a fait usage pour rembourser son créancier ; et peut-être ce jurisconsulte n'était-il pas aussi indulgent que Marcellus. Mais nous estimons que la distinction proposée par Doneau est fort acceptable; et c'était sans doute l'opinion à laquelle Ulpien se rattachait. On peut invoquer par analogie la solution qui est donnée uniformément par divers textes dans le cas d'un payement, qui, comme celui de la loi 14, a été fait par quelqu'un n'ayant pas le droit d'aliéner, par un pupille sans l'*auctoritas tutoris*. Julien lui-même, l. 19, § 1 D. *De reb. cred.*, admet la libération, dès qu'il y a eu *consumpta pecunia*, ce que fait aussi Ulpien, l. 14, § 8, D. *De solut.* Toutefois, ce résultat ne doit être accepté qu'en faveur du créancier qui a consommé de bonne foi, restriction indiquée par Gaius, l. 9, § 2, D. *De auct. et consens.* Dans notre matière, le prêteur a pu recevoir de bonne foi, parce qu'il supposait que son débiteur était devenu *sui juris*, ou qu'il payait de l'aveu du père (1). Il est, au contraire, difficile de tenir compte du fait de la consommation, de la part du prêteur qui aurait reçu de mauvaise foi. Il était de principe, en effet, que celui qui avait cessé de posséder par dol continuait à être tenu, comme s'il possédait encore. L'action *ad exhibendum* était donnée contre lui, ainsi que nous le voyons aux *Institutes*, liv. II, tit. VIII, § 2; et on avait fini par admettre en pareil cas la revendication, suivant la règle : *Dolus pro possessione est.*

---

(1) Cette explication est formellement énoncée dans une scolie des Basiliques, sous la loi 14, *De reb. cred* , n° 3. Il est vrai qu'une autre scolie, due à Stéphane, n° 7, est favorable à l'opinion de Glück et de Sintenis.

L'obligation naturelle, découlant d'un *mutuum* contracté par un fils de famille, était aussi susceptible d'être ratifiée, et convertie par là en une obligation exigible. Seulement, les actes de reconnaissance, pour être valables, devaient n'être consentis par l'emprunteur qu'après qu'il était devenu *sui juris*, ce que supposent explicitement les divers textes relatifs à cette matière. On comprend, en effet, que, si cette condition n'eût pas été exigée, le chef de famille se fût trouvé exposé aux dangers en vue desquels avait été porté le SCte Macédonien. La loi 2, C. *Ad senat. Maced.* énumère différents cas dans lesquels il n'y aura pas lieu à appliquer le SCte, notamment quand l'emprunteur, ayant acquis son indépendance, s'est derechef engagé vis-à-vis de son créancier au moyen d'une promesse en forme : *vel suæ potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit.* Le texte ajoute qu'il faut en dire autant, s'il y a quelque autre acte de reconnaissance : *vel alias agnovit debitum.* C'est ce qui arrivera, si, au lieu d'une novation proprement dite, qui suppose une stipulation, l'emprunteur, devenu *sui juris*, s'est borné à faire un constitut, qui, nous le savons, est possible à l'égard d'une obligation naturelle, l. 1, § 7, D. *De pec. const.*

Devra-t-on voir une confirmation de l'obligation tout entière dans un payement *partiel* qui serait fait par le débiteur devenu *sui juris?* La question paraît résolue affirmativement par Ulpien, dans la loi 7, § 16 (n° XVII); le jurisconsulte déclare qu'en pareil cas : *cessabit senatusconsultum.* Ces expressions, dit-on, sont bien claires : écarter le SCte, c'est accorder au créancier le droit d'agir, puisque c'est précisément ce droit d'agir qui était paralysé. Il ne pouvait d'ailleurs y avoir difficulté, d'a-

près ce que nous avons vu précédemment, quant à la portion qui a été payée. Cette interprétation se fortifie encore par la décision contenue au § précédent, où il est dit que, si le père a payé quelque chose, *si pater solvere cœpit*, il n'y a pas lieu au SCte; *cessabit senatusconsultum*. Le contrat se trouve ainsi purgé des suspicions dont il était entaché ; il y a pleine approbation de la part du père, *quasi ratum habuerit*. Ulpien, s'occupant ensuite du paiement partiel émanant du fils, donnerait à ce payement la même valeur (1).

Toutefois la légitimité de cette interprétation a depuis longtemps soulevé des difficultés, à raison de la portée restreinte qu'assigne le même jurisconsulte, dans la loi 9, pr. (n° XVIII) à la reconnaissance résultant de la constitution d'une hypothèque. Ce texte est bien formel pour décider que le créancier n'acquerra une action que jusqu'à concurrence de la valeur de l'objet hypothéqué, *usque ad pignoris quantitatem*. Or, il est assez difficile de donner une bonne raison de différence entre les deux cas. Noodt avoue qu'il n'en saurait trouver un motif plausible, et il déclare que c'est peine inutile que d'en chercher. En vain dira-t-on, avec Voët, qu'en constituant un *pignus* d'une valeur inférieure au montant de la dette, le débiteur a tacitement restreint par là sa reconnaissance. S'il fallait séparer les deux hypothèses quant à leur énergie, au point de vue de la reconnaissance, nous dirions qu'il faut se prononcer en faveur de la constitution d'une hypothèque. Celui qui donne une sûreté à un créancier, entend lui faire une position pri-

(1) Une décision analogue se trouve dans la loi 4 C. *De non num. pec.*, qui décide que le payement d'une *portion* de la dette suffit pour exclure l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

vilégiée. Le droit de préférence sera sans doute circonscrit dans les limites de la valeur du *pignus ;* mais il semble qu'on est autorisé à considérer la dette comme ratifiée d'une manière absolue. On conçoit, au contraire, que celui qui, pouvant s'abstenir de payer en aucune façon, se borne à payer une partie, entend ne se reconnaître obligé que jusqu'à concurrence de ce qu'il paie. Cette présomption est assez naturelle dans notre espèce ; le fils de famille, qui, en général, aura fait un fort mauvais usage de ce qui lui a été prêté, peut bien se croire quitte, en ne remboursant qu'une partie. Il est vrai que si, en versant quelque chose, il le donne à titre d'*à-compte*, s'il déclare ne faire qu'un *commencement* de payement, il y aura dans ce fait une reconnaissance entière (1). Seulement, à la différence des auteurs qui voient dans le payement d'une portion quelconque une confirmation sans réserve, à défaut de protestation contraire, nous croyons que c'est l'opinion inverse qu'il faut adopter. Suivant nous, le payement partiel, pas plus que la constitution d'une hypothèque, n'avait pour effet de convertir une obligation naturelle en une obligation civile. Chacun de ces faits est compatible avec l'obligation naturelle. Payer, c'est mettre le créancier naturel en position de retenir ; constituer une hypothèque, c'est lui fournir une action dans la mesure de la valeur de ce qui est hypothéqué. Tout en concédant que le texte d'Ulpien est équivoque, nous estimons que la pensée du jurisconsulte est expliquée par les derniers mots, qui indiquent d'une façon

(1) C'est dans ce sens que Doneau, *Comment. de jur. civil.*, lib. XII, ch. 28, n° 7, interprète la décision d'Ulpien.

précise la conséquence du payement, en déniant la répétition. Ulpien aurait dit de la sorte quelque chose de bien oiseux, si précédemment il avait exprimé l'idée que la dette entière était obligatoire. D'un autre côté, en admettant que par un payement partiel le créancier n'obtient que la faculté de retenir ce qu'il a reçu, sans acquérir en même temps une action, on comprend que le jurisconsulte, passant au cas où une hypothèque aurait été constituée, indique une progression dans les droits du créancier, progression accusée par les premiers mots de la phrase suivante (1) : *sed si*. Il y aura alors effectivement plus qu'un droit de rétention; il y aura une action, l'action hypothécaire. Si le débiteur détient la chose hypothéquée, le créancier pourra, sur l'action hypothécaire, obtenir une condamnation, sans avoir à craindre l'exception du SCte (2).

Nous avons vu que le payement qu'aurait fait l'emprunteur, devenu *sui juris*, était maintenu, quand bien même ce payement serait le résultat d'une erreur. Si, au lieu d'un payement, le débiteur avait pris l'engagement de payer en faisant une promesse au créancier, l'action n'était autorisée qu'autant que la novation n'était pas la suite d'une erreur de *fait*. Cette restriction est indiquée par Pomponius, l. 20, D. *De senat. Maced.* (n° XIX). Le jurisconsulte décide que si c'est *per igno-*

---

(1) Les textes nos XVII et XVIII, séparés dans les *Pandectes* par l'intercalation d'un fragment que les compilateurs ont emprunté à un autre jurisconsulte, se suivaient évidemment dans le *Commentaire* d'Ulpien.

(2) La question est longuement traitée, t. XIV, § 901, p. 322 et suiv. par Glück, qui cite un grand nombre d'auteurs. Il adopte, du reste, une solution contraire à la nôtre.

rantiam facti que l'emprunteur, une fois *paterfamilias*, a fait une *expromissio* (1), pour une somme qu'il avait empruntée, alors qu'il était *in potestate patris*, il pourra repousser au moyen d'une exception *in factum* l'action basée sur la stipulation. Il ne peut être question ici de l'exception du SCte Macédonien, puisque la dette a été contractée par un *paterfamilias*. Il y aura lieu seulement à alléguer et à démontrer en fait l'erreur sous l'empire de laquelle la promesse a été conclue.

La décision de Pomponius nous fournit une preuve de cette règle, dont le droit romain présente plus d'une application, suivant laquelle le droit de rétention est plus favorable que le droit d'action. On peut toutefois éprouver quelque embarras pour se rendre compte du fait dont l'ignorance aura occasionné l'*expromissio* qui est critiquée pour ce motif. Doneau (2) suppose qu'au moment où l'emprunt a été fait l'emprunteur croyait par erreur, sur la foi d'une fausse nouvelle de la mort de son père, être déjà *paterfamilias*, et que, sous l'empire de cette erreur, il aurait, à une époque où il était réellement *sui juris*, promis de payer ce qu'il avait emprunté. Cette explication nous sourit peu; car, si l'emprunteur, en recevant l'argent, se croyait libre des prohibitions du SCte, la même erreur aura été partagée par le prêteur, qui dès lors se trouve à l'abri des rigueurs du SCte. Nous aimerions mieux supposer que les parties ont fait le *mutuum* en connaissance de cause, sachant

---

(1) L'*expromissio* ne suppose pas nécessairement l'intervention d'un nouveau débiteur. On peut faire une *expromissio* pour sa propre dette, de sorte que l'ancien rapport d'obligation soit désormais remplacé par l'engagement résultant de la promesse. Voyez l. 19, § 4, D. *De donat.*

(2) *Comment.* in Cod. ad tit. *ad SCtum Maced.*

bien qu'il y avait contravention au SCte; nous placerions plutôt l'erreur au moment où la promesse est intervenue. L'emprunteur se croyait encore *filiusfamilias*, parce qu'il ignorait que la mort de son père lui avait déjà procuré son indépendance. Il est vrai qu'en pareil cas la concession d'une exception efficace serait assez douteuse; et nous serions tenté d'autoriser le créancier à l'écarter par une réplique de dol. Mais il peut se faire que l'emprunteur se soit trompé en fait, parce qu'il s'imaginait que l'argent qui lui avait été prêté avait reçu un emploi utile, tandis qu'il ignorait que cette somme avait été perdue pour lui. Peut-être l'emprunteur se tenait-il pour parfaitement solvable au moment où il a fait la reconnaissance, et ignorait-il des désastres qui avaient atteint sa fortune, et dont la connaissance l'eût empêché de prendre l'engagement qu'il rétracte aujourd'hui. En somme, il n'est pas sans difficulté de construire d'une manière satisfaisante l'hypothèse en vue de laquelle Pomponius émet sa solution; mais cette solution est un témoignage de l'influence différente, attribuée par les jurisconsultes romains à l'erreur de fait ou à l'erreur de droit.

Les actes de reconnaissance, par l'effet desquels celui qui a emprunté contrairement au SCte peut se trouver soumis à une action, sont subordonnés, quant à leur validité, par des textes formels, à cette circonstance que la reconnaissance aura eu lieu après la cessation de la puissance paternelle. Rien de plus raisonnable assurément que cette restriction. Cependant le jurisconsulte Paul, dans la loi 19, D. *De novat.*, émet une doctrine, au moyen de laquelle il sera facile au fils de famille

de se soustraire aux entraves salutaires du SCte. Ce texte décide effectivement que, si le fils de famille qui a emprunté se laisse déléguer à un tiers, il ne pourra pas opposer au nouveau créancier l'exception du SCte. La règle générale, dit Paul, est qu'un fils de famille est capable de contracter, et il n'y a rien de contraire au SCte qui est spécial au *mutuum*, dans l'engagement pris par le délégué. On pourrait, sans doute, justifier cette décision dans le cas où le délégataire est de bonne foi, puisque le prêteur lui-même acquiert alors une action efficace. Mais Paul ne s'en tient point là ; et il enseigne qu'il en doit être de même, bien que le délégataire fût instruit de l'origine de la dette du délégué. Le délégataire, dit-il, ne doit pas prendre le souci de scruter la position de celui qu'on lui délègue : *dissimulare debet, ne curiosus videatur*. Voilà assurément une voie commode ouverte aux fils de famille pour se procurer de l'argent. Le prêteur trouvera sans peine un tiers qui acceptera la délégation, et le fils de famille s'empressera de donner les mains à cet arrangement.

Nous ne pouvons croire que la doctrine dangereuse énoncée par Paul ait été acceptée par tous les jurisconsultes. Elle nous paraît condamnée par Ulpien, qui pose en principe, dans la loi 7, § 6, *De senat. Maced.*, que l'exception du SCte est opposable aux *successeurs* de celui qui a fourni l'argent, de même qu'au créancier originaire; puis, faisant, au § suivant, une application de cette règle, il décide que si quelqu'un ayant prêté, un autre vient stipuler du fils de famille, celui-là aussi sera passible de l'exception : *proinde*, dit-il, *si alius mutuam dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit*. Peu importe, à notre gré, que la

stipulation intervienne à l'instant même, ou qu'il y ait un trait de temps entre le *mutuum* et la stipulation. Le jurisconsulte regarde en effet le stipulant comme un *successor* du prêteur; et ce rapport de succession ne s'efface pas, qu'il se produise un peu plus tôt ou un peu plus tard. Ulpien ajoute que s'il y a deux prêteurs qui se soient portés *correi stipulandi*, la bonne foi de l'un ne le sauvera pas, quand son collègue a commis une fraude au SCte. Nous voyons ici la contre-partie de ce qui était admis à l'égard de deux *rei promittendi*, pour lesquels le fait de l'un nuisait à l'autre : de même le fait de l'un des *rei stipulandi* nuit à l'autre *reus*. Mais si l'un des créanciers, malgré sa loyauté personnelle, doit partager le sort de celui avec lequel il a un intérêt commun, bien qu'il semble tirer son droit de sa propre stipulation, comment est-il possible de mieux traiter celui qui tient son droit uniquement d'un prêteur qui a contrevenu au SCte? Sans doute Ulpien reconnaît que sa décision est empreinte de quelque sévérité : *severius dicendum*. Mais la sévérité dont usait Ulpien en cette matière nous semble préférable à l'indulgence professée par Paul. En vain, dira-t-on que le délégataire n'est pas le successeur du délégant, parce qu'il acquiert un droit de créance nouveau. Il n'y a là au fond qu'une subtilité ; et, aux yeux d'Ulpien, celui qui stipule d'un fils de famille, sur la délégation de la personne qui lui a prêté de l'argent, doit être qualifié de *successor* du prêteur.

La fidéjussion est-elle possible à l'égard d'un *mutuum* réprouvé par le SCte? La réponse à cette question nous est fournie par Ulpien, l. 9, § 3, h. t. (n° xx). En prin-

cipe, la fidéjussion est valable ; celui qui est intervenu comme fidéjusseur est civilement obligé ; seulement l'action du créancier contre le fidéjusseur peut être écartée au moyen d'une exception fondée sur le SCte. Cette exception était au nombre de celles que les Romains appelaient : *rei cohærentes*, et qui, en cette qualité, pouvaient être invoquées par le fidéjusseur de même que par le débiteur principal, l. 7, § 1, D. *De except.* Le motif donné par Ulpien pour justifier cette règle est que le fidéjusseur, s'il était obligé à payer, aurait un recours à exercer contre le fils de famille, en usant de l'action *mandati*, ce qui aurait les mêmes inconvénients qu'une condamnation obtenue par le prêteur contre le fils de famille. Les mêmes raisons faisaient étendre la même décision au profit de celui sur le mandat duquel le prêt aurait été effectué. Ulpien place sur la même ligne le *fidejussor* et le *mandator*, qui, l'un et l'autre, dit-il, *mandati regressum habent*. Le fidéjusseur, en effet, habituellement (1), en accédant à l'obligation, aura exécuté un mandat qu'il avait reçu de l'emprunteur ; et quant au *mandator*, s'il joue le rôle de mandant vis-à-vis le prêteur, il sera, d'un autre côté, un mandataire par rapport au fils de famille, qui l'a chargé de lui procurer du crédit.

Conséquemment à ces idées, la fidéjussion produisait

---

(1) Dans le cas où le fidéjusseur serait intervenu spontanément, nous ne pensons pas qu'il eût le droit d'invoquer le SCte. Le fidéjusseur n'est protégé que par la nécessité de mettre à l'abri de poursuites le fils de famille. Or, comme il n'y aurait de recours à exercer contre celui-ci que par la voie de l'action *negotiorum gestorum*, cette action resterait inefficace contre le fils de famille, à l'égard duquel on ne pourrait pas dire qu'il y a eu gestion utile.

son plein effet, quand il n'y avait pas à craindre de poursuites en recours de la part du fidéjusseur, ce qui arriverait, si le fidéjusseur était intervenu *animo donandi*. Cette restriction, positivement énoncée par Ulpien, nous montre que l'obligation d'un fils de famille à la suite d'un emprunt, n'était pas entièrement nulle, puisqu'elle sert de base à une fidéjussion, qui peut être complétement efficace, toutes les fois qu'elle n'offre pas de dangers au point de vue de l'emprunteur. C'est qu'en effet, l'emprunt fût-il contracté en contravention au SCte, constitue toujours au moins une obligation naturelle.

Aussi la position des fidéjusseurs, bien qu'ils aient la ressource de l'exception, n'est-elle pas autre que celle du débiteur lui-même. Dès-lors, s'ils ont payé, en négligeant d'invoquer le SCte, ils ne pourront répéter, comme le dit formellement Ulpien, au § suivant; et il repousse l'objection que l'on pourrait tirer de l'existence d'une exception perpétuelle, en caractérisant le but de l'exception de la même manière qu'il est apprécié par Marcien, l. 40, pr. D. *De cond. indeb.* (n° XII). En ce point encore apparaît la validité de la fidéjussion appliquée à l'obligation qui nous occupe. La circonstance qu'il y a une obligation naturelle fait écarter la *condictio indebiti* tant de la part du fidéjusseur que de la part du débiteur principal (1).

---

(1) Les Romains décidaient, à l'égard de la constitution d'une hypothèque donnée pour assurer le remboursement d'un prêt contracté par un fils de famille, comme ils le faisaient quand il s'agissait d'apprécier la fidéjussion. Gaius, l. 2. D, *Quæ res pign.*, établit ainsi l'assimilation : *Sed in eo, qui pro filiofamilias rem suam obligavit, eadem dicenda erunt, quæ tractantur et in fidejussore ejus*. Celui qui aurait fourni une hypothèque sur le mandat du fils de famille pourrait donc opposer l'exception du SCte à l'action hypothécaire, à moins qu'en hypothéquant il n'eût agi *animo donandi*.

Dans l'hypothèse où le fidéjusseur aurait remboursé un prêteur, qu'il eût pu écarter en invoquant le SCte, quelques esprits soutiennent qu'il aura toujours le droit d'exercer l'action *mandati contraria* contre le fils de famille. En effet, disent-ils, le mandat donné par ce dernier est un contrat parfaitement obligatoire. C'est bien là ce que suppose Ulpien, puisqu'il se fonde sur la crainte du *regressus mandati* pour accorder l'exception au fidéjusseur. Cette appréhension serait vaine, si le mandat ne devait fournir une action au mandataire. Cette action ne peut être refusée, ajoute-t-on : la règle générale est que le fils de famille est capable de s'obliger, hormis le contrat de *mutuum* d'argent. Or, le mandat n'est pas prohibé par le SCte; et il faut dire ici ce que dit Paul, l. 19, D. *De novat.*, à l'occasion de la délégation : *nihil in mandato contra SCtum fit.*

Cette proposition, avec les termes absolus dans lesquels elle est énoncée, ne nous paraît pas acceptable. Quand Ulpien se préoccupe des conséquences du *regressus mandati*, il sous-entend nécessairement qu'il s'agit d'un mandat valable. Or, il est certain qu'un mandat n'est pas valable, quand il a pour but une contravention aux lois, § 7, Instit. *De mandat.* Cela est tellement vrai que le même jurisconsulte, dans la loi 12, § 13, D. *Mandat.*, n'admet, en principe, le *mandatum* comme *licitum*, en cas de prêt d'argent à faire à un fils de famille, qu'autant que le prêt serait effectué dans des circonstances où il ne tomberait pas sous l'application du SCte. On conçoit très-bien que le *mutuum* soit sans valeur à l'égard du *fœnerator* qui agissait de mauvaise foi, tandis que le fidéjusseur a fourni son engagement dans la persuasion que l'opération était licite. On lui a fait croire que le père approuvait l'em-

prunt, que l'argent devait être employé dans l'intérêt du père. On conçoit même qu'on excuse de sa part un manque de défiance, et qu'on ne lui impute pas de n'avoir point scrupuleusement examiné les véritables motifs de l'emprunt. Mais quand il est complice de la fraude, quand il intervient sciemment pour favoriser les désordres du fils de famille, quand il accepte la mission de l'aider à s'affranchir des entraves du SCte, nous estimons qu'il y a mandat de faire une chose illicite, et qu'un pareil mandat ne saurait procurer une action (1).

Nous décidons, par conséquent, qu'il faut restreindre le droit de recours pour le fidéjusseur au cas où il aurait cautionné de bonne foi. Nous ajouterons même qu'il doit avoir persisté dans son erreur jusqu'au moment où il a payé. Car, si avant cette époque, il avait été désabusé, et si, bien édifié sur l'illégalité de l'affaire, il avait payé plutôt que de repousser les poursuites du créancier en invoquant le SCte, nous ne voyons pas pourquoi on ne lui appliquerait point la règle donnée par Ulpien, l. 29, pr. D. *Mandat.*, suivant laquelle le fidéjusseur ne peut pré-

(1) Faut-il conclure de là que si le fidéjusseur est complice, le fils de famille n'ayant pas à redouter une action, on doit livrer le fidéjusseur aux poursuites du créancier? On pourrait rigoureusement le soutenir, et dire que le fidéjusseur a assumé sur lui les risques de l'affaire. Cependant, en cette matière, l'idée qui prévaut c'est la défaveur qu'inspire le prêteur, *odium creditoris*. Si le fidéjusseur n'est pas digne d'intérêt, celui qui fournit l'argent l'est encore moins; et la règle est que, *in pari causa*, on préfère celui qui se défend à celui qui attaque. Aussi les jurisconsultes considèrent-ils en général l'exception du SCte Macédonien comme étant *rei cohærens*. Pour qu'il en soit autrement, il faut qu'il soit bien constant que l'obligé accessoire a entendu se charger du *periculum*, comme le décide Ulpien à l'égard du *mandator*, dans la loi 12, § 13, D. *Mandat.*, et comme il est naturel de le supposer quant au fidéjusseur qui a déclaré intervenir *animo donandi*.

tendre à l'action de mandat, quand il a omis, en connaissance de cause, d'opposer une exception qui lui permettait d'échapper à une condamnation. En vain dira-t-on que le fidéjusseur a pu éprouver des scrupules, et croire que l'honneur de l'emprunteur était intéressé à ce que ses engagements fussent tenus. Ce n'était pas à lui de se faire juge de cette question. Il pouvait facilement dégager sa responsabilité ; et en ne le faisant pas, il a commis une faute dont il doit supporter les conséquences.

Le payement reçu par le prêteur n'était pas, nous l'avons vu, susceptible de répétition. Mais les droits du créancier ne se trouvaient pas assurés, parce qu'il aurait réussi à obtenir une condamnation, sans qu'on lui opposât l'exception du SCte. Ceux qui auraient pu éviter une condamnation, s'ils eussent invoqué le SCte, pouvaient encore se raviser, et échapper à l'exécution en paralysant, au moyen de l'exception, l'exercice de l'action *judicati*. Cette faculté est reconnue par Ulpien, dans la loi 11 (n° XXI), au profit des fidéjusseurs ; et il ajoute que Julien accordait le même droit au fils de famille, comme il appartenait à la femme qui se serait laissé condamner à la suite d'une *intercessio*, en négligeant de profiter de l'exception que lui ouvrait le SCte Velléien.

La manière dont s'exprime le jurisconsulte, qui ne mentionne qu'une autre hypothèse où le droit à l'exception persiste après la condamnation, prouve bien qu'il s'agit ici d'une dérogation aux règles ordinaires. Il est vrai que Gaius, IV-125, oppose les exceptions péremptoires aux exceptions dilatoires, en ce sens que la faculté d'user des premières (au nombre desquelles figure celle du SCte Macédonien) pouvait toujours être recouvrée par

la voie d'une *restitutio in integrum*. Mais cette restitution n'a trait qu'au préjudice éprouvé par suite de l'omission d'avoir fait insérer l'exception dans la formule ; elle suppose que l'instance est encore ouverte, et que le débat n'a pas été clos par la sentence du juge. Une fois la condamnation prononcée, il est trop tard désormais pour revenir sur sa négligence, et pour invoquer une exception, fût-elle péremptoire. C'est ce qui ressort notamment de la loi 2, C. *Sent. rescind.*, et de la loi 8, C. *De except.*— On s'explique facilement que le fils de famille ne pût, en se prêtant à une condamnation, faire obtenir à son créancier un droit d'action que le SCte lui refusait dans l'intérêt de la sécurité du père. Les mêmes motifs ne militaient pas en faveur des fidéjusseurs; et le bénéfice qu'on leur accordait n'est dû probablement qu'aux idées de sévérité dont on usait envers les prêteurs d'argent, sévérité dont on trouve encore un exemple frappant dans les particularités de l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

Est-il nécessaire de faire observer que le prêteur qui a contrevenu au SCte, bien qu'on le qualifie de créancier naturel, ne peut prétendre, s'il devient à son tour débiteur de l'emprunteur, à invoquer la compensation ? Lui accorder une semblable ressource, ce serait évidemment méconnaître l'esprit du SCte, qui est conçu tout entier en haine du créancier, qui a pour but de le désarmer complétement, de manière à ne lui fournir aucun moyen d'exiger ce qu'il a eu le tort de donner. La seule chose qui lui soit permise c'est de maintenir le *statu quo*, de retenir quand il a été payé ; et cela non par une idée de protection pour lui, mais parce que le débiteur de son côté n'inspire pas d'intérêt, et n'est pas digne, lui aussi,

qu'on lui accorde la voie d'une action. L'opinion contraire a cependant rencontré des défenseurs ; elle est soutenue par Glück (1), qui invoque le suffrage de Weber; mais elle est repoussée par Vinnius(2) et par Unterholzner (3). Ce dernier auteur se fonde avec raison sur la règle énoncée en ces termes dans la loi 14, D. *De compens.* : *quæcunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.*

2e *rapport.* La capacité de contracter chez le fils de famille constituait, nous l'avons vu, la règle générale, sauf la restriction dérivant du SCte Macédonien. Toutefois cette capacité ne pouvait s'exercer et donner lieu à des dettes civiles, qu'autant que le fils de famille s'était engagé vis-à-vis un tiers. S'il s'était obligé au profit de celui sous le pouvoir duquel il se trouvait, l'obligation restait dépourvue de valeur en droit civil. Les Institutes, § 6, *De inut. stip.*, déclarent inutile la stipulation conclue entre le *parens* et le fils qui est sous sa puissance. — *Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris qui tuo juri subjectus est...* — Il en était de même, si un fils de famille avait contracté avec une personne placée sous la dépendance du même chef que lui. Les deux hypothèses ne doivent pas être séparées ; elles aboutissent au même résultat, en vertu de ce principe que le *paterfamilias* acquiert immédiatement toutes les créances qui se forment au profit de ses subordonnés. C'est comme s'il eût figuré en personne au contrat. — *Sicut filii vox tanquam tua intelligitur*, § 4, Instit. *De inut. stip.*

(1) T. XIV, § 900, p. 312.
(2) *Select. Quæst.* liv. I, c. 49.
(3) T. I, p. 149, note *n*, n° 3, lettre A.

L'absence d'une obligation efficace tenait à l'unité de patrimoine qui existait entre le chef et celui qui était sous sa puissance, de même qu'entre les diverses personnes qui dépendaient du même chef. Il n'y avait pas de dette civile, parce qu'il n'y avait pas d'action possible, ainsi que l'expriment les lois 4 et 11, D. *De judic.* (1). Les Romains voyaient dans cette unité de patrimoine un obstacle au droit d'action, pareil à celui qui empêcherait quelqu'un de se poursuivre lui-même. Paul énonce ainsi cette idée dans la loi 16, D. *De furt.* : *ne cum filiofamilias pater furti agere possit, non juris constitutio sed natura rei impedimento est : quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.* — Ici encore c'était l'obligation civile qui seule faisait défaut ; mais il y avait au moins une obligation naturelle, qui se manifestait sous plus d'un rapport.

La loi la plus importante, quant aux effets de cette obligation, est un texte d'Africain, tiré du livre IX de ses *Questions*, et qui forme aux *Pandectes* le fragment 38 *De cond. ind.* (n° XXII). Ce texte a longtemps passé pour être d'une difficulté extrême ; il a donné lieu à bien des dissertations, et a mérité d'être placé au nombre des *leges damnatæ* ou *cruces jurisconsultorum*.. C'est là, nous le croyons, une réputation exagérée ; tout se réduit à une idée assez simple, reproduite plusieurs fois par Africain, et qui, bien comprise, fait apparaître dans ce texte

---

(1) Il faut excepter, bien entendu, le cas où le fils de famille aurait un pécule *castrens*, qui constituait pour lui un patrimoine séparé, et le faisait considérer comme étant *paterfamilias*, ce qui écarte la règle à laquelle tenait l'impossibilité d'une action. Aussi Gaius nous dit-il, l. 4, *De judic.* : *Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio.*

un problème beaucoup moins ardu que ne l'ont prétendu les commentateurs.

Voici les faits que suppose le jurisconsulte, dans le pr. de la loi 38. Deux frères, que nous appellerons Primus et Secundus, étaient sous le pouvoir du même père. Chacun d'eux avait un pécule, et de part ni d'autre il ne s'agissait d'un pécule castrens Les biens composant chaque pécule, suivant les principes admis au temps d'Africain, étaient la propriété du père, les fils n'en ayant que l'administration, avec le pouvoir d'engager le père jusqu'à concurrence des pécules respectifs. Dans cet état de choses, l'un des frères, Primus, emprunte une somme, 1,000 sesterces, par exemple, à son frère Secundus, puis le père commun vient à mourir, et c'est après la mort du chef que Primus rembourse Secundus. La question qui s'élève est de savoir si Primus pourra répéter comme ayant payé ce qu'il ne devait pas; s'il pourra prétendre à exercer la *condictio indebiti*.

Le jurisconsulte répond en distinguant deux parts dans la dette de Primus. Pour saisir cette division, il faut se rendre compte de l'effet juridique du *mutuum* qui est intervenu. Ce *mutuum* n'a fait naître qu'une obligation naturelle, seule possible (1), à raison de la *eadem potestas*

---

(1) Sans doute le fils de famille en empruntant à un étranger, ne s'obligeait aussi, en général, que naturellement, grâce au SCte Macédonien. Mais dans les différents cas où le SCte n'était pas applicable, l'obligation aurait été civile, tandis que, dans notre espèce, elle ne pouvait être que naturelle, le prêt eût-il été approuvé par le père Nous ne pensons pas d'ailleurs qu'il y eût lieu d'étendre à un pareil prêt le SCte Macédonien; c'eût été le rétorquer contre le père, dans l'intérêt duquel il avait été principalement imaginé. Supposez que le frère, empruntant à son frère, à l'insu du père, ait donné un fidéjusseur; cette

sous laquelle se trouvent les deux contractants. Toutefois si, dans cette obligation naturelle, Primus l'emprunteur joue le rôle de débiteur, le rôle de créancier n'appartient pas à son frère Secundus, qui a fourni les écus sur son pécule, mais bien au père des deux parties contractantes. En effet, l'incapacité d'être créancier, dont est frappé le fils de famille en droit romain, est aussi vraie pour les créances naturelles que pour les créances civiles ; et la règle qui fait tout acquérir au chef de famille s'applique également aux unes et aux autres. C'est ce qu'enseignent avec raison Cujas et Doneau (1). Par suite, comme à la mort du père le pécule de Secundus, de même que celui de Primus, font partie intégrante de l'hérédité du père, ainsi que l'établissent divers textes, notamment les lois 13 C. *Famil. ercisc.* et 12, C. *De collat.*, il en résulte que Primus, s'il est héritier, se trouvera en même temps débiteur et créancier jusqu'à concurrence de sa part héréditaire. C'est pourquoi le jurisconsulte décide que, dans la mesure de cette part, le droit de répétition doit être accordé sans difficulté (*utique*).

Africain n'insiste pas sur cette première partie de sa

---

fidéjussion sera valable, et fournira au père une action efficace, l. 56, § 1, D. *De fidej.*, ce qui n'aurait pas lieu si le prêt tombait sous le coup du SCte Macédonien.

(1) Cujas, *ad Africanum, tract. IX. sub h. l.* Doneau, *Comment. De jur. civ.* lib. XIV, ch. 19. Ce point est un de ceux qui ont divisé les commentateurs. Hotoman, *Obs.*, liv. XI., ch. 23 ; Favre, *Conject.* liv. XX, ch. 20.; Hilliger, *Notes sur Doneau*, attribuent la créance naturelle au frère qui a prêté. Cujas avait qualifié de *scutica profecto digni* ceux qui professaient cette opinion. Ce propos, qui était à l'adresse d'Hotoman, a été justement relevé par Doneau. Du reste Hotoman ne demeura pas en arrière d'aménités avec Cujas. Il répondit : *Si tibi scutica, et nobis flagrum domi.*

solution, dont il ne prend point la peine de donner le motif. Ce motif doit évidemment être emprunté à la confusion qui s'opère pour une fraction de la dette (1). Si l'on suppose que le père est décédé intestat, ou qu'il a institué les deux frères pour parts égales, la dette de Primus se sera éteinte jusqu'à concurrence de moitié, soit 500 sesterces ; et il y aura toujours lieu à répétition pour cette somme, quelle que soit la décision à prendre quant au surplus.

Une objection se présente toutefois contre l'admission de la *condictio indebiti* pour cette moitié. Sans doute, dit-on, Primus était libéré d'une portion de sa dette par confusion; mais s'il a payé indument cette somme de 500, il a commis en cela une erreur de droit et non une erreur de fait. La répétition devrait donc lui être interdite, s'il est vrai que la *condictio indebiti* n'appartient qu'à celui qui a payé par suite d'une erreur de fait. Aussi notre loi 38 est-elle un des arguments invoqués par ceux qui soutiennent qu'il n'y avait pas de distinction à faire entre les deux sortes d'erreurs. — Nous avons déjà estimé (2), que les jurisconsultes romains avaient pu être divisés sur ce point; et peut-être, en effet, Africain tenait-il compte même de l'erreur de droit. Mais, dans l'opi-

---

(1) Hotoman transforme la décision d'Africain, en ajoutant une négation (NON *repetiturum*), correction qui ne repose sur l'autorité d'aucun monument, et qui est condamnée par les Basiliques. — On a quelquefois mis en doute que l'obligation naturelle fût susceptible de s'éteindre par voie de confusion, en invoquant la loi 59, D. *Ad senat. Trebell.* Les faits particuliers exposés dans ce texte expliquent pourquoi, nonobstant la confusion qui s'est produite, il y a survivance d'une obligation naturelle. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans des détails à cet égard.

(2) Voyez p. 79.

nion contraire, on répond, soit avec Unterholzner (1), que dans l'espèce il a pu y avoir une erreur de fait, Primus ayant payé à une époque où il ignorait encore le décès du père, soit avec M. de Savigny (2), que l'erreur de droit était prise en considération, toutes les fois qu'elle était excusable et difficile à éviter, et en faisant rentrer dans cette exception l'hypothèse traitée par Africain.

Relativement à l'autre moitié, le jurisconsulte accorde ou refuse la *condictio* suivant une distinction, dont le développement fait l'objet principal du texte, et nous montre, par des effets pratiques, l'importance de l'obligation naturelle qu'a produite le *mutuum*. La répétition dépend du point de savoir quel est le montant de ce qu'a touché Secundus sur le pécule de Primus, compris, nous l'avons dit, dans les valeurs héréditaires qui étaient à partager. Secundus a-t-il reçu sur ce pécule au moins autant (*non minus*) que la part de la dette, non éteinte par confusion, soit 500 sesterces, il devra restituer en totalité; a-t-il reçu moins, il ne gardera que la différence; n'a-t il rien reçu, il n'aura rien à rendre.

Avant d'analyser ces solutions et de rechercher le motif qui les justifie, remarquons que le *mutuum* intervenu entre Primus et Secundus, s'il n'a pas fait naître d'obligation civile, a du moins engendré une obligation naturelle. Africain la qualifie formellement de la sorte, quand il dit : *naturalem obligationem quæ fuisset*. L'un des effets de cette obligation naturelle, c'est d'admettre la validité du paiement, qui subsisterait, si l'on écarte la circonstance

(1) T. I, p. 37, note *g*.
(2) *Traité de droit romain*, t. III. Append. VIII, n° 5.

en vertu de laquelle disparaît l'obligation naturelle, c'est-à-dire le profit que Secundus, créancier naturel de 500 sesterces, a pu retirer du pécule de Primus. Le surplus du texte est consacré à expliquer l'influence qu'exerce sur la question de répétition la circonstance que nous venons de mentionner.

Pour comprendre cette influence, il faut savoir que le pécule d'un fils de famille, de même que celui d'un esclave, constitue pour l'un ou pour l'autre une sorte de patrimoine : *Quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum*, Instit., § 10. *De action.* Or, cette espèce de patrimoine, à l'instar du patrimoine d'un individu *sui juris*, comprend des dettes tout aussi bien que des valeurs actives ; et on peut dire du pécule ce que l'on dit des *bona* d'un *paterfamilias* : *non intelligitur nisi deducto ære alieno*. Le chef de famille, de son vivant, n'a droit à l'actif du pécule qu'à la condition de payer les créanciers jusqu'à concurrence des forces du pécule. A sa mort, ses héritiers se trouvent *intra annum*, dans la même position que leur auteur, c'est-à-dire exposés aux poursuites des créanciers. Dans l'espèce prévue par Africain, Secundus, héritier pour moitié du père, et qui prend la moitié dn pécule de Primus, que le défunt a laissé *in hereditate*, Secundus, disons-nous, se trouve à la fois créancier naturel pour moitié (500 sesterces), et obligé de payer cette moitié, en tant que la part du pécule par lui recueillie pourrait y suffire. Dès lors, comme le fait observer Cujas, il y aura encore, quant à cette moitié, une confusion, qui éteindra en totalité cette seconde fraction de la dette, dans le cas où Secundus, ayant trouvé au moins 500 sesterces, sera tenu du passif du pécule pour autant que ce qui lui est dû naturellement. En

supposant que l'émolument retiré par Secundus du partage du pécule ne s'élève qu'à 250, la confusion s'arrêtera à ce chiffre. Il n'y aura de *condictio* que jusqu'à concurrence de cette somme, et les 250 autres seront retenus par Secundus, comme s'appliquant à une dette naturelle, qui n'ayant pas été éteinte pour cette portion, se prêtait à un payement valable. Enfin, si Secundus ne devait rien supporter dans les dettes du pécule, parce que le pécule aurait été absorbé par d'autres dettes, et qu'il n'aurait fourni aucune valeur active dans le partage de la succession, Secundus retiendrait en entier cette somme de 500, et ne serait passible de la *condictio* que pour les 500 sesterces, à l'égard desquels Primus était en même temps débiteur et créancier.

Ce raisonnement d'Africain est corroboré par l'examen de deux hypothèses, à l'aide desquelles le jurisconsulte démontre, par des applications diverses, la portée de cette règle que le profit du pécule n'existe pour ceux qui y ont droit que sous la déduction des dettes grevant ce pécule.

Il suppose d'abord que le pécule de Primus, emprunteur, a été l'objet d'un legs par préciput, d'un prélegs, laissé par le père en faveur de Primus lui-même : *si prælegatum filio eidemque debitori id fuisset*. Dans ce cas, Primus n'aura le droit de prendre à titre de prélégataire que ce qui restera du pécule une fois les dettes payées. Secundus, dit le jurisconsulte, est autorisé à faire la déduction du montant du prêt, c'est-à-dire de 1,000 sesterces, de sorte que si l'actif brut du pécule est de 2,000 sesterces, Primus ne prélèvera en réalité que 1,000 sesterces. La masse de l'hérédité con-

servera les 1,000 autres sesterces pour couvrir la dette de Primus. Il est vrai que Primus, étant en même temps héritier, il aura droit à la moitié de ces 1,000 sesterces. Mais s'il en est ainsi, c'est uniquement parce que la créance dépendant du pécule de Secundus, elle se trouve faire partie de l'hérédité, dans laquelle le testateur a laissé le pécule de Secundus. C'est en qualité d'héritier et non de légataire que Primus aura ce bénéfice, qui lui manquerait si la créance, qui doit être payée sur son pécule, appartenait à un tiers, et non à l'hérédité (1).

---

(1) Nous ferons observer que la charge des dettes était tellement inhérente au pécule, que le légataire du pécule (auquel ne compétait pas une action en revendication de tout le pécule, de l'*universitas*, mais seulement la revendication des objets particuliers compris dans le pécule, l. 56, D. *De rei vind.*), ne pouvait revendiquer ces objets *ex asse, integra corpora*, qu'autant qu'il n'y avait pas de dettes, dont l'effet eût été, suivant l'expression des Romains, de *deminuere singula corpora*, l. 6 pr., D. *De pec. leg*. Dans ce cas, la revendication *ex asse*, exposant au danger de la plus pétition, on accordait au légataire, qui pouvait fort bien ignorer dans quelle mesure son droit était diminué, la ressource d'une *vindicatio incertæ partis*, comme on le voit dans la loi 8, § 1, D. *Commun. divid.* Si le testateur voulait mettre le légataire à l'abri des dettes, il devait avoir la précaution de léguer, au lieu de la masse du pécule, les divers éléments qui le composaient, comme autant d'objets particuliers, et *specialiter*, suivant le conseil donné par Pomponius, l. 10, D. *De pec. leg*. Vainement, en léguant le pécule, aurait-il ajouté qu'il le léguait, *non deducto ære alieno*. Sans doute cette addition n'aurait pas vicié le legs; mais elle ne pouvait changer la nature de la chose léguée, et faire que l'*universitas* léguée ne comprit pas de dettes, l. 6, § 1, *eod. tit.* Cependant le légataire, s'il était en possession du pécule, était autorisé à repousser par l'exception de dol la revendication que voudrait exercer contre lui l'héritier, *dict. leg*. Cette revendication était fondée en droit strict; car l'existence de dettes ayant pour effet de diminuer sur chaque objet au *prorata*, le droit de propriété découlant du legs, il y avait véritablement co-propriété entre le légataire et l'héritier. Seulement le légataire, qui avait l'avantage de

En second lieu, Africain, pour confirmer sa solution, invoque une décision de Julien, qui n'est qu'une déduction du même principe. Ce jurisconsulte admettait que si un fils de famille était débiteur d'un étranger, et qu'après la mort de son père, il eût remboursé ce créancier, il aurait le droit, sur l'action *familiæ erciscundæ*, de se faire tenir compte par ses cohéritiers du montant de ce que ce créancier aurait pu exiger d'eux au moyen de l'action *de pèculio*. En effet, celui qui contractait avec un fils de famille, possesseur d'un pécule, avait, disait-on, deux débiteurs, savoir le fils pour la totalité, *in solidum*, et le père jusqu'à concurrence du pécule, *dumtaxat de peculio :* telle est la règle posée par Ulpien, l. 44, D. *De pecul.* Or, comme les héritiers étaient exposés à subir *intra annum* l'exercice de l'action *de peculio*, le fils de famille, en désintéressant son créancier, avait libéré ses cohéritiers de cette action, et fait ainsi une dépense profitable à la masse héréditaire, dépense à raison de laquelle il était fondé à réclamer une indemnité. Le fils de famille aurait pu d'ailleurs, en payant, exiger du créancier qu'il lui cédât l'action *de peculio*, l. 18, § 5, D. *fam. ercisc.* — D'un autre côté, si le partage de la succession du père s'effectuait avant que le créancier du pécule ne fût satisfait, le fils de famille avait le

---

la possession, pouvait, à titre d'exception, protéger sa position en invoquant la volonté exprimée par le défunt de lui faire avoir la propriété des objets du pécule, sans aucune défalcation des dettes. — *Habet enim in solidis rebus voluntatem æris alieni non deducendi*. Cette décision, donnée par Ulpien, est d'autant plus grave que ce jurisconsulte admettait avec les Proculeiens (l. 1, § 7, D. *Quand, de pecul.*), contrairement aux Sabiniens (l. 1, § 10, D. *De dot. præleg.*), que ce n'était pas contre le légataire, mais bien contre l'héritier que l'action *de peculio* compétait, bien que ce dernier ne possédât point le pécule.

droit, comme le dit notre texte, de ne laisser attribuer aux copartageants les valeurs du pécule qu'à la condition par ceux-ci de prendre l'engagement qu'ils l'indemniseraient des condamnations qui pourraient être prononcées contre lui. Un autre procédé était encore possible, et il aurait même été consacré par un rescrit impérial, suivant Ulpien, l. 20, § 1, D. *fam. ercisc.* Il consistait à laisser prélever par le fils de famille sur le pécule ce qui était nécessaire pour faire face aux dettes; mais alors c'est à lui qu'aurait incombé l'obligation de mettre ses cohéritiers à l'abri de l'action *de peculio*.

Comme conséquence de la solution précédente, et à raison de la nécessité où serait Secundus de défendre son frère, si la dette existait au profit d'un étranger, Africain conclut par un *a fortiori* que Secundus, étant lui-même le créancier de la somme qui doit être payée sur le pécule, il ne pouvait exiger l'acquittement de cette dette, quand il avait entre les mains une *provision* suffisante, quand, par l'effet du partage du pécule, il se trouve nanti, et peut-être au delà, de valeurs dont la destination est d'être employées à éteindre les dettes du pécule. Primus pourra donc, en définitive, redemander à son frère par la *condictio indebiti* dans tous les cas la moitié de ce qu'il a payé, et l'autre moitié suivant les circonstances, c'est-à-dire pourvu que la portion du pécule de Primus, qui est obvenue à Secundus, soit assez forte pour équivaloir à cette moitié.

Africain s'occupe, dans le § 1 de la même loi 38, d'une question qui offre beaucoup d'analogie avec celle qu'il vient de traiter. Il s'agit d'un fils de famille, qui, ayant emprunté directement à son père, rembourse ce

prêt postérieurement à son émancipation. On demande s'il pourra répéter. Ici, comme dans l'espèce précédente, et par les mêmes motifs, il ne s'est formé au moment du *mutuum* qu'une obligation naturelle. Cette obligation subsiste après l'émancipation, nonobstant la *capitis minutio*, qui reste sans influence sur les dettes naturelles, l. 2, § 2, D. *De cap. min.* Un payement valable serait donc possible. Toutefois, si le fils de famille avait un pécule qui ait été retenu par le père, et dans lequel il a trouvé une somme égale au montant du prêt, la *condictio indebiti* sera autorisée. La destination du pécule est en effet, nous le savons, d'être appliqué au payement des dettes contractées par le titulaire du pécule. Cette destination du pécule ne cesse pas immédiatement par l'émancipation. Le chef de famille reste encore soumis, *intra annum utilem*, à l'action *de peculio* de la part des créanciers; et s'il avait été attaqué, il aurait pu, suivant les règles de cette matière, déduire du pécule le montant de ce qui lui était dû par son fils. Toutes les fois, par conséquent, qu'il aura été pleinement indemnisé par la conservation du pécule, il se trouvera déjà couvert pour sa créance, et on devra dire qu'en recevant le payement de son fils émancipé, il a touché ce qui ne lui était pas dû.

Cette seconde question doit donc se résoudre par la distinction qui a été exposée tout à l'heure. Nous ferons seulement observer qu'ici on ne peut pas dire qu'il y a une erreur de *fait* de la part du fils de famille, l'émancipation n'ayant pu avoir lieu sans son consentement. Dès lors, si notre jurisconsulte accorde la *condictio indebiti*, c'est qu'il tenait compte en principe de l'erreur de *droit*, ou qu'il la considérait comme étant excusable dans l'hypothèse.

Après avoir examiné le cas où l'obligation naturelle existe à la charge du fils de famille, Africain, dans le § 2, passe au rapport inverse : il suppose que c'est le père, au contraire, qui est devenu débiteur de son fils, pendant que celui-ci était *in potestate*, et que le père, après avoir émancipé son fils, a remboursé ce qu'il lui devait. Suivant Africain, ce payement est valable, et il n'y a pas lieu à répétition. Le jurisconsulte voit encore ici une obligation naturelle ; pour en démontrer l'existence, il invoque les règles qui gouvernaient cette espèce de patrimoine que le chef de famille avait autorisé dans la personne d'un de ses subordonnés, en lui permettant d'avoir, sous le titre de pécule, des biens distincts, *aliquid separatum a rationibus patris familias*. La séparation entre ces deux patrimoines était telle que des rapports obligatoires pouvaient s'établir de l'un à l'autre, rapports dans lesquels le chef pouvait jouer le rôle de débiteur aussi bien que celui de créancier.

Ce point de vue avait en pratique cette application importante que, quand il s'agissait d'apprécier le montant du pécule, pour savoir dans quelles limites le père était tenu envers les créanciers qui avaient traité avec son fils, on faisait entrer dans le calcul de l'actif du pécule tout ce dont le père était débiteur à l'égard du fils. Cette manière de ccalculer le pécule était encore applicable après l'émancipation, et dans l'année qui la suivait, au profit des créanciers qui auraient intenté pendant ce délai l'action de *peculio*. Tel est l'argument employé par Africain pour établir que l'obligation naturelle a subsisté après l'émancipation. Si cette dette continue à accroître le pécule dans l'intérêt des créanciers étrangers, il en doit être de même dans l'intérêt du fils.

Toutefois, cette assimilation, sous-entendue par le jurisconsulte, a besoin d'une explication, pour écarter une objection qui se présente naturellement. On conçoit bien, en ce qui concerne les tiers, que le chef de famille doit subir les conséquences de la position qu'il a faite à son fils en l'investissant d'une sorte de patrimoine, grâce auquel celui-ci a joui d'un certain crédit, et s'est comporté comme un individu *sui juris*. Mais il ne faut pas oublier que, quant au père, le pécule qu'il a autorisé n'en constitue pas moins une partie intégrante de son patrimoine, qu'il profite de toutes les acquisitions réalisées dans l'exploitation de ce pécule, qu'il en dispose souverainement, en le retirant à son gré, quand cela lui plaît, et qu'à sa mort, comme nous l'avons vu, les pécules de ses enfants rentrent dans la masse héréditaire à partager. Dès lors, peut-on dire, les créances dépendant du pécule d'un fils de famille sont des créances appartenant au père; et, par suite, on ne peut pas comprendre au profit du fils une obligation naturelle dans laquelle le père figurerait comme débiteur, puisqu'il serait en même temps le créancier, et que la confusion se produirait immédiatement.

Cette objection a beaucoup tourmenté les interprètes, dont quelques-uns ont été amenés à dire que les obligations naturelles échappaient à la règle qui fait converger dans les mains du père tout ce qui est acquis par le fils ; et c'est pourquoi, dans l'hypothèse d'un *mutuum* conclu entre les deux frères, ils admettent que la créance naturelle existe au profit du frère qui a prêté. Nous avons déjà repoussé ce système. Doneau, qui le combat également, distingue le cas où l'affaire se passe entre les deux frères d'avec celui où elle se passe entre

le fils et son père. Au premier cas, rien ne s'opposerait à ce que, suivant la règle commune, la créance naturelle soit acquise au père. Dans le second cas, au contraire, le père devenant débiteur, il faudrait en conclure qu'il ne peut prétendre à la qualité de créancier.

L'observation de Doneau ne nous paraît pas résoudre réellement la difficulté. Que le père soit débiteur envers le pécule, quand il s'agit de tiers qui ont intérêt à se venger sur ce pécule, on le conçoit sans peine. Mais comment le titulaire du pécule, qui n'est au fond que le gérant du père, peut-il se prétendre créancier de celui au bénéfice duquel il travaille, et qui tient toujours dans sa main le sort de ce pécule? La véritable raison, indiquée trop sommairement par Cujas, est que la séparation des deux patrimoines, qui fonctionne même contre le gré du père dans l'intérêt des créanciers, cette séparation peut, mais seulement au gré du père, et si cela lui convient, se continuer dans l'intérêt du fils, quand il cesse d'être *in potestate*. Le père, en émancipant son fils, comme le maître en affranchissant son esclave, est arbitre suprême du pécule. Libre à lui de le retenir, s'il le veut; et assurément, lorsqu'il use de cette faculté, il ne peut pas être question de dettes à sa charge, au profit de celui qui n'a été que l'administrateur du pécule, et qui quitte cette administration les mains vides. Mais le père peut aussi renoncer au droit qui lui appartient, et laisser désormais pour son propre compte au fils devenu *sui juris* ce qu'auparavant il ne faisait que détenir pour le compte du chef. La chose devait même s'entendre de la sorte toutes les fois que le père, lors de l'émancipation, ne retirait pas le pécule, *si non ademit*, ainsi que nous le voyons au § 260, *Vat.*

Fragm. Dans ce cas, la séparation se continuait en l'état où étaient les deux patrimoines pendant la durée de la *patria potestas*. Le père négligeait de profiter d'une confusion qu'il aurait pu opérer. Mais c'est seulement à partir de cet instant que l'on peut admettre en réalité une dette naturelle du père en faveur du fils. Le § 260, *Vat. Fragm.*, nous dit qu'après l'émancipation survenue sans une *ademtio peculii*, le fils commencera à usucaper les objets du pécule, et qu'il ne pourra même poursuivre les créanciers, s'il n'a éte constitué *in rem suam cognitor*.

Il va sans dire qu'une pareille ressource n'est pas applicable à la créance du pécule contre le père; celui-ci ne peut donner mandat de le poursuivre lui mandant. La créance sera donc simplement naturelle, et ne fournira pas d'action. C'est ainsi que l'on décidait que le legs de son pécule, laissé à l'esclave affranchi, ne lui donnait pas le droit d'exiger ce qu'il avait déboursé pour les affaires de son maître. Ce point fut même l'objet d'un rescrit des empereurs Sévère et Antonin, mentionné aux Institutes, § 20, *De legat.* Mais, à défaut du droit d'action, le droit de rétention, que fournit l'obligation naturelle, suffit dans l'hypothèse prévue par Africain, puisqu'il y a eu payement de la part du débiteur. La loi 64, D. *De cond. ind.*, accorde également le droit de rétention à l'esclave affranchi, à qui son maître a payé ce qu'il devait naturellement.

Enfin, Africain décide que l'on doit adopter la même solution, c'est-à-dire refuser la répétition pour le cas où, le fils ayant été exhérédé, l'héritier externe institué aurait payé au fils la dette naturelle du père. Pour com-

prendre cette hypothèse, il faut supposer que son pécule avait été laissé au fils qui aurait été émancipé, ou bien que le pécule lui avait été légué par le testament qui l'exhérédait, ainsi que nous en trouvons un exemple dans la loi 65, § 1, D. *De rei vind.*

Nous passerons rapidement sur les autres effets auxquels se prêtait l'obligation naturelle qui nous occupe. Puisque le payement était valable, nous croyons qu'il en faut dire autant des actes par lesquels le débiteur se soumettrait à payer. Ainsi, le fils de famille qui, dans cette position, était devenu débiteur de son père, a fait, après son émancipation, une promesse relativement à ce qu'il devait; nous n'hésitons à penser qu'il faut voir dans cette promesse la reconnaissance d'un *debitum*, et non l'accomplissement d'une donation. On appréciait de la sorte la promesse de l'affranchi pour une somme qu'il aurait empruntée *in servitute*, l. 19, § 4, D. *De donat.* Assurément l'incapacité du fils de famille, dans ses rapports avec son père, n'était pas plus radicale que l'incapacité générale de l'esclave. Au lieu d'une promesse, si l'ancien fils de famille s'est borné à un constitut, il se sera également soumis à l'action de constitut, qui n'exige qu'une obligation naturelle. — Il est sans doute plus délicat d'admettre pour cette obligation des effets indépendants de la volonté du débiteur, en autorisant la compensation. Cependant le payement serait valable, eût-il été fait par erreur, comme on peut le conclure par analogie de la solution donnée dans la loi 64, D. *De cond. ind.* Or, la compensation n'est qu'un payement imposé au débiteur. Toute la question se réduit à savoir s'il n'y a pas dol de la part de l'ex-fils de famille

qui, devenu créancier du *parens*, voudrait se faire payer, sans accomplir l'engagement dont il est tenu de son côté, et dont l'inefficacité ne repose que sur une *ratio civilis*. Nous serions assez enclin à résoudre cette question affirmativement (1).

La garantie résultant d'une fidéjussion, d'un constitut, d'une expromission, d'une hypothèque fournis par un tiers, nous paraît parfaitement possible à l'égard de cette obligation naturelle, aux termes des règles générales qui gouvernent ces divers actes. En ce qui concerne la fidéjussion, nous pouvons nous prévaloir d'un texte formel, la loi 56, § 1, D. *De fidej.*, qui reconnaît la validité de la fidéjussion, quand il s'agit d'une stipulation entre le père et le fils, stipulation dans laquelle le père joue le rôle de stipulant. Toutefois, le même texte déclare la fidéjussion nulle dans le cas où les rôles seraient inverses. Le père, débiteur principal, acquerrait, dit-on, par l'interrogation de son fils, la qualité de créancier du fidéjusseur, ce qui impliquerait contrariété, et choquerait cette règle de bon sens : *nemo potest pro eodem et eidem esse obligatus*. Cette solution se conçoit facilement, quand c'est l'esclave qui est créancier du maître, hypothèse prévue également par la loi 56. L'esclave, en effet, n'ayant la faculté de stipuler que *ex persona domini*, la stipulation qu'il conclut pour son propre bénéfice reste sans valeur; et le fidéjusseur ne pouvant être lié que par la solennité d'une stipulation, elle manque ici, puisqu'il n'y a pas de stipulant. Mais, quant au fils de famille, la décision identique donnée par Paul ne peut-elle pas être criti-

(1) Cette doctrine est celle de Vinnius, *Select-Quæst. lib.* 2, *cap.* 49.

quée? Nous savons par Gaïus, III-114, que le fils de famille pouvait user du contrat *verbis*, de manière à devenir lui-même créancier, quand la créance ne devait pas profiter au père. Aussi, le fils de famille peut-il, à la différence de l'esclave, se porter *adstipulator*, sauf à n'exercer l'action qu'alors qu'il sera devenu *sui juris*, et encore sans *capitis minutio*. Si le fils de famille, qui avait adstipulé, eût reçu des fidéjusseurs, il semble bien naturel que l'action contre ceux-ci n'aurait pas dû être acquise au père, pas plus que l'action contre le *reus*. Dans notre espèce, dira-t-on, le père, qui prend la position de débiteur, ne doit pas faire obstacle à la capacité du fils de famille. Il faut répondre, à notre gré, que, dans le cas d'une adstipulation, le père reste entièrement étranger à l'affaire. Quand il s'engage, au contraire, envers son fils de famille, il fait naître une créance, dont il conserve la libre disposition, puisqu'elle entre dans le pécule, et que le sort du pécule dépend de lui. Sans doute, il ne paraissait pas possible qu'à l'occasion d'un débiteur, qui ne devait rester tel qu'autant qu'il le voulait, il existât un fidéjusseur, dont l'obligation aurait été à la discrétion du débiteur. Une véritable créance en faveur du fils ne commence, comme nous l'avons dit, qu'après l'émancipation du fils, qui aura conservé son pécule, de l'aveu du père. Jusque-là, ce dernier n'est pas débiteur du fils, puisqu'il ne devrait que sous une condition potestative. Il faut donc, tant que dure la *patria potestas*, renoncer à considérer le fils comme créancier, et exclure une fidéjussion, dont le résultat amènerait cette impossibilité, signalée par Paul, d'un fidéjusseur qui se trouverait *pro eodem et eidem obligatus*.

§ 2e. Article 2. — Esclaves.

L. 14, *De obligationibus et actionibus, D.* (XLIV-VII).

ULPIANUS, libro VII Disputationum.

XXIII. Servi ex delictis quidem obligantur; et si manumittantur, obligati remanent. Ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur; sed naturaliter obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.

ULPIEN, Disputes, livre 7e.

XXIII. Les esclaves sont obligés par leurs délits; et ils restent obligés après leur affranchissement. En matière de contrats, ils ne sont pas obligés civilement; mais ils sont obligés et ils obligent naturellement. Par conséquent, si, ayant emprunté de l'argent à un esclave, je paye entre ses mains, quand il est affranchi, je suis libéré.

L. 50, *De peculio, D.* (XV-I).

PAPINIANUS, libro IX Quæstionum.

XXIV. Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest; et ideo qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest, quam si judicium dictatum non fuisset, eadem ratione fidejussor quoque utiliter acceptus videbitur: quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est.

PAPINIEN, Questions, livre 9e.

XXIV. Même après que l'action *de peculio* a été intentée contre le maître, un fidéjusseur peut s'engager pour l'esclave; la même raison qui, après la délivrance de l'action, empêche comme auparavant la répétition du payement fait par l'esclave, valide l'accession d'un fidéjusseur. En effet, l'obligation naturelle, dont l'esclave est tenu, ne s'éteint pas par l'instance dirigée contre le maître.

L. 30, § 1. *De pactis, D.* (II-XIV).

GAIUS, libro I, ad Edictum provinciale.

XXV. Qui pecuniam a servo stipulatus est, quam sibi Titius

GAIUS, sur l'Edit provincial, livre 1er.

XXV. Celui qui a stipulé d'un esclave une somme qui lui était

debebat, si a Titio petat, an exceptione pacti conventi summoveri et possit et debeat, quia pactus videatur ne a Titio petat, quæsitum est? Julianus ita summovendum putat, si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est : id est, si justam causam intercedendi servus habuit : quia forte tantundem pecuniam Titio debuit. Quod si quasi fidejussor intervenit, ex qua causa in peculium actio non daretur, non esse inhibendum creditorem quominus a Titio petat. Æque nullo modo prohiberi eum debere, si eum servum liberum esse credidisset.

due par Titius, peut-il et doit-il, s'il agissait contre Titius, être repoussé par l'exception de pacte, parce qu'il semble avoir consenti à ne plus demander à Titius? Julien est d'avis que l'exception est fondée dans le cas où le stipulant aurait droit à l'action *de peculio* contre le maître de cet esclave, c'est-à-dire dans le cas où l'esclave aurait un juste motif pour intercéder. Mais si l'esclave s'est porté fidéjusseur dans une hypothèse qui ne donnerait pas lieu à l'action *de peculio*, le créancier ne peut pas être empêché d'agir contre Titius. Il en est de même, s'il a cru traiter avec un homme libre.

L. 56, *De peculio*, *D.* (XV-1).

PAULUS, libro II, ad Neratium.

XXVI. Quod servus meus pro debitore meo mihi expromisit ex peculio deduci debet, et a debitore nihilominus debetur. Sed videamus ne credendum sit peculiare fieri nomen ejus pro quo expromissum est. Paulus : utique, si de peculio agente aliquo deducere velit, illud nomen peculiare facit.

PAUL, sur Nératius, l vre 2e.

XXVI. Si mon esclave m'a promis pour libérer mon débiteur, je puis déduire du pécule de l'esclave le montant de la dette, et néanmoins mon débiteur continue à me devoir. Mais voyons si le pécule n'acquiert pas une créance contre celui en faveur duquel a été faite l'expromission. Paul fait l'observation suivante : sans doute, si le maître, sur l'action *de peculio* intentée contre lui, a opéré la déduction, il y a une créance dans le pécule.

L. 21, § 2, *De fidejussoribus et mandatoribus, D.* (XLVI-1).

AFRICANUS, libro VII Quæstionum.

XXVII. Servo tuo pecuniam credidi, eum tu manumisisti: deinde eumdem fidejussorem accepi. Si quidem in eam obligationem fidejubeat, quæ adversus te intra annum sit, obligari eum ait; sin vero in naturalem suam, potius ut nihil agatur; non enim intelligi posse ut quis pro se fidejubendo obligetur. Quod si hic servus manumissus fidejussori suo heres existat, durare causam fidejussionis putavit: et tamen nihilominus naturalem obligationem mansuram; ut si obligatio civilis pereat, solutum repetere non possit. Nec his contrarium esse, quod cum reus fidejussori heres existat, fidejussoria obligatio civilis cum eodem esse non potest. Retro quoque si fidejussor servo manumisso heres exstiterit, eadem adversus eum obligatio manet: quamvis et naturaliter teneatur, nec pro se quis fidejubere possit.

AFRICAIN, Questions, livre 7e.

XXVII. J'ai prêté de l'argent à votre esclave, vous l'avez affranchi; puis il s'engage envers moi à titre de fidéjusseur. Si c'est en vue de l'obligation dont vous êtes tenu pendant une année, le jurisconsulte dit que la fidéjussion est valable; mais si c'est en vue de son obligation naturelle, il faut dire que l'opération est non avenue, car on ne peut comprendre que quelqu'un soit son propre fidéjusseur. Si cet esclave affranchi devient héritier de son fidéjusseur, la fidéjussion subsiste, et néanmoins l'obligation naturelle se maintient, de telle sorte que, malgré l'extinction de l'obligation civile, ce qui aurait été payé ne pourrait être répété. Ces décisions ne sont pas en opposition avec cette thèse que la fidéjussion s'éteint quand le débiteur principal succède au fidéjusseur; dans ce dernier cas, il y aurait à la charge de la même personne double obligation civile, ce qui ne se peut. A l'inverse, si c'est le fidéjusseur qui succède à l'esclave affranchi, il continuera à être tenu civilement, bien qu'il soit aussi obligé naturellement, et qu'on ne puisse être son propre fidéjusseur.

L. 13, *pr. De condictione indebiti, D.* (XII-VI).

PAULUS, libro X, ad Sabinum.

XXVIII. Naturaliter etiam servus obligatur; et ideo, si quis nomine ejus solvat, vel ipse manumissus, vel (1) ut Pomponius scribit, ex peculio, cujus liberam administrationem habeat, repeti non poterit: et ob id fidejussor pro servo acceptus tenetur; et pignus pro eo datum tenebitur, si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pigneratitia reddenda est.

(1) Cette répétition du mot *vel* manque dans la *Florentine*. On peut suivre indifféremment la leçon d'*Haloander*, que nous adoptons, ou celle de la *Vulgate*, qui place le second *vel* avant les mots *ex peculio*. Voir M. de Savigny, *Traité de Droit romain*, append. IV, note *K*.

PAUL, sur Sabinus, livre 10e.

XXVIII. L'esclave aussi s'oblige naturellement; par conséquent, si quelqu'un paye en son nom, ou s'il paye lui-même, après son affranchissement, ou, comme l'écrit Pomponius, s'il paye sur son pécule, dont il a la libre administration, il n'y aura pas lieu à répétition; par la même raison un fidéjusseur peut s'engager pour un esclave; le gage est également valable, et quand l'esclave, qui avait l'administration de son pécule, a constitué un gage pour ce qu'il devait, l'action pignératitienne utile doit être accordée.

L. 64, *De condictione indebiti, D.* (XII-VI).

TRYPHONINUS, libro VII Disputationum.

XXIX. Si quod dominus servo debuit manumisso solvit, quamvis existimans ei se aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit. Ut enim libertas naturali jure continetur, et dominatio ex jure gentium introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est.

TRYPHONINUS, Disputes, livre 7e.

XXIX. Si le maître paye à son esclave affranchi ce qu'il lui devait, bien qu'il s'imaginât être soumis à une action, il ne pourra cependant point répéter. En effet, comme la liberté est de droit naturel, tandis que le pouvoir dominical a été introduit par le droit des gens, c'est suivant les principes du droit naturel qu'il faut apprécier s'il y a dette ou non, en matière de *condictio* (*indebiti*).

L. 20, § 2, *De statuliberis, D.* (XL-VII).

PAULUS, libro XVI, ad Plantium.

XXX. Quod si heredi dare jussus est decem, et eam summam heres debeat servo, si velit servus eam pecuniam compensare, erit liber.

PAUL, sur Plantius, livre 16e.

XXX. Si un esclave, pour être affranchi, doit donner dix à l'héritier, et que l'héritier lui doive une somme pareille, l'esclave sera libre, en invoquant la compensation.

L. 1, § 18, *De separationibus, D.* (XLII-VI).

ULPIANUS, libro LXIV, ad Edictum.

XXXI. Item sciendum est necessarium heredem servum cum libertate institutum impetrare posse separationem : scilicet ut, si non attigerit bona patroni, in ea causa sit, ut ei, quidquid postea acquisierit, separetur : sed et si quid ei a testatore debeatur.

ULPIEN, sur l'Edit, livre 64e.

XXXI. De même il faut dire que si un esclave a été institué héritier nécessaire et affranchi en même temps, il peut demander la séparation, de telle sorte que, à la condition de ne pas toucher aux biens du patron, il aura le droit de conserver tout ce qu'il acquerra par la suite, et même ce qui lui serait dû par le testateur.

§ 2e. Article 2e. — Esclaves.

La société romaine nous offre, dans la condition des esclaves, une classe très-nombreuse d'individus, dont la capacité ne se prêtait pas, en général, à une obligation civile, mais auxquels cependant on reconnaissait l'aptitude à une obligation naturelle. Sans doute l'esclave est habituellement décoré du titre de *persona;* et, dans les écrits des jurisconsultes, on le voit souvent intervenir dans les actes juridiques, avec une participation qui produit les mêmes effets que si c'était un homme libre qui y eût figuré. Mais ce n'est là qu'une capacité d'emprunt; l'esclave, comme le disent les Institutes, liv. III, tit. XVII, pr., à l'occasion des stipulations, n'agit que *ex persona domini;* il n'est autre chose qu'un instrument d'acquisition au profit du maître. C'est uniquement dans cet intérêt que le droit civil lui accorde la faculté d'être une *persona*, à condition d'en user au bénéfice de celui qui a *potestas* sur lui. Il peut faire meilleure la position du maître, et cela qu'il agisse spontanément, et même, le plus souvent, contre le gré du *dominus*. Ainsi, l'esclave a obtenu une mancipation (1), une promesse, une acceptilation : le maître devient propriétaire, devient créan-

---

(1) L'accès à l'*in jure cessio* était cependant fermé à l'esclave. On admettait bien que devant les cinq témoins et le *libripens* l'esclave pût s'exprimer ainsi : *Aio hanc rem esse domini mei* (Gai. III-167); mais il n'aurait pu tenir le même langage devant le magistrat (Gai. II-96, *Vat. Fragm.*, § 51). Ici la formule était rigoureusement celle-ci : *Aio hanc rem esse meam* (Gai. II-24); l'affirmation devait porter exclusivement sur son *propre* droit. Il s'agissait, en effet, d'une *legis actio* (Gai. *loc. cit.*), qui ne tolérait en principe aucune espèce de représentation (Gai. IV. 82, l. 125, pr. *De reg. jur.*). Aussi l'exclusion de la participation à l'*in jure cessio* était-elle commune aux fils de famille et aux esclaves (Gai. II-96).

cier, est libéré, de la même manière que s'il eût concouru personnellement à l'opération — *vox servi tanquam vox domini*. Mais le rôle inverse lui est interdit. La règle du droit civil, modifiée dans certaines circonstances par le droit prétorien, est que le fait de l'esclave ne peut compromettre le patrimoine du maître. En vain fera-t-il une mancipation ou une acceptilation pour dépouiller le maître d'un droit de propriété ou d'un droit de créance; en vain fera-t-il une promesse pour engager le maître : tous ces actes resteront inoffensifs.

Conformément à ces idées, la *persona* disparaît chez l'esclave, quand elle ne s'exerce pas pour le compte du maître. Qu'un esclave se porte *adstipulator*, son intervention est non avenue, *nihil agit*, dit Gaïus, III-114; la chose, en effet, est indifférente pour le *dominus*. Qu'un esclave essaye de faire une *expromissio*, comme, au point de vue passif (1), il n'est pas l'*alter ego* du maître, l'un des deux acteurs nécessaires pour une stipulation fait défaut; le créancier qui a interrogé n'a pas rencontré d'interlocuteur, *proinde ac si nullo stipulatus fuisset*, Gaïus, III-176. De même un esclave est dit avoir la *testamenti factio*, en ce sens qu'il peut être institué héritier, si son maître lui-même avait la *testamenti factio*, parce que l'institution profite alors au maître; mais, s'il participe à la confection d'un testament en qualité de témoin, on ne tiendra pas compte de sa présence. Celui-là seul peut être témoin qui a *testamenti factio ;* et pour l'esclave, qui ne fait pas l'affaire du maître, on dira : *Merito ad solemnia*

(1) Même au point de vue actif, si l'esclave n'est pas habilité par la *potestas* actuelle d'un maître, il n'a pas de capacité. C'est pourquoi Javolenus, l. 36, D. *De stip. serv.*, qualifie comme étant *nullius momenti* la stipulation qu'aurait faite un esclave *pro derelicto habitus*.

adhiberi non potest, cum juris civilis communionem non habeat in totum, ne Prætoris quidem Edicti. l. 20, § 6, D. *Qui test. fac.*

En dépouillant l'esclave de l'utilité qu'il procure au maître par son immixtion aux affaires, en l'envisageant comme un individu qui agit pour son propre compte, les Romains semblent quelquefois, par la manière dont ils s'expriment, lui dénier absolument toute capacité : *servus nullum caput habet*, lit-on aux Institutes, liv. I, tit. XVI, § 4. L'esclavage, disent-ils, anéantit en quelque sorte la personne, comme le ferait la perte de la vie physique : *servitutem mortalitati fere comparamus*, l. 209, D. *De reg. jur*. En ce qui concerne les obligations, elles sont, paraît-il, déclarées impossibles : *in personam servilem nulla cadit obligatio*, l. 22, pr. D. *De reg. jur*. Mais toutes ces formules n'ont trait qu'au droit civil. Si l'idée d'obligation est écartée quant à l'esclave, c'est que pour les Romains, peuple éminemment positif, l'obligation n'est digne de ce nom qu'autant qu'elle peut fournir une action ; or, contre un esclave, il n'y a pas d'action, *cum servo nulla actio est*, l. 107, D. *De reg. jur*. Le *jus naturale*, au contraire, tient compte des esclaves, et les considère comme des sujets du droit. La distinction est posée par Ulpien (1), qui déclare que si, pour le *jus civile*, les esclaves *pro nullis habentur*, il en est tout autrement *jure naturali*, d'après lequel l'égalité entre tous les hommes serait la règle. Aussi, bien des textes parlent-ils d'obligations naturelles appliquées à des esclaves. Quelle était la portée de ces obligations, c'est ce que nous allons chercher à déterminer.

Ce sujet veut être examiné sous deux points de vue

(1) L. 32, D. *De reg. jur*.

différents. On doit se demander, en effet, d'abord jusqu'à quel point un esclave peut être débiteur, et ensuite dans quelle mesure il est apte à être créancier.

Point de vue. — DETTES DES ESCLAVES.

Les Romains séparaient, pour les esclaves, les obligations *ex delicto* des obligations *ex contractu*. A leurs yeux, l'esclave étant un être intelligent, il devait à ce titre, supporter la responsabilité de ses méfaits. L'état d'esclavage auquel était soumis l'auteur d'un fait immoral ne le mettait pas à l'abri des conséquences de son immoralité, pourvu toutefois qu'il fût en position de rendre compte de ses actes. Or, la chose n'était possible qu'après son affranchissement ; c'est alors seulement qu'il pouvait défendre à une action. Jusqu'à ce moment, les poursuites devaient être dirigées contre le maître, qui avait la faculté de se libérer, même après condamnation, en renonçant à son droit sur l'esclave, en faisant ce que l'on appelle l'abandon noxal. Mais si l'action n'avait pas encore été exercée, quand l'auteur du délit devenait libre, c'était lui désormais qui devait répondre à l'action, bien qu'il s'agît de faits commis *in servitute*. Les Institutes nous disent, liv. IV, tit. VIII, § 5 : *at si manumissus fuerit, directo ipse tenetur*. La même idée est exprimée dans la loi 14, D. *De oblig.* (n° XXIII) : *et si manumittantur, obligati remanent*. On ne voyait là qu'une application de la règle usitée en cette matière : *noxa caput sequitur*, comme l'indique la loi 4, C. *An servus*. L'ancien esclave s'appartenait maintenant à lui-même. Il avait acquis son *caput ;* il était comptable de ses méfaits.

L'imputabilité par voie d'action était cependant

écartée, quand le délit de l'esclave atteignait le maître. Il n'y avait lieu ici qu'à l'exercice du droit de correction attaché à la puissance dominicale. Les Romains n'admettaient pas qu'entre deux personnes, dont l'une était sous la *potestas* de l'autre, il pût exister le germe d'une action, même éventuellement, pour le cas où cette *potestas* aurait disparu, § 6 Instit. *De nox. act.* L'influence de ce rapport de *potestas* était telle, aux yeux des Sabiniens, dont l'opinion est consacrée par Justinien (Instit. *loc. cit.*), qu'elle anéantissait désormais le droit d'action, à raison du délit commis par un esclave étranger, quand celui-ci passait sous la puissance de la victime du délit, tandis que les Proculéiens regardaient seulement l'action comme assoupie, Gai. IV. 78.

Ajoutons enfin que la responsabilité personnelle de l'esclave pouvait se trouver dégagée, quand il n'avait fait qu'obéir à son maître. *Nulla culpa est, cui parere necesse sit*, dit la loi 169, D. *De reg. jur.*; *servos cum dominis suis parent, necessitate potestatis excusari*, dit encore la loi 15, § 3, D. *De leg. Corn. de fals.* Toutefois ce tempérament n'était pas appliqué d'une manière absolue. L'esclave, sous peine de subir les conséquences de sa trop grande docilité, devait avoir l'énergie de résister à son maître, qui aurait exigé de lui un acte dont l'immoralité eût été flagrante. La loi 20, D. *De oblig.* s'exprime ainsi : *servus non in omnibus rebus sine pœna domini dicto audiens esse solet, sicuti si dominus hominem occidere aut furtum alicui facere servum jussisset...* Malgré la rigueur de la puissance dominicale, la législation romaine n'admet point que le devoir d'obéissance fasse de l'esclave un instrument passif et irresponsable. Le bénéfice d'une excuse ne lui ap-

partient qu'autant que les actes commandés par le maître ne seraient pas entachés d'une trop haute immoralité. Ulpien, l. 157, pr. D. *De reg. jur.*, restreint en ces termes l'excusabilité de l'esclave : *Ad ea, quæ non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si.. dominis... obtemperaverint.*

En ce qui touche les contrats, l'esclave ne pouvait par cette voie s'obliger civilement. Comme il ne représente pas le maître, quand il s'agit de le grever d'une dette, le consentement de l'esclave qui s'engage ne met en jeu que sa propre personne, c'est-à-dire une personne contre laquelle il n'y a pas d'action possible ; le cachet de l'obligation civile fait par conséquent défaut. En vain des fidéjusseurs promettraient-ils qu'un esclave se présentera *in judicio ;* ils auraient promis un fait impossible, l. 13, D. *si quis caution.;* en vain une condamnation serait-elle obtenue contre un esclave, elle resterait non avenue, l. 6. C. *De judic.* — Néanmoins, l'intervention de l'esclave dans un contrat, où il prend la position de débiteur, n'est pas absolument dépourvue d'effets ; il en résulte à sa charge une obligation naturelle. C'est ce que décide clairement la loi 14, D. *De oblig.* (nº XXIII), qui, à la suite des contrats des esclaves, repousse seulement le *civiliter obligari*, mais ajoute : *naturaliter obligantur* (1). Ce rapport d'obligation naturelle est possible non-seulement avec les tiers, mais encore avec le maître. Les *Institutes,*

(1) Nous expliquerons plus loin, en nous occupant du deuxième poin de vue de notre question, quel sens il faut donner, suivant nous, aux expressions : *naturaliter obligant*, qui semblent n'admettre également qu'une obligation naturelle, quand l'esclave a contracté de manière à devenir créancier.

§ 1, *De fidej.*, admettent, pour l'un et l'autre cas, la validité d'une fidéjussion.

Cet état imparfait, auquel est réduite l'obligation contractuelle assumée par un esclave, continue à subsister avec ce caractère, même alors que la cause, qui a empêché l'obligation civile de naître, a disparu. Après l'affranchissement, l'obligation naturelle ne se transforme pas en obligation civile ; le droit à une action n'est pas ouvert désormais au créancier. Paul, dans ses *Sentences*, liv. II, tit. XIII, § 9, nous dit que l'esclave, qui a emprunté de l'argent *in servitute*, ne peut pas être poursuivi quand il est devenu libre. La même décision se trouve reproduite plusieurs fois au Code, dans diverses constitutions, liv. IV, tit. XIV, *An servus pro suo*. Voyez les lois 1, 2, 5, *h. t.* (1).

Chez le fils de famille, la capacité de s'obliger civilement n'avait rien que de raisonnable. C'était un individu destiné à avoir des biens, et qui, généralement en acquérant son indépendance, obtenait la jouissance d'un patrimoine sur lequel il avait dû compter. Pour l'es-

---

(1) Ulpien, l. 17, D. *De neg. gest.*, pose comme règle qu'un affranchi n'est pas comptable d'une gestion d'affaires qu'il a entreprise *in servitute*. Il ajoute cependant que, si la gestion a été continuée après l'affranchissement, et qu'il y ait connexité entre les actes faits *in servitute* et ceux faits *in libertate*, l'action *negotiorum gestorum* s'étendra à ces deux sortes d'actes. — Paul, l. 19, § 1, D. *De neg. gest.*, décide qu'un affranchi ne peut pas être inquiété, même à raison du dol qu'il aurait commis à l'occasion d'un contrat, quand le dol est antérieur à l'affranchissement. Cependant, bien que l'esclave qui avait reçu un dépôt, ne soit pas passible, après son affranchissement, de l'action *depositi* (l. 1, § 18, D. *Depos.*), il en était autrement, s'il se trouvait alors en possession de l'objet déposé (l. 21, § 1, *eod. tit.*). Il y avait, en ce cas, de la part d'un homme libre, le fait du nantissement, qui sert de cause à l'obligation du dépositaire.

clave, la liberté était toujours un accident assez incertain ; il arrivait d'ailleurs à l'état d'homme libre sans aucune ressource. On ne voulait pas le grever trop lourdement de son passé ; on jugeait que c'était assez de lui imposer, à titre d'obligations naturelles, les conséquences des contrats qu'il avait faits *in servitute*.

La règle générale, d'après laquelle un esclave était incapable d'une obligation civile, n'était même pas abandonnée, quand l'obligation avait pour but l'obtention de la liberté. Aussi plusieurs textes (l. 7, pr. et § 2, D. *De oper. libert.*, l. 44. pr. D. *De liber. caus.*) énoncent-ils comme condition de la validité de l'engagement à des *operæ*, exigée ordinairement de celui qu'on affranchissait, que la *jurata promissio* soit faite postérieurement à la *manumissio*. Il était seulement d'usage, nous apprend Vénuleius, *Dict.* l. 44, de faire prêter aussi un serment avant l'affranchissement, afin de créer durant l'esclavage un lien religieux. Nous voyons cependant que, malgré ces scrupules, on ne permettait pas à l'affranchi de se jouer des engagements qu'il avait pris durant l'esclavage, en vue d'obtenir sa liberté. Ulpien, dans la loi 7, § 8, D. *De dol. mal.*, suppose qu'un esclave, pour se faire affranchir, a promis quelque chose à son maître, et qu'il a fourni l'engagement d'un tiers, à la charge de transférer cette obligation sur sa tête, quand une fois il serait libre. S'il manque à sa parole, il sera tenu de l'action de dol soit envers l'*expromissor*, soit envers le patron, en cas d'insolvabilité de l'*expromissor*. Plus tard, une constitution d'Alexandre, la loi 3, C. *An servus pro suo*, autorise, pour une hypothèse analogue, une action *in factum*, que M. de Savigny (1) considère comme étant

(1) *Traité de Droit romain, append.* IV, *in fine.*

l'action *præscriptis verbis*, de sorte qu'on écartait, dit-il, cette circonstance que le contrat *facio ut des* avait été passé pendant la durée de l'esclavage.

Nous avons vu que la capacité de l'esclave, en matière de contrats, se bornait à des obligations naturelles. Mais, à côté de cette capacité propre à l'esclave, il pouvait recevoir de son maître l'aptitude à faire naître en contractant des obligations pourvues d'action : c'est ce qui arrivait lorsque le maître avait constitué à son esclave une espèce de patrimoine distinct, qui prenait le nom de pécule. D'après les principes du droit prétorien, ceux qui contractaient avec un esclave muni d'un pécule acquéraient une action contre le maître, qu'ils pouvaient faire condamner jusqu'à concurrence des forces du pécule. Remarquons toutefois qu'en pareil cas, l'esclave jouait deux rôles bien distincts : il n'était pas uniquement le gérant d'une portion des biens du maître, avec mandat de l'engager dans une certaine limite; sa personnalité ne se trouvait pas effacée par cette circonstance que le maître était intéressé au contrat. Le créancier avait deux débiteurs, d'une part, le maître, qui pouvait être poursuivi *de peculio*, d'autre part, l'esclave, à l'égard duquel il n'existait qu'une obligation naturelle. Ces deux dettes, loin de s'identifier et de se confondre, avaient chacune leur destinée distincte, de telle sorte que les événements qui modifiaient ou éteignaient l'une d'elles restaient sans influence quant à l'autre.

Nous trouvons une première application de cette séparation dans un texte de Papinien, dans la loi 50, § 2, D. *De pecul.* (no XXIV). Bien que l'action *de peculio* ait été intentée contre le maître, l'obligation qui réside en la per-

sonne de l'esclave est néanmoins, dit le jurisconsulte, susceptible de fidéjussion ; *fidejussor pro servo accipi potest*. La *litiscontestatio* avec le maître ne met pas plus obstacle à la fidéjussion de la dette de l'esclave qu'elle ne s'opposerait à un payement, que l'esclave peut faire après l'exercice de l'action *de peculio* comme auparavant (1). Le motif en est que l'obligation naturelle contractée par l'esclave n'a pas été atteinte par l'espèce de novation qui, en droit romain, était attachée à la *litiscontestatio*. Cette novation n'a affecté que la créance *de peculio*, dont se sépare nettement la créance contre l'esclave, pour laquelle on doit dire qu'elle n'a pas été *in litem translata*. La loi 84, D. *De solut.*, qui appartient à Proculus, confirme la même doctrine de la diversité des deux dettes, en décidant que les fidéjusseurs, qui ont cautionné l'esclave, ne peuvent se prétendre libérés par cette circonstance que l'action *de peculio* a été intentée contre le maître : ils sont intervenus pour un autre *reus*, dont l'obligation n'est pas la même que celle du maître (2).

On a quelque peine à s'expliquer comment les Romains, tout en admettant que l'esclave s'oblige naturellement, écartaient cependant l'idée d'une novation, quand un esclave s'était porté *expromissor* en vue de libérer quelqu'un; car, la novation, on le sait, n'exige autre chose que la formation d'une obligation naturelle. Sans

---

(1) Papinien suppose que c'est après son affranchissement que l'esclave a payé. Il refuse, en effet, la répétition à l'esclave qui a payé · *repetere non potest*. Or, le droit pour celui-ci de prétendre à une répétition ne se conçoit qu'autant que le payement a été fait quand il n'était plus esclave.

(2) Voyez dans le même sens la loi 35, D. *De fidej.*

doute, il y eut des hésitations sur ce point, et nous savons aujourd'hui par Gaius, III-178, que Servius Sulpicius n'était pas de cet avis. Mais le même auteur constate que l'opinion de Servius fut repoussée; et la doctrine exposée par Gaius, III-176, a été consacrée par les rédacteurs des Institutes, au § 3 *Quib. mod. oblig.*, qui établit un contraste frappant quant aux effets de l'intervention à titre d'*expromissor*, suivant qu'elle émane d'un esclave, ou d'un pupille agissant sans l'*auctoritas tutoris*.

Quelques personnes estiment que l'esclave n'avait la faculté de s'engager naturellement qu'autant qu'il recourait à un contrat de pur droit naturel, tel qu'était, par exemple, le *mutuum*, mais que, sous peine de faire une chose absolument inutile, il devait s'abstenir de participer de son propre chef à un contrat, dont les formes étaient réglées par le droit civil, notamment à la stipulation, dont il n'avait l'accès, comme le disent les Institutes, que *ex persona domini*. Par conséquent, il aurait fallu qu'il s'en tînt au rôle de stipulant; et s'il voulait promettre, sa promesse était entièrement non avenue.

A notre avis, c'est pousser trop loin le rigorisme. Il est déjà assez peu raisonnable que la stipulation, considérée, à part la formule : *spondeo*, comme étant *juris gentium*, et ouverte à ce titre aux *peregrini*, n'eût pas pour résultat d'engager *verbis* l'esclave qui aurait répondu à une interrogation; mais il ne faut pas aller jusqu'à dénier, en pareil cas, l'existence d'une obligation naturelle. On ne peut douter que l'esclave, qui aurait usé de la stipulation pour se constituer débiteur, ne fît naître de la sorte une obligation naturelle, puisque

la loi 56, § 1, D. *De fidej*, est formelle pour admettre la validité d'une fidéjussion, quand le maître a *stipulé* de son esclave. Nous voyons également, dans la loi 8, § 4, D. *De acceptil.*, qu'après avoir dit qu'un fils de famille civilement obligé par une *promesse* peut se faire libérer au moyen d'une acceptilation, Ulpien étend la même décision à l'esclave, ce qui suppose bien que de sa part aussi une *promesse* avait donné lieu à une obligation. D'un autre côté, Théophile, dans sa paraphrase des *Institutes*, est positif pour reconnaître que l'intervention d'un esclave qui se rend *expromissor*, engendre une obligation naturelle : toute la question se réduit à savoir pourquoi cette obligation naturelle reste impuissante à opérer une novation.

On a dit encore que l'intercession était une opération complétement interdite à l'esclave ; qu'il y aurait là une sorte de bon office, qui ne pouvait appartenir qu'à un homme libre, et dont un esclave ne devait pas se mêler. C'est pourquoi, ajoute-t-on, l'esclave, eût-il un pécule, ne pouvait se porter fidéjusseur qu'à la condition de faire ainsi un acte avantageux à son pécule, par exemple, s'il intervenait pour un de ses créanciers, vis à vis duquel il se serait ainsi dégagé (1). Hors de là, il y avait nullité radicale de la fidéjussion, principe dont on trouve des applications dans les lois 19 et 20, D. *De fidej*. Le fils de famille, au contraire, en qualité d'homme libre, avait toute latitude pour compromettre son pécule au moyen d'une fidéjussion, qui n'aurait été de sa part qu'un service désintéressé. Cette

(1) L. 3, §§ 5 et 6, l. 47, § 1, D. *De pecul.*

différence entre les droits de l'esclave et du fils de famille pourvus d'un pécule, est formellement indiquée dans la loi 3, § 9, D. *De pecul.*

La distinction qui précède sert de base à une décision de Gaius, qui fait l'objet de la loi 30. § 1, D. *De pact.* (n° XXV). Dans le cas où un créancier aurait stipulé d'un esclave ce qui lui était dû par un tiers, ce jurisconsulte, d'accord avec Julien, autorise ou refuse au profit du débiteur l'exception *pacti conventi*, suivant que l'esclave avait ou non une *justa causa* pour faire l'expromission, c'est-à-dire, suivant que l'opération était ou non une dépendance de la gestion de son pécule. Toutefois, même en supposant que l'esclave ait agi *ex causa peculiari*, Gaius se borne à concéder une exception; il n'admet pas que l'ancienne dette soit éteinte *ipso jure*. L'absence d'une novation directe tient sans doute à ce motif que, si l'esclave, grâce à la concession d'un pécule, est apte à faire une promesse valable, cette capacité ne lui appartient que *jure Prætorio*. Aux yeux du droit civil, l'esclave, avec un pécule ou sans pécule, n'est pas une personne qui puisse promettre. L'ancienne obligation subsiste donc *jure civili;* et ce n'est qu'au moyen d'une exception que la prétention du créancier sera repoussée (1).

---

(1) Gaius ajoute que le créancier qui aurait stipulé d'un esclave, quand il croyait traiter avec un homme libre, conserverait sans aucune restriction ses droits contre le débiteur originaire. En laissant de côté la question générale de l'influence que l'erreur peut exercer sur une stipulation, nous ferons observer que cette solution est conforme au principe d'après lequel le créancier, en recevant un nouveau débiteur, ne perdait l'ancien débiteur qu'autant qu'il avait agi *animo novandi*. Or, les conséquences de la stipulation étant subordonnées ici à l'*animus* du stipulant, on doit dire que le créancier n'a eu l'intention de renoncer à

Cette restriction, au point de vue de l'*intercessio*, quant aux pouvoirs conférés à l'esclave par la constitution d'un pécule, est exacte sans doute. Il est vrai que l'esclave n'est pas autorisé, comme l'est un fils de famille, à compromettre son pécule au moyen d'une *intercessio*, qui ne serait qu'un acte de pure bienveillance. Mais il ne faut pas en conclure que la promesse de l'esclave soit dépourvue de tout effet. Rappelons-nous que l'esclave, muni d'un pécule, joue un double rôle. Il est le gérant du patrimoine qui lui a été confié, et comme tel il a fait un acte inutile, en se permettant une *expromissio*, qui était étrangère à l'administration de ce patrimoine. Les intérêts du maître ne seront pas lésés, parce que son préposé a excédé les pouvoirs qui lui avaient été donnés. A cet égard, l'*expromissio* reste inoffensive; mais l'esclave, nous le savons, n'est pas dépouillé par la concession d'un pécule de l'aptitude à s'obliger naturellement. Il conserve toujours la capacité de s'engager de la sorte; et nous croyons qu'en répondant à une interrogation, il met en jeu la capacité restreinte qui lui appartient pour son propre compte. Seulement, s'il est obligé, ce n'est pas à raison de la forme qu'il a employée, et avec les effets que cette forme est destinée à produire. La *promesse* vaut sans doute, mais non pas à titre d'obligation *verbis;* elle vaut, parce qu'elle est une manière d'exprimer le consentement à s'obliger. En un mot, il y a une convention, à laquelle la solennité de la stipulation n'ajoute rien de la force que cette solennité donne à la volonté des parties, mais

---

son droit primitif qu'en échange d'une obligation absolue que lui aurait fournie l'intervention d'une personne libre.

à laquelle aussi elle n'enlève rien de l'efficacité accordée à une simple convention. Oui, il n'y a point de contrat *verbis;* et s'il s'agit d'une conséquence qui ne peut être produite qu'à l'aide d'un contrat *verbis,* il faut y renoncer. C'est en ce sens que Gaius, III, 176, nous dit qu'il n'y a pas de promettant, *proinde ac si a nullo stipulatus fuissem.* Mais il y a du moins, avec l'emploi d'une forme, qui n'est qu'un luxe dans l'espèce, un être intelligent, qui consent à devenir débiteur; et ce consentement, qui ne fait pas défaut, suffit à constituer l'obligation naturelle. Ainsi nous dirons que la novation ne se réalise pas, parce qu'elle exige, comme nous l'avons vu, un contrat *verbis,* lequel n'existe pas ici. C'est pour la même raison, l'absence d'un contrat *verbis,* que l'engagement de payer, fourni par la voie d'un constitut, c'est-à-dire *solo consensu,* n'entraînait pas novation.

Nous comprenons, en conséquence, comment, si le maître a stipulé de son esclave, il acquiert une créance naturelle, que peut corroborer une fidéjussion. La forme de la stipulation était surabondante; mais on peut dire à cette occasion : *quod abundat non vitiat.* Nous comprenons aussi pourquoi le procédé de l'acceptilation peut s'appliquer aux dettes des esclaves. Comme il n'y a qu'une obligation naturelle, un simple pacte de remise suffirait sans doute pour éteindre la dette, suivant la règle posée dans la loi 95, § 4, D. *De sol.* (n° VI). Mais l'acceptilation, pour être appliquée mal à propos, n'en a pas moins la force d'un pacte de remise, l. 8, pr. D. *De acceptil.* (1).

(1) Si la solemnité de l'acceptilation est inutile pour libérer l'esclave, qui n'est que débiteur naturel, elle n'était pas indifférente pour libérer

La loi 56, D. *De pecul.* (n° XXVI), nous paraît propre à mettre en relief la manière dont les Romains entendaient l'*expromissio* de la part d'un esclave. Paul suppose qu'un esclave s'est engagé par promesse *(mihi expromisit)* vis-à-vis de son maître à lui payer ce qu'un tiers lui devait. Il décide que cette promesse autorisera le maître à déduire du pécule le montant de la dette, et que néanmoins il continuera, s'il le veut, à être comme auparavant créancier de ce tiers. Remarquons bien que, dans l'espèce prévue par Paul, l'esclave en se portant *expromissor*, n'a pas fait les affaires de son pécule. Il ne devait rien à ce tiers, et il n'a pas eu pour but de se libérer envers lui; car le jurisconsulte ajoute que, si le maître use du droit de déduction, il fera entrer dans le pécule de l'esclave une créance contre ce tiers, qui par conséquent n'était pas créancier du pécule de l'esclave, puisqu'il sera constitué débiteur à raison du bénéfice qu'il retire de l'expromission.

Dans ces circonstances, si l'esclave s'était rendu *expromissor* envers un étranger, le pécule serait resté intact. Le créancier eût été réduit à une obligation naturelle contre l'esclave, qui ne lui aurait pas procuré l'action

---

le maître, quant aux actions prétoriennes auxquelles il pouvait être soumis. Sous le rapport du pécule, l'esclave, aux yeux du Préteur, exerçait, même au point de vue passif, la *persona domini*; il était autorisé à user de la formule : *Spondeo*. Venuleius, l. 12, § 1, *De duob. re.*, s'exprime ainsi: *quanquam si servus* SPOPONDERIT, *in actione de peculio eadem observari debent, ac si liber fuisset.* Quand l'esclave pourvu d'un pécule s'était engagé par la forme du contrat *verbis*, il était donc intéressant pour le maître que le créancier eût fait une acceptilation. Aussi Ulpien, qui prévoit, dans la loi 8, § 4, D. *De acceptil.*, une acceptilation obtenue par un esclave, après avoir admis la libération de l'esclave, ajoute-t-il : *et tolluntur etiam honorariæ obligationes, si quæ sunt adversus dominum.*

de peculio. A l'égard du maître, au contraire, la promesse de l'esclave est efficace, parce qu'il n'a pas besoin d'une action pour se faire payer. Entre lui et son esclave, il n'y a pas à distinguer des obligations avec ou sans action : elles sont toutes naturelles ; mais en même temps elles autorisent toutes le maître à prélever sur le pécule ce qui lui est dû par l'esclave. La promesse obtenue de l'esclave n'est pas sans utilité pour le maître ; elle lui sera fort avantageuse, s'il n'avait qu'un débiteur insolvable, et elle nuira en même temps aux créanciers du pécule, qui ne pourront plus se faire tenir compte que d'un pécule amoindri, le maître ayant le droit de prendre d'abord ce dont il est créancier. Il est clair que ce résultat ne serait pas possible, si l'*expromissio* de l'esclave ne faisait naître aucun droit au profit du bénéficiaire de cette expromission. Dans notre hypothèse, l'obligation naturelle sort à effet, parce que le maître, à raison de sa position, peut tirer parti de cette obligation naturelle, indépendamment de la ressource d'une action. Néanmoins, il reste toujours vrai que l'intervention de l'esclave n'opère point novation. Notre texte nous dit, en effet, que le débiteur primitif continue à être obligé ; *et a debitore nihilominus debetur.*

En résumé, si l'esclave qui promet n'a pas, comme le dit Théophile, une *persona,* cela n'est exact que de la *persona* apte à s'obliger *verbis*. Malgré les dissentiments de quelques jurisconsultes, l'opinion qui prévalut fut donc qu'il fallait placer l'esclave bien au-dessous du *peregrinus*, même pour les contrats qui étaient *juris gentium*. Pour le *peregrinus*, on distinguait s'il s'était servi de la formule : *spondeo*, ou de toute autre formule. Dans

le premier cas seulement, le contrat *verbis* faisait défaut. Quant à l'esclave, il n'y avait pas de distinction à faire, et jamais à son égard, il n'y avait de contrat *verbis*, quelle que fût la formule. Cette idée est indiquée par Gaius, à la fin du § 179, où il place sur la même ligne l'esclave faisant une *promesse* en termes quelconques et le *peregrinus* qui emploierait le verbe *spondeo*. Dans l'une et l'autre hypothèse, il n'y aura pas de contrat *verbis*, et par suite il n'y aura pas de novation (1). Ceci n'exclut pas cependant l'obligation naturelle de la part de l'esclave qui aurait fait une *expromissio*. Nous avons vu, en commentant la loi 56, que cette *expromissio* n'était pas sans valeur. Nous pensons aussi que si l'esclave avait payé après son affranchissement, il n'y aurait pas lieu à une *condictio indebiti*.

Occupons-nous maintenant de déterminer les effets que la législation romaine attachait aux obligations naturelles de l'esclave. Parmi ces effets, il ne nous semble pas régulier de faire entrer la possibilité qu'a le maître de déduire du pécule de l'esclave le montant des obligations contractées à son égard. Sous le rapport du pécule, l'esclave n'agit pas *proprio nomine;* il n'est que le gérant du maître, ce qui n'empêche pas toutefois d'ouvrir un compte entre le patrimoine particulier de l'esclave, le pécule, et le patri-

(1) Quand Gaius nous dit, III-119, qu'il est douteux qu'un *sponsor* ou un *fidepromissor* puisse accéder à l'obligation de l'esclave *qui spopondit*, ce doute se conçoit parfaitement, puisque la *sponsio* et la *fidepromissio* ne pouvaient s'adapter qu'à une obligation *verbis*, dont l'esclave est incapable. La fidéjussion, au contraire, qui n'exige pas une obligation *verbis*, était parfaitement admise quant aux obligations de l'esclave résultant d'une *promesse* ou d'une autre cause.

moine général du maître. D'après le droit prétorien, l'esclave pourvu d'un pécule a une *persona*, dont les contrats autorisent l'exercice d'une action, sauf que la condamnation a pour bornes le *quantum* du pécule. Il y a donc plus qu'une obligation naturelle, puisqu'il y a action. Cette ressource de l'action apparaît en réalité toutes les fois qu'elle est possible, c'est-à-dire quand l'obligation existe au profit d'un tiers, qui peut attaquer le maître *de peculio*. Sans doute, à l'égard des créances du maître, la voie de l'action fait défaut, comme étant impraticable ; mais en définitive le résultat est le même que si le maître avait agi. C'est ce que les Romains exprimaient en disant : *prævenisse dominus, et cum servo suo egisse creditur*, l. 9, § 2, D. *De pecul.* Cette déduction à opérer sur le pécule, qui se trouve ainsi diminué *ipso jure* par certaines dettes, n'est pas du reste un privilége borné aux créances du maître ; elle a plus de portée, et peut s'exercer même au préjudice de ce dernier. La même idée s'appliquait, en effet, aux créances appartenant à des individus, qui se trouvaient dans un rapport tel avec le maître que leurs actions dussent être intentées par celui-ci, par exemple, quand il était le tuteur, le curateur, le gérant d'affaires du créancier, l. 9, § 4, D. *De pecul.* En pareil cas, comme la déduction avait lieu de plein droit, elle profitait à la créance la plus ancienne, de sorte que si la créance du maître était postérieure à celle de son pupille, c'était le maître qui éprouvait une perte, en supposant que le pécule fût insuffisant pour couvrir les deux dettes. Mais tout ce qui concerne l'affectation du pécule aux dettes que l'esclave a contractées reste étranger à l'obligation naturelle, qui seule intéresse en réalité l'esclave. Que le pécule soit le gage des créanciers, suivant

telles ou telles règles, c'est l'affaire du maître, qui profite ou souffre de la manière dont a été géré ce patrimoine séparé, auquel l'esclave n'a même pas droit quand il est affranchi. Aussi, avons-nous vu, en expliquant la loi 50, § 2, *De pecul.* (n° XXIV), que l'obligation *de peculio*, qui regarde le maître, était indépendante de l'obligation naturelle propre à l'esclave. Celle-ci existe, qu'il y ait ou non un pécule. Quant aux effets dont elle est susceptible, il faut distinguer ceux qu'elle produit à l'égard des tiers, et ceux qui ont trait à l'esclave lui-même.

Sous le premier rapport, il est indifférent que le débiteur naturel soit encore esclave ou qu'il ait acquis sa liberté. Nous savons déjà qu'un fidéjusseur peut valablement intervenir pour la dette d'un esclave, qu'il ait contracté avec son maître ou avec tout autre, comme le font observer les rédacteurs des Institutes, § 1, *De fidej.* (1). Cette validité de la fidéjussion se maintient, même dans le cas où l'esclave, devenu libre, aurait été institué héritier par celui qui s'était porté fidéjusseur. C'est ce que décide Africain, dans la loi 21, § 2, D. *De fidej.* (n° XXVII), *versic.* : *quod si hic* (2). On n'appliquera

---

(1) Quand c'est le maître qui reçoit un fidéjusseur, rien n'empêche, dit Gaius, l. 70, § 3 D. *De fidej.*, que l'interrogation soit faite par l'esclave même, qui est le débiteur naturel. Cette qualité s'efface complétement, pour ne laisser place qu'à la *persona domini*, dont l'esclave est le représentant, alors qu'il stipule.

(2) La première partie du texte suppose qu'un esclave, ayant emprunté de l'argent *in servitute*, a contracté après son affranchissement une fidéjussion pour cette dette. Cette fidéjussion sera efficace ou non, suivant qu'elle se référera à l'obligation dont le maître est tenu *de peculio intra annum*, ou qu'elle aura trait à l'obligation naturelle, pour laquelle le fidéjusseur joue déjà le rôle de *reus*.

pas ici la règle, suivant laquelle deux obligations, dont l'une est principale et l'autre accessoire, ne peuvent pas subsister sur la même tête, ce qui entraîne par voie de confusion l'extinction de l'obligation accessoire, de celle du fidéjusseur (1). Cela n'est vrai qu'autant que l'obligation du *reus* est elle-même une obligation civile, *plenior*, dit Papinien, l. 95, § 3, D. *De solut.* La même doctrine est énoncée dans notre texte, qui repousse la confusion, parce qu'on ne rencontre pas ici une double obligation civile à la charge de la même personne (2). L'affranchi, en qualité d'héritier, sera donc tenu civilement; mais il n'en restera pas moins, comme auparavant, débiteur naturel *proprio nomine*. Cette persistance de l'obligation naturelle n'est pas sans utilité, fait observer le jurisconsulte; car, si l'obligation civile (*ex fidejussoria causa*) venait à s'éteindre, le paiement que ferait l'affranchi ne lui donnerait pas le droit de répétition, puisqu'il était toujours tenu naturellement.

Quelle est la cause qui, dans la pensée d'Africain, pouvait amener l'extinction de l'obligation civile? Cujas (3) répond à cette question, en disant qu'il s'agit d'une fidéjussion restreinte quant à sa durée et contractée seulement *ad tempus*. Mais, en droit romain, non-seulement la fidéjussion était perpétuelle de sa nature,

---

(1) L. 5 pr. et l. 14, D. *De fidej.*, l. 95, § 2 *De solut.*

(2) Cette dualité d'obligations civiles n'entraînait cependant extinction qu'autant qu'elles n'étaient pas l'une et l'autre *ejusdem potestatis*, comme le dit Julien, l. 5 pr. D. *De fidej.* Ainsi le *reus*, qui succédait à son *correus*, se trouvait tenu *ex duabus causis*. Les deux obligations étant parfaitement égales, il n'y avait, disait-on, aucune raison pour supprimer l'une plutôt que l'autre.

(3) *Tractact. VII ad Afric.*, t. 1, c. 1118.

bien plus, elle ne pouvait, au moyen de l'addition d'un terme résolutif, perdre sa force obligatoire par l'effet de l'expiration d'un délai, suivant la règle énoncée, à l'occasion des stipulations, § 3 Instit. *De verb. oblig.* : *ad tempus deberi non potest.* Sans doute, si le créancier qui a stipulé *ad diem* veut agir après le terme fixé, il sera repoussé au moyen de l'exception *pacti*, ce qui, en définitive, ne laisse au créancier qu'un droit sans valeur. Nous ne pouvons croire toutefois qu'Africain ait songé à cette hypothèse, que repoussent les expressions dont il se sert (*si obligatio civilis pereat*). C'est justement le contraire qu'il faut dire à l'égard d'une fidéjussion limitée *ad tempus*. Le délai expiré, il continue à y avoir une *obligatio civilis*, dont les effets ne peuvent être conjurés que par les remèdes du droit prétorien.

Depuis la découverte des commentaires originaux de Gaïus, la solution du problème est devenue, paraît-il au premier abord, assez facile. Nous savons, en effet, qu'indépendamment des fidéjusseurs l'ancien droit romain connaissait deux sortes d'*adpromissores*, les *sponsores* et les *fidepromissores*, dont l'obligation présentait cette singularité qu'elle s'éteignait *ipso jure* au bout de deux ans, grâce à une loi formelle, la loi Furia, dont l'application cependant était restreinte à l'Italie, Gai. III-121. Dès lors, rien de plus simple, a-t-on dit, que de se rendre compte de la décision d'Africain. Le jurisconsulte supposait que la dette de l'esclave avait été l'objet d'une *sponsio* ou d'une *fidepromissio*, et non d'une *fidejussio* ; seulement les compilateurs ont ici, comme dans beaucoup d'autres textes (1), effacé la mention d'une sorte

(1) Voyez, par exemple, la loi 29, § 6, D. *De fidej.*

d'*adpromissio* tombée de leur temps en désuétude.—Cette explication, à notre gré, est fort hasardée. La *sponsio*, effectivement, de même que la *fidepromissio*, n'était possible qu'autant que le *reus* s'était engagé *verbis*, Gai. III-119. Dans l'espèce, Africain ne mentionne autre chose qu'un contrat *re*, un *mutuum* conclu par l'esclave. Il est vrai qu'ordinairement le prêteur exigeait une obligation *verbis* de la part de l'emprunteur; mais comme il s'agit ici d'un débiteur esclave, à l'égard duquel l'opinion qui avait prévalu était, nous l'avons vu, l'incapacité de se lier au moyen du contrat *verbis*, il faut, pour être conséquent, repousser cette interprétation, à moins d'admettre qu'Africain ne fût au nombre de ceux qui pensaient que pour un esclave, qui aurait promis en employant la formule : *spondeo*, l'accession d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor* était possible, ce qui était enseigné par quelques esprits, suivant le témoignage de Gaïus, III-119.

Nous croyons plus légitime de supposer qu'Africain faisait allusion aux cas où l'obligation civile pouvait disparaître par un vice de procédure, tout en laissant subsister l'obligation naturelle. C'est ce qui arrivait, notamment, quand il y avait plus pétition, ou péremption de l'instance (1). On ne peut objecter qu'en pareil cas la validité du payement pourrait s'expliquer par le maintien de l'*obligatio fidejussoria* en qualité d'obligation naturelle. Désormais, en effet, la confusion a dû éteindre l'obligation accessoire, qui repose sur la même tête que l'obligation principale. Les deux obligations ayant l'une et l'autre la même vertu, rien ne fait plus obstacle à la

---

(1) Nous aurons à nous occuper de ces points dans la 2e partie de notre travail.

confusion, qui entraîne l'anéantissement de la fidéjussion, toutes les fois qu'une personne se trouve tenue de la même manière, en qualité de fidéjusseur et de débiteur principal. Si l'affranchi a payé valablement, c'est comme débiteur naturel, *proprio nomine*, et non comme héritier du fidéjusseur.

Enfin, dans le cas où la réunion sur la même tête des qualités de fidéjusseur et de débiteur principal se produirait d'une autre manière, parce que le fidéjusseur aurait succédé à l'affranchi, Africain admet encore le même résultat, c'est-à-dire le maintien des deux obligations. Il écarte, par conséquent, ainsi que le font les rédacteurs des Institutes, § 14, *De legat.*, l'application de cette idée qu'une obligation serait éteinte, quand elle est *deducta in eam causam a qua incipere non poterat*.

Par analogie de ce qui est décidé quant à la fidéjussion, il faut reconnaître l'efficacité d'une expromission relativement à la dette naturelle d'un esclave. En pareil cas, la novation s'opérera sans difficulté. Le tiers qui intervient pour libérer l'esclave est, en effet, capable de se lier par un contrat *verbis*. D'un autre côté, la novation est applicable à une dette même naturelle, de quelque façon qu'elle ait été créée; et ce n'est qu'à l'égard de la dette nouvelle que doit se rencontrer la condition de l'obligation formée *verbis*.

Nous en dirons autant pour un constitut ou une hypothèque qui émaneraient d'un tiers en vue de la dette d'un esclave. Chacun de ces actes est possible, en règle générale, pour une obligation naturelle; et, en ce qui concerne l'hypothèque, sa validité, dans le cas qui nous occupe, est énoncée par la loi 13, pr. D. *De cond. indeb.* (N° XXVIII). Enfin, si quelqu'un vient payer pour un

esclave la dette de ce dernier, il n'y aura pas lieu à répétition, suivant la même loi. Toutes les fois, en effet, qu'il y a dette, fût-elle simplement naturelle, le payement est possible de la part de toute personne qui entend libérer le débiteur. La fidéjussion, l'expromission, le constitut, l'hypothèque, dont nous avons reconnu la validité, ne sont que des moyens d'amener un payement ultérieur, peu importe que le but final soit atteint immédiatement, ou à la suite de l'une ou l'autre des voies qui doivent en dernier résultat aboutir à un payement.

Si nous considérons maintenant les effets de l'obligation naturelle au point de vue de l'esclave qui s'est engagé par un contrat, ces effets n'apparaissent pleinement que du jour où l'esclave est devenu libre. Seulement s'il est pourvu d'un pécule, et qu'en outre il ait reçu du maître la *libera administratio* de ce pécule (1), il pourra, comme l'indique la loi 13, pr. D. *De cond. ind.* (n° XXVIII), disposer des valeurs de ce pécule pour désintéresser le créancier. Ce payement, remarquons-le bien, n'aura pas uniquement pour résultat d'éteindre l'action *de peculio;* il anéantira en même temps l'obligation naturelle de l'esclave, qui cependant, nous l'avons dit plus haut (2), survivrait à la litiscontestation engagée par le créancier avec le maître. C'est pourquoi

---

(1) Cette distinction, confirmée par d'autres textes, nous prouve que l'esclave, dans la gestion de son pécule, ne jouissait pas toujours des mêmes pouvoirs. C'est ainsi que les lois 20 et 21, D. *De jurej.*, font découler de la *libera administratio* non-seulement la faculté de recevoir le payement, mais encore celle de déférer le serment et d'opérer une novation.

(2) Voir page 165.

le jurisconsulte Proculus, dans la loi 84, *De solut.*, oppose au cas de l'exercice de l'action *de peculio* celui où l'esclave aurait payé en prenant sur son pécule, pour décider que dans la première hypothèse les fidéjusseurs de l'esclave continueront à être tenus, tandis qu'ils seront libérés dans la seconde hypothèse. L'esclave, en effet, ayant le droit, en principe, d'engager le pécule par ses dettes contractuelles, et la faculté de les payer, à condition d'une *libera administratio*, il ne peut plus y avoir d'obligation après le payement. — Une autre conséquence de la *libera administratio* sera d'autoriser l'esclave, tandis qu'il est *in servitute*, à grever d'une hypothèque un objet quelconque de son pécule au profit de l'un de ses créanciers, qui acquerra ainsi le droit à une action hypothécaire (1).

Mais, à défaut de pécule, ou même à défaut de la *libera administratio* du pécule, il n'y aura pendant la *servitus*, de la part de l'esclave, possibilité ni d'un payement, ni d'une hypothèque, puisqu'il ne peut disposer de rien. Une expromission ne saurait également être efficace, l'esclave étant incapable du contrat *verbis*. Tous ces actes, au contraire, et, en général, les effets de l'obligation naturelle à la charge du débiteur ne rencontreront plus d'obstacle après l'affranchissement.

En premier lieu, la validité du payement fait par l'af-

---

(1) La fin de la loi 13 (n° XXVIII), qui contient cette décision, parle d'une action *utilis pigneratitia*. Il ne s'agit pas ici de l'action *pigneratitia contraria*, c'est-à-dire de l'action personnelle donnée au créancier à la suite d'un contrat de gage. Paul fait allusion à l'action *pigneratitia in rem*, à l'action hypothécaire, qu'il appelle *utilis*, parce que l'action hypothécaire n'était que l'extension de l'action Servienne. Aussi est-elle qualifiée souvent *actio utilis Serviana*, ou *quasi Serviana*.

franchi, pour une dette qu'il avait contractée *in servitute*, nous est déjà apparue dans la loi 21, § 2, *De fidej.* (n° XXVII). La même solution est encore contenue dans la loi 13, pr. *De cond. ind.* (n° XXVIII) (1). Vainement l'esclave qui aurait emprunté à un étranger, passerait-il ensuite sous la puissance de son créancier, si la dette *ex delicto* s'évanouissait en pareil cas, il en était autrement de l'obligation *ex contractu*, et le payement opéré après l'affranchissement n'autoriserait pas une répétition, nous dit Pomponius, l. 83. *De solut.*

L'affranchi peut également faire une expromission relativement à la dette naturelle qui s'est formée *in servitute.* Ulpien, l. 19, § 4, *De donat.*, prévoit cette hypothèse, et enseigne qu'il faudra se garder de voir là une libéralité. Un pareil acte, par conséquent, fait par un affranchi insolvable, échapperait à la révocation par la voie de l'action Paulienne, de même qu'il ne pourrait être critiqué par le patron au moyen de l'action Favienne.

La garantie d'un constitut, de même que celle d'une hypothèque, qui sont possibles l'une et l'autre de la part du débiteur comme de la part d'un étranger, serait encore valablement fournie par l'affranchi pour sa dette

---

(1) Nous ferons observer que, pour donner un sens raisonnable au texte de Paul, il faut supposer que le jurisconsulte fait allusion à deux cas différents, d'abord à un payement fait après l'affranchissement, puis à un payement que ferait l'esclave ayant la libre administration de son pécule. Il est donc nécessaire de séparer les deux hypothèses, en répétant le mot : *vel*, malgré l'autorité du manuscrit de Florence, d'après lequel l'affranchi payerait sur son pécule. Quand le payement est postérieur à l'affranchissement, peu importe au moyen de quelles valeurs sera fait ce payement. D'ailleurs, si l'affranchi a reçu son pécule, il en a la libre disposition comme propriétaire; et il n'y a plus lieu, comme pour un esclave, à se préoccuper du point de savoir s'il y a ou non *libera administratio*.

naturelle, tandis qu'une fidéjussion devrait être écartée, d'après la règle suivant laquelle nul ne peut être son propre fidéjusseur.

Parmi les effets dont est susceptible, à la charge de l'affranchi, son obligation naturelle, le seul qui puisse faire doute est relatif à la compensation. M. de Savigny (1) admet d'une manière générale la compensation, en invoquant à titre de réciprocité la décision contenue dans la loi 20, § 2, *De statul.* (n° XXX), où l'expression *compensare* est employée en faveur de l'esclave dont le maître serait débiteur naturel de celui-ci. Mais nous verrons, en expliquant ce texte, qu'il n'y a pas là un exemple de compensation proprement dite, suivant les règles ordinaires de la procédure; et d'ailleurs ce qui serait admis en faveur de la liberté ne peut pas autoriser une induction *à contrario*, pour imposer d'une manière générale à l'affranchi, par voie de compensation, la charge des dettes qu'il a contractées *in servitute*.

Les seuls textes qui, à notre connaissance du moins, puissent fournir quelque élément pour la solution de cette question, sont les lois 18 et 19, pr. et § 1, D. *De neg. gest.* Ces textes supposent une gestion d'affaires entreprise pendant l'esclavage et continuée après l'affranchissement. Il semble bien résulter de la loi 19, pr., que dans l'opinion de Nératius, l'un des chefs de l'école Proculéienne, l'affranchi, poursuivi par l'action *negotiorum gestorum*, devrait être responsable des dettes antérieures à l'affranchissement, même au delà de la valeur du pécule, et cela par le motif qu'il serait débiteur naturellement. Mais Paul, dans le § 1 de la loi 19, en invoquant l'autorité de Scævola, paraît bien repousser cette opi-

(1) T. 1, § 10, p. 60.

nion, puisqu'il décide qu'alors même qu'il y aurait un dol commis par le gérant *in servitute*, il n'en sera pas responsable dans l'action *negotiorum gestorum*. Il s'agit ici cependant d'une action de bonne foi, dans laquelle l'*officium judicis* lui donnait autant de pouvoirs que ceux qui dans une action de droit strict étaient conférés au juge par l'effet de l'exception de dol.

Les Romains se seraient donc arrêtés à cette idée qu'il y aurait une barrière à établir entre l'état d'esclavage et celui de liberté; l'affranchi devait arriver à la vie civile, sans avoir, comme nous l'avons dit, à supporter malgré lui le poids des contrats qu'il avait faits à une époque où il ne pouvait tirer pour lui-même aucun profit de ces contrats. On lui permettait sans doute de reconnaître et de confirmer ces contrats; il n'aurait pu même revenir contre une exécution qu'il aurait faite par erreur, s'il avait payé, parce qu'il s'y croyait tenu. Mais nous serions porté à penser qu'il ne faut pas aller plus loin, et qu'il n'était pas obligé à payer, malgré lui, par voie de compensation, les dettes naturelles qui avaient pris naissance *in servitute*.

Pour être conséquent, il faudrait donc décider que si quelqu'un a payé la dette d'un esclave, non-seulement il n'aura point contre cet esclave affranchi l'action *negotiorum gestorum*, puisqu'il ne l'a pas libéré d'une action, mais encore que s'il devenait par la suite son débiteur, il ne pourrait lui objecter la compensation. Ici cependant l'exception de dol paraîtrait bien favorable. Ne serait-il pas aussi raisonnable d'admettre que le créancier naturel d'un esclave affranchi, qui deviendrait son héritier, pourrait, au regard des légataires, imputer sur le passif de l'hérédité le montant de sa créance, par analogie de ce

qui est décidé par Papinien, l. 95, § 2, *De solut.*, au profit de celui qui, sans l'*auctoritas tutoris*, a prêté de l'argent à un pupille dont il devient héritier?

2e point de vue. — Créances des esclaves.

Le rôle de créancier, appartenant à l'esclave même, est plus difficile à concevoir que le rôle de débiteur. Il est de règle, en effet, qu'un esclave acquiert tout à son maître (1), de telle sorte que si en contractant il fait naître une obligation à la charge de quelqu'un, le droit à la créance ne reste pas à l'esclave, mais passe au *dominus*, dont le patrimoine se trouve ainsi augmenté. Cette conséquence est tout aussi vraie pour les obligations naturelles que pour les obligations civiles. Un esclave, par exemple, aura prêté de l'argent à un fils de famille, contrairement au SCte Macédonien, ou à un pupille sans l'*auctoritas tutoris*, il n'y aura sans doute qu'une obligation naturelle, mais elle n'en doit pas moins profiter au maître.

Pour comprendre la possibilité d'une créance assise sur la tête de l'esclave, il faut supposer que la qualité de créancier, qui régulièrement appartient au maître, est incompatible avec la position prise par le maître, parce

(1) Les Romains entendaient avec une telle rigueur l'incapacité où était l'esclave de tirer parti des conventions qu'il avait passées *in servitute* qu'ils refusaient l'exception de pacte à l'esclave qui, institué sous condition par son maître, aurait, avant l'accomplissement de la condition, traité avec les créanciers héréditaires, lesquels auraient consenti à une remise : *quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem, quod in pacti exceptione admittendum est,* dit la loi 7, § 18, D. *De pact.* On arrivait cependant, au moyen de la concession de l'exception de dol, à faire observer la convention, comme l'indique le même texte, où l'on voit néanmoins que cette solution n'a été admise qu'après hésitation.

que c'est lui qui a accepté le rôle de débiteur. Il y a eu contrat entre l'esclave et le maître; ce dernier s'étant constitué débiteur, il ne peut prétendre au rôle de créancier. L'obligation civile fera défaut, à raison de la *potestas* de l'une des parties sur l'autre. Toutefois il y aura place à une obligation naturelle.

C'est à ce point de vue que se place M. de Savigny (1) pour expliquer comment Ulpien, dans la loi 14, *De oblig.* (nº XXIII), n'admettrait, à la suite des contrats faits par les esclaves, qu'une obligation naturelle, soit qu'ils deviennent débiteurs (*obligantur*), soit qu'ils deviennent créanciers (*obligant*). Aussi, quand le jurisconsulte, faisant immédiatement pour le dernier cas une application des conséquences de l'obligation naturelle, reconnaît la validité du paiement reçu après son affranchissement par l'esclave qui avait prêté de l'argent *in servitute*, M. de Savigny sous-entend qu'il s'agit d'un *mutuum* conclu entre le maître et l'esclave, et propose de lire ainsi le texte : *si servo* MEO.

Nous ne saurions approuver cette interprétation, qui, à nos yeux, a le défaut de restreindre dans des limites fort étroites une règle que le jurisconsulte semble poser d'une manière générale. Ulpien a l'intention d'indiquer en principe quelle est la capacité des esclaves. Il commence par s'occuper de leurs délits, à raison desquels une obligation civile est possible, obligation qui atteindra l'esclave lui même une fois libre. Ulpien songeait si peu aux rapports de l'esclave avec le maître qu'il fait même abstraction de ce point de vue, puisqu'il ne men-

(1) *Traité de droit romain*, t. II, append. IV, note *e*, p. 406 de la traduction de M. Guenoux.

tionne pas l'exception en vertu de laquelle un délit de l'esclave envers son maître ne faisait naître aucune obligation. Quand il passe aux conséquences des contrats des esclaves, Ulpien ne doit pas envisager ce sujet d'une manière moins large. S'agit-il de s'obliger par contrat pour un esclave, la portée de son engagement ne sera autre que celle d'une obligation naturelle, ce qui doit s'entendre des contrats avec les tiers comme de ceux avec le maître; et la première hypothèse est assurément la plus fréquente. S'agit il, au contraire, pour l'esclave de lier quelqu'un envers lui par un contrat, ici il faudra distinguer si le co-contractant est le maître ou un tiers. Dans le premier cas, il ne peut se former d'obligation civile, tandis qu'elle aura lieu dans le second cas, parce que l'esclave, en devenant créancier, a traité *ex personna domini*, et que le *dominus* est capable d'être créancier civilement.

Pourquoi donc Ulpien se sert-il de ces expressions : *naturaliter obligant?* Nous pensons, avec Cujas (1), qu'Ulpien veut seulement indiquer que les rapports de créancier et de débiteur s'établissent *en fait* entre l'esclave et le tiers contractant, ce qui permet à l'esclave de recevoir le payement, et autorise à le qualifier en quelque sorte et *naturellement* comme étant créancier. En pratique, l'esclave ne devait trouver occasion de contracter qu'autant qu'il avait un pécule, une espèce de patrimoine, et qu'il offrait ainsi quelque responsabilité. En outre, la *libera administratio*, par suite de laquelle l'esclave était apte à recevoir le payement, devait être la règle ordinaire. Les Romains avaient assez l'habitude de se

(1) T. VIII, c. 341, sur la loi 41, pr. D. *De pecul.*

débarrasser sur leurs esclaves du soin de leurs affaires. Ils le faisaient pour leur propre patrimoine, en constituant leurs esclaves *actores, dispensatores;* à plus forte raison pour le pécule, dans l'administration duquel ils s'épargnaient la peine d'intervenir. Aussi, disait-on que c'était l'esclave qui était débiteur ou qui était créancier, bien que ce fût là une manière de parler impropre, comme le fait observer Ulpien, l. 41, pr. *De pecul.* On ne faisait ainsi allusion, dit le jurisconsulte, qu'à un pur état de fait *(factum magis demonstramus)*. C'est ce rapport de fait qui, dans le langage du même Ulpien, le conduit à dire que l'esclave est *naturellement* créancier. De là cette conséquence que le payement est valablement fait entre les mains de l'esclave; et la validité du payement ne cesse pas après l'affranchissement, pourvu que le débiteur soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ignore l'affranchissement, ou même que, en étant instruit, il ignore que le pécule lui a été retiré. C'est ce que disent les lois 18 et 32 D. *De solut.*, d'où l'on peut induire qu'il était d'usage de laisser son pécule à l'esclave que l'on affranchissait entre vifs, puisque c'est en vertu d'une pareille présomption que le débiteur, qui a payé à l'esclave affranchi, se trouve dûment libéré.

En revenant à l'hypothèse où le maître joue le rôle de débiteur par rapport à son esclave, les conséquences de l'obligation se produiront immédiatement, et pendant l'état d'esclavage, au profit des tiers, qui acquerront ainsi une action *de peculio* plus avantageuse, parce que le pécule de l'esclave se grossira du montant de ce qui est dû par le maître, l. 7, § 6, D. *De pecul.*; *l.* 6, § 4, *De pecul. leg.* Mais, à l'égard de l'esclave, la qualité de

créancier n'apparaît point encore. Comme nous l'avons déjà fait observer, le sort du pécule est indifférent à celui qui reste esclave. Le maître en dispose à son gré; il le retire, dès qu'il le veut, *simul atque voluit, peculium servi desinit peculium esse*, l. 8, *De pecul.* Aussi savons-nous que pour la dette du maître vis-à-vis son esclave il ne peut être question d'une fidéjussion, l. 56, § 1, D. *De fidéj.* Nous en dirons autant du constitut, de l'expromission, de l'hypothèque. Toutes ces garanties ne peuvent se rattacher à la dette du maître, tant qu'il n'y aura pas un créancier qui soit indépendant du débiteur. La condition de l'esclave s'oppose à ce qu'il acquière pour son compte le bénéfice de ces différents actes. Il faut dire encore ici : *non solet ei proficere, si quid in servitute egit.*

Après l'affranchissement, les choses changeront de face. Désormais, comme pour le fils de famille émancipé, auquel son pécule a été laissé, nous aurons dans l'affranchi un sujet capable d'une obligation active, même vis-à-vis son ancien maître ou les héritiers de celui-ci. Il faut supposer toutefois qu'au cas d'un affranchissement entre vifs le pécule n'aura pas été retiré, ou qu'en cas d'affranchissement testamentaire le pécule a été l'objet d'un legs formel, suivant la distinction énoncée aux Institutes, § 20, *De legat.*

Le pécule, ainsi laissé à l'ancien esclave, lui appartient dans l'état où il se trouvait à l'époque de l'affranchissement, avec les créances qui en dépendaient, même à la charge du maître, et dont il aurait dû tenir compte sur l'action *de peculio.* Seulement il n'y a pas là une créance civile ; l'affranchi n'a pas la ressource d'une action pour se faire payer, ce qui fut décidé par un rescrit

de Sévère et Antonin rapporté aux Institutes, et que nous avons déjà eu occasion de citer. Mais au moins il existe une obligation naturelle, qui sera susceptible de servir de base à une fidéjussion, à un constitut, à une expromission, à une hypothèque, en un mot à toutes les garanties qui ne pouvaient prendre assiette pendant la durée de l'esclavage.

Le maître, qui était déclaré à l'abri de toute action à raison de ses dettes envers l'esclave, était-il exposé à subir la compensation, si plus tard il devenait créancier de son affranchi? Nous hésitons fort à admettre l'affirmative, en nous fondant sur ce que le maître ayant fait une libéralité à l'esclave, en lui laissant le pécule qu'il pouvait lui retirer, il serait peu convenable de retourner contre lui cette libéralité, de manière à lui imposer un payement malgré lui. Mais, si l'on suppose que le maître a fait un payement dont il pouvait se dispenser, le droit de répétition lui sera refusé; et cela, quand bien même il n'aurait agi que par erreur, et dans la pensée qu'il était obligé de payer. Telle est la décision de Tryphoninus, l. 64, *De cond. ind.* (n° XXIX), qui nous prouve que l'obligation naturelle du maître pouvait produire un effet indépendant de sa bonne volonté. Le motif donné par le jurisconsulte, c'est qu'il existerait un droit naturel, supérieur au *jus gentium*, d'après lequel l'esclave et le maître seraient deux sujets indépendants, entre lesquels un rapport d'obligation serait possible, bien que l'origine de ce rapport remonte à une époque où l'une des parties avait le *dominium* sur l'autre. C'est dans le même sens qu'Ulpien, l. 32, D. *De reg. jur.*, exprime cette proposition que, suivant le *ius naturale*,

tous les hommes sont égaux. Ce sont là de beaux sentiments sans doute ; mais il faut avouer que, dans la législation romaine, ce *jus naturale* tenait assez peu de place.

Il y avait un cas particulier, dans lequel l'esclave pouvait se prévaloir d'une créance contre son maître, de manière à contraindre ce dernier à l'exécution de son obligation. Un testateur a affranchi l'un de ses esclaves, à la condition de compter une certaine somme à l'héritier. Cet esclave est *statuliber*, suivant l'expression des Romains ; il ne deviendra libre qu'en accomplissant la condition ; jusque-là il est l'esclave de l'héritier, Ulp. *Reg.* tit. II, § 2. Mais il était admis que l'esclave affranchi de la sorte pouvait prendre sur son pécule pour payer le prix mis à sa liberté, l. 3, § 1, D. *De statulib.* ; et on allait même jusqu'à lui donner cette faculté, quoique son pécule ne lui eût pas été légué, *dict. l.* 3, § 2. Dès lors, quand un esclave doit payer 10 à l'héritier pour devenir libre, il est clair que si l'héritier, devant pareille somme au pécule, donnait à l'esclave ce qu'il doit, ce dernier pourrait à son tour satisfaire à la condition qui lui est imposée pour devenir libre. Il ne doit pas dépendre de l'héritier de faire obstacle à la réalisation de l'affranchissement, en mettant l'esclave hors d'état d'effectuer le payement prescrit par le testateur. Aussi, dans la loi 3, § 2, que nous avons citée, Ulpien décide-t-il, en invoquant l'opinion d'anciens jurisconsultes, que l'héritier refusant d'acquitter ce qu'il doit, il aura fait subir à l'esclave pour l'obtention de sa liberté une *mora*, qui ne doit pas nuire à celui-ci. C'est en conformité de cette doctrine que Paul, l. 20, § 2, *De statul.*

(n° XXX), admet l'esclave à se faire déclarer libre, en offrant de compenser les 10 qui lui sont dus par l'héritier avec une somme égale qu'il doit payer pour sa liberté. Malgré l'emploi de l'expression *compensare*, il n'y a pas là, on le voit, une véritable compensation par voie d'exception à une action. L'héritier, en effet, ne peut pas engager une action contre le *statuliber*, qui est son esclave. Le débat, comme tous ceux qui s'élevaient entre maîtres et esclaves, se passera *in jure*, devant le magistrat, auquel le *statuliber* recourra pour faire déclarer accomplie la condition mise à sa liberté.

Comme dernière conséquence des obligations existant entre le maître et l'esclave, au profit de ce dernier, nous signalerons la faculté accordée par Ulpien, l. 1, § 18, D. *De separat.* (n° XXXI), à l'esclave institué par son maître d'obtenir, au moyen de la *separatio bonorum*, le droit de conserver la créance qu'il a contre le testateur. Le jurisconsulte suppose un esclave affranchi (1) par le testament de son maître, et de plus institué héritier nécessaire. Cette précaution était souvent prise par un maître insolvable, qui se procurait ainsi un héritier à coup sûr, de manière à éviter l'infamie qui se fût attachée à sa mémoire, si, à défaut d'héritiers volontaires, les biens eussent été vendus sous le nom du défunt. L'affranchissement échappait en pareil cas aux critiques des créan-

(1) Au temps des jurisconsultes, il était admis en général que le maître, pour instituer valablement son esclave, devait avoir le soin de l'affranchir en même temps (Gai. II, §§ 186 et 187, Ulp. *Reg.* tit. XXII, § 12). Il y avait cependant des jurisconsultes dissidents, dont l'opinion a été consacrée par Justinien, qui a décidé que l'institution emporterait affranchissement tacite. Voyez la loi 5, C. *De necess. serv.*; Instit. pr. *De her. instit.*

ciers, grâce à une disposition formelle de la loi Ælia Sentia, Instit. liv. I, tit. VI, § 1. Le Préteur cependant venait au secours de l'affranchi, et lui permettait de dégager son avenir des conséquences de la qualité d'héritier qui lui était imposée. Sans doute cette qualité était maintenue, en ce qui concernait l'intérêt de la mémoire du maître. C'était sous le nom de l'affranchi que s'effectuait la *bonorum venditio;* et, suivant l'opinion peu équitable qui prévalut, comme nous l'apprend Gaïus, II, 154, on n'épargnait pas à l'affranchi l'*ignominia* attachée à cette *venditio*. Mais il pouvait du moins profiter de son indépendance, pour se créer un patrimoine à l'abri des poursuites des créanciers héréditaires, pourvu qu'il eût le soin de ne pas toucher aux biens du patron, condition formellement énoncée dans notre texte. L'affranchi, en s'adressant au Préteur, obtenait le bénéfice connu sous le nom de *separatio bonorum*. Ce bénéfice empêchait la confusion qu'amène en droit le fait de la succession entre les biens du défunt et ceux de l'héritier. Il restreignait le gage des créanciers aux biens dépendants de l'hérédité, et laissait libre aux mains de l'affranchi tout ce qu'il pouvait acquérir depuis qu'il était *sui juris*. Les effets de cette *separatio* s'étendaient aussi, ajoute Ulpien, aux créances de l'affranchi contre le testateur; elles continuaient à subsister; elles étaient également sauvées de la confusion, qui aurait dû résulter de cette circonstance que le créancier était l'héritier du débiteur.

Quelle peut être la créance à laquelle Ulpien fait allusion? C'est un point que nous ne trouvons expliqué dans aucun commentateur, et qui ne nous paraît pas sans difficulté. Nous ne pensons pas qu'il s'agisse d'une créance

dépendant du pécule. L'actif du pécule est en effet une portion du patrimoine du testateur, et doit, comme le reste des biens du maître, former le gage des créanciers. On ne peut songer à séparer le pécule de la masse héréditaire, au moyen d'un legs qui en aurait été fait à l'esclave institué. Celui-ci sera seul héritier, ce qui ne permet pas un *prælegatum*. Les créanciers ont d'ailleurs le droit d'invoquer la règle, d'après laquelle ils doivent être payés avant les légataires.

Pour trouver au profit de l'affranchi une créance qui échappe aux objections que nous venons d'indiquer, il faut, ce nous semble, supposer que la créance ne prend réellement naissance qu'après la mort du maître, bien qu'elle se rattache à un fait qui s'est passé du vivant du maître. C'est ce qui aura lieu, par exemple, dans le cas où le maître aurait recueilli comme héritier institué une succession grevée d'un legs conditionnel au profit de son esclave. Si les Proculéiens n'admettaient pas (Gai. II-244) qu'un pareil legs fût valable, l'opinion contraire des Sabiniens est celle qui a été généralement admise. La condition ne s'accomplit-elle qu'après la mort du maître, à une époque où le légataire est *sui juris*, le legs devra profiter à l'affranchi. Seulement, comme il est devenu l'héritier du débiteur du legs, ce n'est qu'au moyen de la *separatio* qu'il pourra en conserver le bénéfice, et concourir avec les créanciers héréditaires sur les valeurs qui seraient l'objet de la *bonorum venditio*.

TEXTES EXPLIQUÉS.

---

§ 2e, art. 3e. — Pupilles.

L. 5, *pr. D. De auctoritate et consensu*...XXVI-VIII.

ULPIANUS, libro XL, ad Edictum.

XXXII. Pupillus obligari tutori, eo auctore, non potest. Plane si plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, dicendum est, altero auctore, pupillum ei posse obligari; sive mutuam pecuniam ei det, sive stipuletur ab eo. Sed et cum solus sit tutor, mutuam pecuniam pupillo dederit, vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori. Naturaliter autem obligabitur in quantum locupletior factus est : nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem, in quantum locupletior factus est, dandam divus Pius rescripsit.

ULPIEN, sur l'Édit, livre 40e.

XXXII. Un pupille ne peut s'obliger envers son tuteur, avec l'*auctoritas* de celui-ci. Sans doute, s'il y a plusieurs tuteurs, et que l'*auctoritas* d'un seul suffise, le pupille pourra s'obliger envers l'un avec l'*auctoritas* de l'autre, soit qu'il ait reçu de l'argent en *mutuum*, soit qu'il ait répondu à une stipulation. Mais si le tuteur est seul, et qu'il ait prêté de l'argent au pupille ou stipulé de lui, le pupille ne sera pas obligé. Cependant il sera obligé naturellement jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi; car, dans cette limite, il y a action contre le pupille, non-seulement au profit du tuteur, mais encore au profit de qui que ce soit, suivant un rescrit d'Antonin le Pieux.

L. 41, *D. De condictione indebiti* (XII-VI).

NÉRATIUS, libro VI Membranarum.

XXXIII. Quod pupillus, sine tutoris auctoritate, stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, quia nec natura debet.

NÉRATIUS, Feuilles, livre 6e.

XXXIII. Ce qu'un pupille, sans l'*auctoritas* de son tuteur, a promis, puis payé, peut être répété, parce qu'il n'y a même pas dette naturelle.

L. 59, *D. De obligationibus et actionibus* (XLIV-VII).

LICINIUS RUFINUS, libro VIII Regularum.

XXXIV. Pupillus, mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem jure naturali obligatur.

LICINIUS RUFINUS, Règles, livre 8e.

XXXIV. Un pupille, en empruntant de l'argent, ne s'oblige même pas en droit naturel.

L. 95, § 2, *D. De solutionibus et liberationibus* (XLVI-III).

PAPINIANUS, libro XXVIII, Quæstionum.

XXXV. Aditio hereditatis nonnunquam jure confundit obligationem : veluti si creditor debitoris, vel contra debitor creditoris adierit hereditatem. Aliquando pro solutione cedit, si forte creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderit, ei heres extiterit : non enim quanto locupletior pupillus factus est consequitur (1), sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet. Aliquando evenit ut inanis obligatio aditione hereditatis confirmetur : nam si heres, qui restituerit ex Trebelliano hereditatem, fideicommissario heres extiterit, vel mulier, quæ pro Titio intercesserat, eidem heres extiterit, incipit obligatio civilis, propter hereditatem ejus qui jure tenebatur, auxilium

(1) *Sic.* Vulg. — Hal.: consequetur; — Flor.; consequeretur.

PAPINIEN, Questions livre 28e.

XXXV. L'adition d'hérédité amène quelquefois l'extinction d'une obligation par voie de confusion, par exemple, quand le créancier devient héritier du débiteur, ou réciproquement. Quelquefois elle tient lieu de payement, par exemple, quand celui qui avait prêté de l'argent à un pupille sans l'*auctoritas* du tuteur, devient héritier du pupille. Il n'obtient pas en effet uniquement ce dont le pupille s'est enrichi ; c'est sa créance entière qu'il peut retenir sur l'hérédité. Quelquefois l'adition d'hérédité valide une obligation qui était sans force. Ainsi, quand un héritier, qui avait restitué l'hérédité en vertu du Scte Trébellien, devient héritier du fidéicommissaire, ou quand une femme, qui avait intercédé pour Titius, devient héritière de celui-ci, l'obligation civile de ces

exceptionis amittere. Etenim inconditum est subvenire sexui mulieris, quæ suo nomine periclitetur.

personnes, à raison de ce qu'elles ont succédé à celui qui était tenu d'une manière efficace, ne peut plus être écartée par une exception. Il serait en effet irrégulier de dégager de son obligation une femme qui est tenue en son propre nom.

L. 25, § 1, *D. Quando dies legatorum...* (XXXVI II).

PAPINIANUS, libro XVIII Quæstionum.

XXXVI. *Heres meus Titio dato quod mihi Seius debet.* Si Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepisset, nec locupletior pupillus factus esset, et petitor ad præsens debitum verba retulit, quia nihil ejus (1) debet, nullius momenti legatum erit. Quod si verbo debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit, interim Titius nihil petet, quasi tacite conditio inserta sit, non secus ac si ita dixisset: *Titio dato quod pupillus solverit;* vel si legasset quod ex Arethusa natum erit, vel fructus qui in illo fundo nascentur. Contrarium non est quod, si medio tempore legatarius moriatur, et postea partus edatur, fructus perveniant, pecuniam pupillus exsolvat, heres legatarii petitionem habet; namque dies legati, cui conditio non adscribitur, quamvis extrinsecus expectanda sit, cedit.

(1) Schulting, *not. ad Pandect.*, propose de lire : Seius.

PAPINIEN, Questions, livre 18e.

XXXVI. *Que mon héritier donne à Titius ce que Séius me doit.* Si Séius est un pupille, qui, ayant emprunté de l'argent sans l'*auctoritas* de son tuteur, ne s'est pas enrichi, et que le créancier songe à une dette actuelle, sous ce rapport, le legs est sans valeur. Si, au contraire, il a en vue l'obligation naturelle et la possibilité d'un payement, le légataire ne pourra rien demander quant à présent, comme s'il y avait une condition tacite à son legs. Il en est de même que si le testateur eût dit : *donnez à Titius ce que le pupille payera*, ou s'il avait légué ce qui naîtra de l'esclave Aréthuse, ou bien, les fruits que tel fonds produira. Cela n'empêche pas que, si le légataire venait à mourir, et que postérieurement l'esclave mît au monde un enfant, que des fruits fussent produits, ou que le pupille payât, l'héritier du légataire n'eût le droit d'agir. En effet, le *dies cedens* d'un

legs a lieu immédiatement, quand le testateur n'a pas attaché une condition à ce legs, bien qu'il dépende de quelque événement en dehors de la volonté du testateur.

L. 21, *pr. Ad legem Falcidiam* (XXXV-II).

PAULUS, libro XXII, Quæstionum.

XXXVII. Si pupillus, cui sine tutore auctore decem mutua data sunt, legatum a creditore meruerit sub hac conditione, *si decem quæ acceperit heredi reddiderit*, una numeratione et implet conditionem, et liberatur naturali obligatione, ut etiam in Falcidia heredi imputentur; quamvis non imputarentur, si tantum conditionis implendæ causa data fuissent. Adeo autem et solvere videtur, ut repudiato legato, vel Sticho qui legatus est mortuo, nihil repetere possit.

PAUL, Questions, livre 22e.

XXXVII. Si un pupille, qui avait emprunté dix sans l'*auctoritas* de son tuteur, a obtenu de son créancier un legs sous la condition de rembourser à l'héritier les dix qu'il a reçus, le payement a ce double résultat d'amener la réalisation de la condition, et de libérer le pupille de son obligation naturelle; de telle sorte que l'héritier devra imputer ces dix sur la quarte Falcidie, tandis qu'il n'y aurait pas lieu à cette imputation, s'ils n'avaient été comptés que pour accomplir la condition. Il est tellement vrai qu'il y a un payement que, en cas de répudiation du legs, ou de mort de l'esclave Stichus, qui aurait été légué, toute répétition serait interdite.

L. 13, § 1, *D. De condictione indebiti* (XII-VI).

PAULUS, libro X, ad Sabinum.

XXXVIII. Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum acceperit, et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit.

PAUL, sur Sabinus, livre 10e.

XXXVIII. De même, si un pupille a emprunté sans l'*auctoritas* de son tuteur, et qu'étant devenu plus riche il paye, quand il est pubère, il ne pourra point répéter.

(*L.* 3, § 4, *De negotiis gestis* III-v).

ULPIANUS, libro X, ad Edictum.

XXXIX. Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum divi Pii, etiam conveniri potest in id quod factus est locupletior : agendo autem, compensationem ejus quod gessit patitur.

ULPIEN, sur l'Édit, livre 10e.

XXXIX. Un pupille, qui aurait géré les affaires d'autrui, pourra, depuis le rescrit d'Antonin le Pieux, être poursuivi sans difficulté jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi. Mais, s'il veut agir, il devra subir la compensation à raison des actes de sa gestion.

EXPLICATION.

§ 2e, art. 3e. — Pupilles.

La capacité du pupille, au point de vue des obligations, est en général gouvernée par cette règle énoncée aux Institutes, pr. *De auctor. tut.: Meliorem suam conditionem licere ei facere, etiam sine tutore auctore; deteriorem vero, non aliter quam tutoris auctoritate.* Toutefois cette règle ne s'applique à proprement parler, qu'aux obligations *ex contractu*. En matière de délits, il n'y a pas à se préoccuper de l'*auctoritas tutoris*, mais seulement à rechercher si l'impubère avait assez de discernement pour comprendre qu'il commettait une mauvaise action, *si intelligat se delinquere*, comme le disent, après Gaïus, III-208, les rédacteurs des Institutes, § 18, *De oblig. quæ ex delict.* L'imputabilité dépendra donc de la nature du délit (1) et de l'âge de l'impubère. C'est sur ce dernier point qu'apparaît l'utilité pratique de la distinction de l'impubère *pubertati proximus;* les textes semblent en effet limiter à cette dernière période de l'impuberté la responsabilité des délits, en liant ensemble ces deux idées : être *prope pubertatem*, et être *doli vel culpæ capax* (2).

On ne doit pas s'étonner sans doute que ceux qui ont

---

(1) Ainsi la loi 22, pr. *De leg. Corn. de fals*, déclare que l'accusation de faux ne peut guère atteindre un impubère : *quoniam falsi crimine vix possit teneri.*

(2) Voyez, indépendamment du § 18 des Institutes déjà cité, les lois 13, § 1 D. *De dol. mal.*; 4, § 26, D. *De dol. mal. except.*; 111, pr. *De reg. jur.*

été victimes du délit d'un impubère acquièrent une action contre lui, toutes les fois que l'auteur du délit a atteint un développement d'intelligence suffisant pour qu'il y ait imputation à sa charge. Celui qui a souffert du délit d'un impubère n'a, en effet, aucun reproche à se faire. Mais la jurisprudence romaine ne s'en est pas tenue là : l'obligation de répondre du dol a été étendue au profit de celui qui en contractant avec un impubère a eu le tort de lui fournir ainsi l'occasion de causer un préjudice à autrui. Ulpien, l. 1. § 15, D. *Depos.*, est positif pour accorder l'action *depositi* contre le pupille qui a reçu un dépôt sans l'*auctoritas tutoris*, pourvu qu'au moment du contrat le pupille fût déjà *doli capax*. Le jurisconsulte paraît s'attacher rigoureusement à l'époque du contrat. La même question est prévue à l'occasion du commodat, l. 1, § 2, D. *Commod.*, et résolue en ce sens que l'impubère n'est pas soumis à l'action *commodati*, quand une chose lui a été livrée à titre de commodat sans l'*auctoritas tutoris*. Les deux textes sont tirés du même ouvrage, des commentaires sur l'Édit; et, pour sauver une contradiction, il faut admettre qu'Ulpien suppose un commodat à l'égard d'un impubère encore *incapax doli*. En pareil cas, il est impossible de songer à un contrat *(non constitit commodatum)*. Cette absence de tout contrat *ab initio* n'aura pas seulement pour effet, ajoute le jurisconsulte, d'interdire l'action *commodati* durant l'impuberté : un lien contractuel n'est même pas possible pour l'avenir, si le pupille devenu pubère, et resté en possession de l'objet prêté, venait à commettre un dol à l'occasion de cet objet. On s'écartait donc ici, malgré l'analogie de position, du système admis à la suite d'un dépôt fait entre les mains d'un

esclave, qui se trouvait, après son affranchissement, soumis à l'action *depositi*, s'il possédait la chose déposée, l. 21, § 1, D. *Depos*. A défaut de tout rapport dérivant de la convention, il n'y aura lieu qu'aux actions autorisées à raison de la simple détention. La loi 2, *Commod.* ouvre à l'intéressé la voie de l'action *ad exhibendum*, à laquelle n'échappera pas le pubère qui aurait anéanti par son dol la chose prêtée, suivant la règle : *dolus pro possessione est* (1).

Quant aux obligations *quasi ex contractu*, la doctrine de la jurisprudence romaine est loin d'être nettement assise. Nous savons, par ce que nous dit Gaïus, III-91, au sujet de la *condictio indebiti*, que certains esprits voulaient appliquer ici les mêmes principes que s'il s'agissait de contrats, système que Gaïus semble repousser. Aussi voyons-nous d'autres textes déclarer que le pupille est engagé sans l'*auctoritas tutoris*, dans les cas où on peut dire : *ex re actio venit*, termes employés par la loi 46, D. *De oblig. et act.*, qui cite pour exemple le cas d'indivision. C'est ainsi qu'il était admis que la gestion du tuteur obligeait complétement le pupille, même au cas où l'utilité des actes de gestion aurait disparu, l. 3, § 7, D. *De cont. tut* (2). Toutefois, si c'était un tiers qui eût géré les affaires du pupille, ce dernier n'était tenu que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouvait enrichi au

---

(1) Pothier, Pandect. Justin, *sub* l. 1, § 2, *Commod.*, concède au commodant l'action de dol, qui aura l'inconvénient d'entraîner l'infamie contre l'ex-pupille.

(2) Ce texte appartient cependant au jurisconsulte Paul, qui, dans la loi 46 *De oblig.*, reconnaît l'inutilité de l'*auctoritas tutoris* pour les cas *ubi ex re actio venit*.

moment de l'exercice de l'action, l. 37, pr. D. *De neg. gest.*, ce qui était l'application de la règle dont on usait en matière de contrats, d'après un rescrit d'Antonin, dont nous aurons à parler tout à l'heure.

Cette incertitude dans la doctrine tient à ce que la jurisprudence romaine n'avait pas dégagé, pour asseoir les engagements *quasi ex contractu*, qui peuvent se produire dans des hypothèses fort diverses, cette distinction généralement admise, croyons-nous, aujourd'hui. Là où l'obligation *quasi ex contractu* suppose le fait volontaire de celui qui s'oblige, le pupille, incapable de se lier par son consentement, restera incapable de s'obliger *quasi ex contractu*. Ainsi l'adition d'hérédité, la gestion des affaires d'autrui, la réception de l'indu ne pourront engager le pupille qui a agi sans l'*auctoritas tutoris*. Mais si ses affaires ont été gérées soit par un tuteur, soit par un tiers, s'il se trouve dans l'état d'indivision avec un autre, comme l'obligation est ici indépendante du consentement de l'obligé, et qu'elle a pour base unique une raison d'équité, la circonstance que l'obligé est incapable de donner un consentement, doit rester sans influence sur la formation de l'obligation. C'est donc avec raison que Pothier (1) critique la décision de la loi 37, *De neg. gest.*, qui transporte en dehors des contrats la règle d'après laquelle le pupille ne peut être obligé sans l'*auctoritas* du tuteur.

Cette règle n'ayant d'autre but que de garantir le pupille contre tout préjudice, elle fut très-raisonnablement modifiée, toutes les fois que son application

(1) Du quasi contrat *negotiorum gestorum*, sect. II, n° 224.

aurait eu pour résultat, non de mettre l'impubère à l'abri d'une perte, mais de lui assurer un gain inique. C'est pourquoi il fut admis que si un pupille ayant contracté seul avait retiré un profit de l'affaire, il serait tenu jusqu'à concurrence de ce dont il se trouvait enrichi, et soumis à une action qui entraînerait une condamnation contre lui dans la mesure du *quatenus locupletior factus erat*, au moment où l'action était exercée, *litis contestatæ tempore*. La distinction dont il s'agit, qui se retrouve dans un grand nombre de textes, est notamment énoncée dans la loi 5, pr. D. *De auct. et cons.* (n° XXXII), qui lui donne pour origine un rescrit d'Antonin. Peu importe qu'elle ait été introduite directement par ce rescrit, ou que l'empereur Antonin se soit borné, comme le suppose avec assez de vraisemblance M. de Savigny (1), à consacrer et à mettre hors de doute un point de droit qui aurait déjà eu en sa faveur l'autorité des *Prudentes*.

La loi 5 nous apprend que le rescrit d'Antonin ne séparait pas l'hypothèse où le contrat était intervenu entre le pupille et son tuteur, et celle où le pupille aurait fait un contrat avec toute autre personne. La raison d'équité était en effet la même dans les deux cas. Toutefois, à l'égard des tiers, un contrat régulier était possible, parce qu'ils auraient pu traiter avec l'*auctoritas tutoris*. Quant au tuteur, cette ressource était assez souvent impraticable. Bien que le tuteur figurât dans l'affaire, et que le pupille contractât en sa présence et avec son approbation, l'*auctoritas* faisait défaut, parce que le tuteur avait un intérêt opposé, et qu'agissant en

(1) § 10, p. 64.

son propre nom, il ne pouvait agir en même temps du chef du pupille, d'après la règle : *in rem suam tutor auctor fieri non potest*. Cette incompatibilité se rencontrait nécessairement, quand il n'y avait qu'un seul tuteur, *cum solus sit tutor*, dit notre texte. Même au cas de pluralité de tuteurs, qui était assez fréquent à Rome, l'inconvénient ne pouvait être toujours évité. Il était de règle, en effet, que les tuteurs devaient *omnes in omni re auctoritatem accommodare*, suivant l'expression d'Ulpien, *Reg.* tit. XI, § 26, sauf le cas où il s'agissait de tuteurs testamentaires, pour lesquels on admettait, d'après le même jurisconsulte, le principe contraire : *vel unius auctoritas sufficit*. Justinien a supprimé cette distinction par la loi 5, C. *De auct. præst.*, et admis d'une manière générale qu'un seul des tuteurs, quelle que fût leur qualité, pouvait efficacement *interponere auctoritatem*, à moins qu'il ne fût question d'un acte qui aurait pour conséquence de mettre fin à la tutelle, comme serait une adrogation. Le même texte nous apprend que les pouvoirs concédés à chacun des tuteurs testamentaires avaient été autrefois étendus aux tuteurs nommés après enquête par les magistrats.

On conçoit, dès lors que, du temps d'Ulpien, il y avait fréquemment obstacle à ce qu'entre le tuteur et son pupille il pût se former un contrat valable *jure civili* et complétement obligatoire pour le pupille. Néanmoins, dans la mesure du profit que le pupille avait retiré du contrat, il y avait une obligation, en vertu de laquelle une action était ouverte au tuteur, comme le dit positivement notre texte. Par conséquent, si l'obligation, même dans cette limite, est qualifiée naturelle, il est clair qu'ici le jurisconsulte n'emploie pas l'expression *naturaliter obli-*

gari dans son sens le plus ordinaire, en vue d'indiquer une obligation non sanctionnée par une action. Il ne songe qu'à indiquer la source de l'obligation, à expliquer pourquoi, bien qu'on se trouve en dehors des conditions exigées par le droit civil pour constituer une obligation à la charge d'un pupille, il existe cependant une dette, qui n'a d'autre base que l'*æquum* et le *bonum*, qui est conforme à la *naturulis ratio*, et qui pour ce motif est appelée *naturalis*, quoiqu'elle ait assez d'énergie pour engendrer une action.

Arrivons maintenant au cas où le pupille, qui a contracté sans l'*auctoritas* du tuteur, ne se serait pas enrichi. Il n'est pas douteux qu'en pareil cas il n'y aura pas obligation avec action vis-à-vis le pupille; mais ne s'est-il pas formé au moins une obligation naturelle, dans le sens habituel de ce mot, susceptible de produire les effets ordinaires attachés à l'obligation naturelle *stricto sensu*? C'est une question qui, depuis l'époque des Glossateurs jusqu'à la nôtre, a divisé les auteurs, et le débat n'est pas encore épuisé. D'une part, les Pandectes contiennent deux décisions, qui semblent bien formelles pour exclure radicalement toute idée d'obligation naturelle. Un premier texte, la loi 41, D. *De cond. indeb.*, émané de Nératius, l'un des chefs de l'école Proculéienne, admet le droit de répéter, quand un pupille a promis sans l'*auctoritas tutoris*, et qu'ensuite il a payé; le motif en serait, suivant Nératius, qu'il y a absence d'obligation même naturelle. Le second texte est dû à un jurisconsulte postérieur à Antonin, dont les écrits ont été très-sobrement utilisés par les compilateurs de Justinien, à Licinius Rufinus, qui décide, l. 59, D. *De oblig.* (n° XXXIV) qu'à la

suite d'un prêt d'argent fait à un pupille (sans l'*auctoritas tutoris*, faut-il sous-entendre), ce dernier n'est même pas obligé d'après le droit naturel. Mais, d'un autre côté, des fragments nombreux, qui appartiennent aux principaux jurisconsultes romains, à Papinien, Ulpien, Paul, etc., s'accordent à reconnaître dans le cas qui nous occupe l'existence d'une obligation naturelle, en tirant de cette idée des conséquences diverses.

Plusieurs systèmes ont été proposés pour la conciliation de ces textes. En dehors de l'opinion qui admet une divergence entre les jurisconsultes, trois explications différentes ont partagé et partagent encore les suffrages des auteurs.

Suivant un système, qui remonte à Accurse, qui a été développé par Doneau dans son commentaire sur la loi 127, D. *De verb. oblig.*, et qui ne manque pas aujourd'hui de partisans, il faudrait distinguer entre les impubères *infantiæ proximi* et ceux qui sont *pubertati proximi*. Les textes qui nient l'obligation naturelle, supposent en cause un *infantiæ proximus*, tandis que ceux qui parlent d'une obligation naturelle, seraient exclusivement relatifs au *pubertati proximus*. — On ne peut nier qu'il n'y ait au fond de cette théorie une idée fort raisonnable. Même en admettant une obligation naturelle chez le pupille qui contracte seul, comme l'ont fait, nous le pensons, la plupart des jurisconsultes romains, cette doctrine ne peut être approuvée qu'autant qu'on l'applique à un pupille déjà capable d'un consentement qui puisse le lier, bien qu'il n'émane pas d'une conscience parfaitement éclairée. Il serait ridicule de considérer comme devenant créancier naturel celui qui prêterait de l'argent à un impubère hors d'état d'apprécier absolu-

ment en droit l'opération à laquelle il participe. Il n'y a alors obligation d'aucune espèce, et la restitution qui serait faite constituerait une donation, non un payement. Tout le monde sera d'accord que celui qui aurait contracté avec un *infans* (1) aurait fait un acte insensé, sur lequel on ne saurait asseoir aucun rapport contractuel. Mais, une fois que l'*infantia* était dépassée, les Romains avaient admis, sans se dissimuler qu'il y avait là quelque chose d'un peu forcé, une assimilation entre les impubères d'un âge quelconque, ce qu'ils justifiaient par des considérations d'utilité pratique, *utilitatis causa*. Telle était la règle en matière de contrats, qui se trouve posée nettement aux Institutes, § 10, *De inut. stip.*, et qui rend dès lors inutile la recherche de ce point délicat, la démarcation à établir entre l'*infantiæ proximitas* et la *pubertati proximitas*. Aussi, voyons-nous que ce n'est que par rapport à l'imputabilité du dol que l'on s'attache au point de savoir s'il s'agit ou non d'un pupille *pubertati proximus;* et il est remarquable qu'on ne trouve, dans les textes nombreux qui traitent de l'obligation d'un pupille à l'occasion des contrats, aucune trace de cette distinction. Sans doute, en fait, il sera exact de dire que s'il se rencontre un pupille qui ait contracté seul, il s'agira ordinairement d'un pupille voisin de la puberté. Mais nous croyons qu'il serait erroné de prétendre qu'aux yeux des jurisconsultes romains l'obligation naturelle dût être absolument écartée toutes les fois que le pu-

---

(1) Nous estimons que, à l'époque classique, l'*infantia* était regardée comme se prolongeant jusqu'à sept ans accomplis, et qu'il ne faut pas descendre à la constitution de Théodose pour assigner ce terme à l'*infantia*.

pille qui avait contracté seul n'était point *pubertati proximus*.

Un second système, défendu par Cujas et Pothier, et qui de nos jours a été reproduit par Puchta, distingue s'il y a eu ou non enrichissement de la part du pupille, pour restreindre au premier cas l'existence de l'obligation naturelle, qui devrait être repoussée à défaut d'enrichissement. Nous verrons, en expliquant les textes que nous allons aborder, qu'ils ne se prêtent pas à cette théorie, et que, pour la soutenir, ses partisans sont obligés de dénaturer les décisions des jurisconsultes romains.

Enfin, un dernier système, indiqué déjà par Doneau, reproduit par Vinnius, et qui a trouvé assez de faveur parmi les auteurs modernes (1), consiste à dire qu'il y a ou non une obligation naturelle, suivant le sujet à l'égard duquel on veut faire valoir cette obligation. Relativement au pupille, dit-on, le contrat qu'il a fait sans l'*auctoritas tutoris* doit rester complétement inoffensif, et il n'y aura pas d'obligation naturelle, en ce sens qu'elle ne pourra l'atteindre et produire quelque effet à son détriment. Mais s'il s'agit de tiers qui auront accédé à l'engagement du pupille, ou si les conséquences n'en sont réclamées qu'après sa mort, il faut reconnaître qu'il y a une obligation naturelle. Cette explication assez étrange, qui admet une dette naturelle sans qu'il y ait un débiteur naturel, ne résiste pas également à l'examen des textes, qui nous montrent dans plus d'un cas, comme nous le verrons, l'obligation naturelle dont il s'agit opérant contre le pupille lui-même.

---

(1) M. de Vangerow, t. I, § 279, cite en faveur de cette opinion Weber, Glück, Reinhardt, Rosshirt, Unterholzner.

Le premier fragment qui doit attirer notre attention est un texte de Papinien, la loi 95, § 2, D. De *solut.* (n° XXXV). Le jurisconsulte passe en revue les effets divers que peut amener l'adition d'hérédité, au point de vue de l'influence qu'elle exercera sur le sort d'une obligation. Papinien, suivant la remarque de Cujas, se place successivement en présence de trois espèces d'obligation : 1° obligation ordinaire, c'est-à-dire obligation complète, avec action, sans qu'il y eût place à une exception; 2° obligation naturelle, ne produisant pas d'action, mais autorisant la rétention de la part du créancier; 3° obligation munie d'une action, sauf que celle-ci pouvait être paralysée par une exception.

1er CAS. Le créancier succède *ex asse* à son débiteur, ou *vice versa* : ici l'obligation s'éteint par confusion, l'action qui était possible disparaît.

2e CAS. Quelqu'un, qui avait prêté de l'argent à un pupille sans l'*auctoritas* du tuteur, devient héritier unique de l'emprunteur. L'adition d'hérédité, dit Papinien, vaut payement, opère comme s'il y avait eu payement. Il ne peut être question ici d'une extinction d'obligation proprement dite, puisqu'il n'y avait pas une véritable obligation avec action. Seulement l'effet possible d'une obligation naturelle, le payement, est censé avoir eu lieu. Par suite, le créancier aura le droit de retenir sur l'hérédité, *in solidum*, tout ce qui lui est dû, et non pas seulement le montant de ce dont le pupille se serait enrichi, ce qui aurait été la limite de ce qu'il aurait pu se faire payer, s'il ne se trouvait pas avoir en main le patrimoine de son débiteur, et s'il avait dû exercer une action.

Pour comprendre l'intérêt que peut avoir l'héritier à faire considérer comme une dette de l'hérédité le mon-

tant intégral du *mutuum*, il faut supposer qu'il se trouve en conflit avec des légataires, vis-à-vis desquels il est important pour lui de diminuer l'actif net de la succession, dont les trois quarts seulement peuvent être réclamés par les légataires (1).

Cette décision de Papinien est fort nette, pour indiquer que, en dehors de la circonstance d'enrichissement, il y a une obligation, autorisant le droit de rétention en faveur du créancier. L'emprunt fait par le pupille figurera en entier *(in solidum)* dans le passif de l'hérédité, au détriment des légataires, au profit de l'héritier, qui prendra cette somme à titre de créancier. Cujas, pour mettre ce texte d'accord avec sa doctrine, d'après laquelle l'obligation, même naturelle, chez le pupille, dépendrait de son enrichissement, suppose que Papinien faisait d'abord allusion au droit antérieur au rescrit d'Antonin. Avant ce rescrit, dit-il, toute action faisait défaut, même dans la limite du *quatenus locupletior ;* et Papinien voudrait indiquer cet ancien état de choses, en énonçant cette idée que le prêteur n'aurait pas pu, sous-entendu autrefois, obtenir le remboursement de ce dont le pupille se serait enrichi. Aujourd'hui, au contraire, ajouterait Papinien, grâce au rescrit d'Antonin, l'héritier peut se payer sur l'hérédité, mais seulement jusqu'à concurence de l'enrichissement. Il est vrai que Papinien semble dire justement le contraire, et exclure précisément cette restriction au moyen de cette expression : *in solidum*. Aussi

(1) Un testament est possible, même en supposant que le pupille qui avait emprunté est décédé impubère, parce qu'il y aurait une substitution pupillaire. L'emprunteur a pu aussi atteindre la puberté, et mourir en laissant de son chef un testament.

Cujas corrige-t-il ces mots qui contrarient directement son système, pour leur substituer arbitrairement ceux-ci : *in solutum*. On voit que ce n'est qu'en altérant le texte que Cujas parvient à l'expliquer à son point de vue. Même avec cette altération, la décision de Papinien serait obscure, péniblement exprimée, et ne se comprendrait qu'à l'aide de sous-entendus, tandis que l'interprétation qui respecte le texte donne un sens très-simple et très-satisfaisant (1).

3e CAS. Il existait une obligation produisant action, mais l'action était susceptible d'être paralysée par une exception. Grâce à l'adition d'hérédité, cette ressource manquera désormais au débiteur, et l'action deviendra efficace. A l'appui de cette proposition Papinien cite deux exemples.

A. En premier lieu, il s'agit d'un héritier institué, avec charge de restituer l'hérédité à un fidéicommissaire. L'institué, ayant fait adition, exécute le fidéicommis, sans retenir la quarte Pégasienne, dont la rétention le laisserait soumis pour le tout aux poursuites des créanciers, sauf un recours contre le fidéicommissaire en vertu des stipulations *partis et pro parte*. Papinien suppose que la restitution est régie par les principes du SCte Trébellien (2), d'après lequel le fiduciaire, tout en con-

---

(1) La leçon des Florentines, qui porte : *consequeretur*, n'autorise pas à supposer que Papinien songeait à rappeler un droit qui avait cessé d'être en vigueur. Il vaut mieux lire avec la Vulgate et Godefroy : *consequitur*, ou avec Haloander : *consequetur*. Du reste, les Basiliques ne laissent aucun doute sur la véritable pensée de Papinien. Elles s'expriment ainsi : *Totum enim, neque id tantum in quantum locupletior factus est, in hereditate consequor.*

(2) Il peut y avoir difficulté sur la manière de poser l'espèce prévue par Papinien. Le jurisconsulte, par la façon dont il s'exprime, semble

servant la qualité d'héritier, pouvait en paralyser les effets, au moyen d'une exception dite *restitutæ hereditatis*, qu'il opposait à l'action des créanciers, l.27, § 7, D. *Ad SCtum Trebell.*; ceux-ci n'avaient donc qu'une action *inanis*. Mais si l'on suppose que le fiduciaire a recueilli l'hérédité du fidéicommissaire, contre lequel les créanciers héréditaires avaient une action utile, de la même manière que s'il eût été héritier en droit civil (Gai. II-253), le fiduciaire, se trouvant au lieu et place de celui *qui jure tenebatur*, n'aura plus la faculté de se mettre à l'abri de l'exception *restitutæ hereditatis*. Une action directe sera possible contre lui, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des fictions, comme on devait le

---

bien dire qu'il y a eu restitution de toute l'hérédité. Le testateur n'avait donc point réservé au fiduciaire un quart de l'hérédité. Mais alors, suivant l'opinion enseignée par Gaïus, II, §§ 256 et suivants, de même que par Ulpien, *Reg.*, tit. XXV, § 14, et qui se trouve reproduite aux Institutes de Justinien, le fiduciaire, bien qu'il exécutât complétement la volonté du défunt, et n'usât point du bénéfice du SCte Pégasien, restait exposé aux règles de ce SCte, toutes les fois qu'il avait fait une adition spontanée, de telle sorte que les créanciers avaient contre lui une action efficace. Il est vrai que Paul, *Sent.* liv. IV, tit. III, § 2, était d'avis qu'on devait appliquer alors le SCte Trébellien. Peut-être Papinien partageait-il cette doctrine, trop équitable pour constituer une opinion isolée. Nous la trouvons enseignée un peu plus tard par un jurisconsulte postérieur, Modestinus, l. 45, D. *Ad SCtum Trebell.*; cependant il ne la présente qu'avec hésitation, et conseille au fiduciaire de ne faire adition que sur l'ordre du magistrat. En pareil cas, il n'était pas douteux, quoique la faculté de contraindre à l'adition eût été introduite par le SCte Pégasien, que les conséquences de cette adition ne dussent être réglées conformément au SCte Trébellien. Peut-être le fiduciaire, dont parle Papinien, n'avait-il fait adition que de cette manière. — On peut enfin supposer que le testateur avait laissé un quart à l'institué, qui s'était déjà acquitté de ce qu'il devait à ce titre, de sorte qu'il n'existait plus contre lui, pour les trois quarts de la dette, qu'une action *inanis*, jusqu'au moment où, par l'adition de l'hérédité du fidéicommissaire, cette action recouvre la force qu'elle avait perdue.

faire à l'encontre du fidéicommissaire, de son vivant. L'obligation, qui pesait sur le fiduciaire en qualité d'héritier de l'auteur du fidéicommis, n'avait point disparu complétement. Il y avait seulement un obstacle à l'exercice de l'action; et le motif sur lequel reposait cet obstacle ayant cessé, l'obligation reprend toute sa force. Nous voyons également dans divers textes, notamment dans la loi 59, pr. D. *Ad SCtum Trebell.*, que, malgré la restitution opérée en vertu de ce SCte, la confusion, qui aurait amené l'extinction des obligations entre le défunt et le fiduciaire, n'en subsistait pas moins, et qu'il fallait recourir à divers moyens pour obvier à l'iniquité de ce résultat.

B. En second lieu, Papinien suppose qu'une femme aurait intercédé, dit-il, en faveur de Titius. L'obligation contractée par cette femme n'était pas nulle *jure civili;* seulement l'action pouvait être paralysée par l'exception tirée du SCte Velléien. Mais si cette femme devient héritière de Titius, elle devra désormais subir sans obstacle l'action du créancier; car, ayant succédé aux obligations de Titius, qui était tenu d'une manière efficace, *qui jure tenebatur*, elle se trouve obligée *proprio nomine;* et ne pourra plus invoquer le SCte, qui ne vient au secours d'une femme qu'autant qu'il s'agit de la dette d'autrui. Suivant Cujas, on peut admettre indifféremment, dans l'espèce prévue par Papinien, que la femme avait intercédé au moyen d'une fidéjussion ou d'une expromission. Nous croyons que le jurisconsulte avait en vue une expromission; la femme avait voulu libérer le débiteur primitif, qui cependant ne pouvait profiter de la novation, parce qu'il était soumis à une action dite *restitutoire*. Si la femme s'était portée seulement fidéjusseur,

Papinien ne dirait pas que son obligation est *confirmée*. Elle se trouverait éteinte par confusion, et la femme ne serait tenue qu'à titre d'héritière du débiteur principal, d'après la règle énoncée par Vénuleius, l. 13, D. *De duob. re.*, et Ulpien, l. 5, pr. D. *De fidej.*, suivant laquelle, quand il y a réunion sur la même tête des qualités de *reus* et de fidéjusseur, la confusion éteint la fidéjussion, qui ne constitue qu'une obligation accessoire. L'hypothèse d'une expromission, à laquelle songeait Papinien, est également prévue, l. 8, § 13, D. *Ad SCtum Vell.*, par Ulpien, qui suppose une femme succédant *veteri debitori*. Le jurisconsulte donne au créancier le choix entre l'action restitutoire ou l'action directe découlant de l'expromission.

Un autre texte de Papinien, la loi 25, § 1, *Quand. dies legat.* (n° XXXVI), a été invoqué par Cujas à l'appui de son système. Le jurisconsulte s'occupe des effets du legs d'une créance, alors que le débiteur était un pupille qui avait emprunté de l'argent au testateur sans l'*auctoritas tutoris*. Papinien s'expliquait sur le point de savoir s'il y avait eu enrichissement. Seulement l'état du manuscrit de Florence est tel qu'il y a doute sur les faits de l'espèce. Ce manuscrit porte littéralement, paraît-il : *accepissec*, ce qui est évidemment une faute. Mais doit-on la corriger en lisant : *accepisset nec*, ou au contraire : *accepit, et?* Cujas préfère la dernière leçon, ce qui le conduit à dire que l'obligation qualifiée naturelle dans la suite du texte se réfère à un pupille qui se serait enrichi. Mais ici encore Cujas, comme dans la loi 95, § 2, s'écarte des Basiliques, dont il fait si souvent et si habilement usage. Les Basiliques, en effet, sont formelles

pour mentionner le non-enrichissement. D'ailleurs la pensée de Papinien est mise hors de doute par la solution même qu'il donne à la question. Il décide que le legs est inutile, si on entend lui faire produire un effet actuel et certain, et si l'on veut (1) exercer immédiatement une action pour obtenir un payement. Le pupille ne doit rien, en ce sens qu'il n'y a pas d'action possible contre lui. Or, cette absence d'action ne peut se comprendre qu'à la condition que le pupille ne s'est pas enrichi, puisque, à partir du rescrit d'Antonin, une action était admise dans la mesure de l'enrichissement. Aussi Cujas est-il obligé de revenir à cette supposition fort invraisemblable, à l'aide de laquelle il explique également la loi 95, que Papinien ne s'occuperait que du droit antérieur à la constitution d'Antonin. Il est bien plus naturel de penser que le jurisconsulte entend faire l'appli-

---

(1) On peut hésiter sur le point de savoir à quel sujet se réfère le mot *petitor* employé par le jurisconsulte. Beaucoup d'auteurs rapportent cette expression au testateur, en s'appuyant sur la phrase suivante, où le verbe *cogitavit* semble en effet indiquer que Papinien se préoccupe de la pensée qu'a pu avoir le disposant. Aussi, suivant Godefroy, faudrait-il substituer : *testator* à *petitor*. Mais, comme le fait observer M. de Savigny, t. I, § 10, note z, cette correction est inutile. Le raisonnement de Papinien se comprend très-bien, en admettant qu'il songe aux différentes résolutions auxquelles peut s'arrêter le légataire, qu'il désignerait par le terme de *petitor*. S'il interprète le testament en ce sens qu'il ait le droit d'exercer de suite l'action *ex testamento*, pour se faire céder une action qui n'existe pas, il n'obtiendra rien. S'il borne ses prétentions à l'expectative d'obtenir pour son compte le bénéfice d'un payement qui interviendra peut-être, il y aura un legs susceptible de quelque effet. Quelle que soit du reste l'explication que l'on adopte, le fond de la décision de Papinien restera toujours le même ; on y trouve dans tous les cas la reconnaissance expresse d'une obligation naturelle, et l'indication d'une conséquence importante qu'il y rattache, la validité du payement.

cation des principes qui étaient en vigueur de son temps. Par conséquent, s'il dénie la possibilité de ramener de suite le legs à exécution, c'est qu'il écartait positivement la circonstance d'un enrichissement, qui, si elle eût existé, aurait autorisé le légataire à agir dès la mort du testateur contre l'héritier, pour se faire céder l'action qu'avait celui-ci contre le pupille.

Toutefois, si la ressource d'une action fait défaut, parce que le pupille ne s'est pas enrichi, le legs n'est pas entièrement dépourvu de valeur. Il se résout en un legs conditionnel, subordonné à l'éventualité d'un payement, qui est possible de la part du pupille, et qui ne serait de sa part que l'accomplissement d'une obligation naturelle. C'est ainsi que Papinien caractérise la position du pupille qui a contracté seul et qui ne s'est pas enrichi. Il y a *obligatio naturalis* ; il y a place à un payement, et par suite exclusion de la *condictio indebiti*. Ce texte, en même temps qu'il contrarie la doctrine de Cujas, condamne aussi le système d'après lequel cette obligation naturelle serait réduite à l'inertie en ce qui concerne le pupille.

Papinien termine en faisant observer que, si l'efficacité du legs dépend de cette circonstance qu'il y aura payement, ce qui est un événement douteux et incertain, le *dies cedens* ne doit pas moins se placer à la mort du testateur, comme si le legs était pur et simple, de telle sorte que, le légataire venant à mourir avant le payement effectué, il transmettrait son droit à ses héritiers. Cela tient à cette règle du droit romain, exprimée ailleurs, l. 99, D. *De cond. et dem.*, par le même jurisconsulte, qu'il n'y a véritablement legs conditionnel qu'autant que c'est la volonté du testateur qui subordonne arbitraire-

ment le droit du légataire à l'arrivée de tel ou tel événement. Si la condition est extrinsèque, c'est-à-dire en dehors de la volonté du testateur, ce qui a lieu dans l'espèce, le legs est conditionnel sans doute à ce point de vue qu'il ne profitera pas à coup sûr au légataire, et qu'il peut lui faire défaut ; mais il acquiert à la mort du testateur une chance, un droit incertain qui fait partie de son patrimoine, et qui peut se réaliser en faveur de ses héritiers.

La doctrine de Papinien, qui reconnait une obligation naturelle à la suite d'un *mutuum* par lequel un pupille ayant emprunté sans l'*auctoritas* du tuteur ne s'est pas enrichi, n'était pas propre à ce jurisconsulte. Elle était aussi partagée par Paul, comme le prouve la loi 21, pr. D. *Ad leg. Falcid.* (n° XXXVII). Paul y prévoit la même hypothèse d'un pupille qui aurait emprunté sans l'*auctoritas*, et il suppose que le prêteur a fait un legs à ce pupille, sous la condition par lui de rembourser à l'héritier la somme qui a été prêtée. Suivant le jurisconsulte, le payement qui serait effectué produirait un double effet. Il y aurait : 1° accomplissement de la condition, 2° extinction de l'obligation naturelle. Paul signale immédiatement l'intérêt qu'il y a à considérer le remboursement du *mutuum* comme le payement d'une créance de l'hérédité. L'héritier devra imputer cette somme sur la quarte Falcidie, parce qu'il la reçoit *jure hereditario*, tandis qu'il en serait autrement s'il ne s'agissait que d'accomplir la condition apposée à un legs, l. 76, pr., 91, D. *Ad leg. Falcid.*

Il est vrai que Paul garde le silence sur le point de savoir si le pupille s'était enrichi ou non. Cujas sous-en-

tend qu'il y avait enrichissement. Nous croyons que le jurisconsulte supposait le contraire, et que, d'accord avec Papinien, il admettait néanmoins une obligation naturelle. C'est ce qui ressort de la manière dont il s'exprime dans la loi 1 § 17, D. *Ad leg. Falcid.* Ce texte nous apprend que l'imputation sur la quarte Falcidie, à l'égard de ce qui était *natura debitum,* avait fait quelque difficulté, mais que l'affirmative avait prévalu. Le langage de Paul ne laisse aucune équivoque sur ce qu'il entend par *natura debitum :* c'est ce qui *peti quidem non potest, solutum vero non repetitur.* Il n'aurait pu s'exprimer de la sorte au sujet d'un *mutuum* qui aurait enrichi un pupille. Depuis Antonin, il n'était plus vrai de dire : *peti non potest.* Par conséquent, le jurisconsulte, en parlant d'une obligation naturelle dont le pupille légataire se libérerait en payant, suppose, comme Papinien, qu'il n'y avait pas enrichissement. C'est alors que l'obligation est proprement une *naturalis obligatio.* Pas d'action sans doute, *peti non potest ;* mais s'il y a un payement, pas de répétition, *solutum non repetetur.*

Il y a donc conformité parfaite entre la doctrine de Papinien, l. 25, § 1, *Quand. dies,* et celle de Paul, dans la loi 21. C'est toujours un pupille qui ne s'est pas enrichi, puisque le payement ne pouvait être exigé, et que les jurisconsultes s'occupent seulement d'interdire la répétition à la suite d'un payement fait volontairement par le débiteur. La répétition, ajoute Paul, ne serait même pas possible, bien qu'il y eût répudiation du legs, ou que le pupille ne pût en tirer aucun profit, à raison de la perte de la chose léguée. Si la somme n'avait été comptée que pour accomplir la condition du legs, la répétition serait

admise, ainsi que nous l'avons vu plus haut (1), suivant la loi 1, § 1, D. *De condict. caus. dat.* Mais, comme il y a dette naturelle, cette circonstance suffit pour exclure la *condictio* (2).

La décision de Paul, que nous venons d'analyser, enlève toute force à un autre fragment du même jurisconsulte, invoqué par les partisans du système qui exige le fait de l'enrichissement pour constituer l'obligation naturelle. Nous voulons parler de la loi 13, § 1, D. *De cond. ind.* (n° XXXVIII), d'après laquelle un pupille, qui aurait emprunté sans l'*auctoritas tutoris*, et qui se serait enrichi, n'a pas le droit de répéter, quand il a payé après avoir atteint la puberté. Il ne faut voir dans la mention de l'enrichissement qu'un motif qui abonde pour valider le payement, suivant la remarque d'un des scoliastes des Basiliques (3) ; on n'est pas autorisé à en conclure qu'à défaut d'enrichissement le payement serait nul, puisque ailleurs le même jurisconsulte admet en pareil

---

(1) Page 57.

(2) On rencontre des décisions analogues dans la loi 44, D. *De solut.*, où Marcien prévoit le même cas que Paul, et le résout de la même manière ; dans la loi 66 pr. *Ad SCtum Trebell.*, qui admet la validité du payement fait par le pupille ou par ses héritiers ; enfin dans la loi 42, pr. *De jurej.*, où l'on voit que le payement fait par le pupille serait valable, à défaut de la transaction intervenue par serment. Ces deux derniers textes parlent encore d'une *obligatio naturalis* ; leurs auteurs, Mæcianus et Pomponius employaient assurément ces expressions dans le même sens que Papinien et Paul.

(3) On lit ce qui suit dans les Basiliques, liv. XXIV, tit. 1, sur les mots : et locupletior — *hoc ex abundanti adjicitur : scias etenim eum, tametsi non solverit, conveniri posse, ex Pii constitutione, in quantum locupletior factus est.*

cas une obligation naturelle, suffisante, on le sait, pour interdire la répétition.

Nous devons toutefois remarquer cette circonstance relevée par Paul, dans la loi 13, § 1, que le payement a été fait par le pupille devenu pubère. Il y a effectivement dans cet état de puberté un motif qui n'est pas indifférent pour décider sur la validité du payement; et le développement de ce point doit nous amener à restreindre la portée de la règle qui interdit la répétition du payement d'une obligation naturelle contractée par un pupille.

Il ne faut pas oublier quelles sont les conditions exigées pour la validité d'un payement. On sait que, pour avoir cette qualité, il doit émaner d'une personne capable d'aliéner. Telle est la position du pubère. Comme il est capable d'aliéner, il aura pu, en payant, transférer la propriété de ses écus, et éteindre ainsi son obligation civile, en cas d'enrichissement, son obligation naturelle, à défaut d'enrichissement. Toutefois, s'il était encore mineur de vingt-cinq ans, quand il a payé, il lui resterait, d'après le droit prétorien, la ressource d'une *restitutio in integrum*, subordonnée à l'appréciation du magistrat.

Si l'on suppose, au contraire, que le payement a été fait par le débiteur encore impubère, il ne sera régulier et efficace qu'autant qu'il aura été accompli *tutore auctore*. L'*auctoritas* est, en effet, nécessaire pour la validité du payement, lors même qu'il s'appliquerait à une dette pourvue d'action, *Instit.* § *ult. Quib. alien.* Remarquons d'ailleurs que, malgré l'intervention du tuteur, il n'est pas sans intérêt de dire qu'il existait une obligation naturelle. C'est à ce titre que la numération des écus cons-

tituera une opération valable, comme étant le payement d'une obligation. S'il n'y avait même pas dette naturelle, la tradition ne serait qu'une donation, acte qui n'est pas permis au pupille avec l'*auctoritas tutoris*. Aussi la loi 19, § 4, D. De *donat.*, en supposant qu'un pupille, qui s'était engagé sans l'*auctoritas tutoris*, promet ensuite *tutore auctore*, décide-t-elle qu'on ne devra pas envisager l'affaire comme une donation.

Le payement a-t-il lieu de la part du pupille, durant son impuberté, et sans l'*auctoritas tutoris*, ce payement est dépourvu de toute valeur. La revendication sera possible tant que les écus existeront, puisque le pupille n'a pas la faculté d'aliéner. Alors même que l'argent aurait été consommé, fût-ce de bonne foi, de la part du créancier qui croyait avoir affaire à un pubère, la *condictio* devrait être accordée à la place de la revendication. Si certains textes, les lois 9, § 3, D. De *auct. et cons.*, 14, § 8, D. De *solut.*, écartent la répétition à la suite d'une consommation, ces textes ne doivent s'appliquer qu'au créancier qui était pourvu d'une action, de sorte que le pupille se trouvant libéré d'une dette à raison de laquelle il aurait pu être poursuivi, il y aurait dol de sa part à revenir sur ce qui a été fait. Ces motifs disparaissent quand il s'agit d'une dette naturelle. La règle générale, suivant laquelle un pupille ne peut seul faire sa condition plus mauvaise, reprend son empire. De même que le pupille ne peut, sans l'*auctoritas tutoris*, reconnaître une dette naturelle, *dict.* l. 19, § 4, et la transformer en une obligation civile, de même il ne peut, de son seul gré, se priver de la faculté de retenir ce qu'il ne doit que naturellement. Il n'y a pas dol de sa part à rétracter le payement, parce qu'il est hors d'état d'ap-

précier s'il est opportun ou non d'acquitter les obligations qu'il a contractées. C'est pourquoi Ulpien, l. 29, D. De *cond. ind.*, énonce cette idée que quelquefois la répétition est admise à raison de la qualité de la personne qui a payé, tandis qu'elle n'aurait pas lieu si le payement émanait d'un individu capable (1).

C'est en se plaçant à ce point de vue que certains jurisconsultes, notamment M. de Vangerow, t. I, § 279, essaient de concilier avec les décisions de Papinien, de Paul, etc., celles de Nératius et Licinius Rufinus. La loi 41, De *cond. ind.*, se prête, en effet, assez bien à cette explication, puisqu'elle supposerait que c'est le pupille lui-même qui a payé de son chef. On peut admettre, pour sauver une antinomie, que c'est avec ce sens que les décisions, qui semblent accuser une divergence d'opinions, ont été admises par les compilateurs des Pandectes. Cependant elles sont conçues d'une manière si générale que peut-être est-il plus exact de reconnaître, avec M. de Savigny, qu'il y avait sur ce point controverse entre les jurisconsultes romains. La loi 59, *De oblig.*, paraît effectivement bien radicale, pour ne laisser aucune place à une obligation naturelle, dans le cas où un pupille aurait emprunté sans l'*auctoritas tutoris*.

Ce que nous avons dit des restrictions qui, suivant nous, doivent être apportées à la validité du payement

(1) *Interdum persona locum facit repetitioni, ut puta, si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is cui bonis interdictum est solverit : nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem exstant nummi vindicabuntur, consumptis vero condictio locum habebit.*

concernant l'obligation naturelle contractée par le pupille, est également vrai quant aux actes de reconnaissance qui auraient pour but l'acquittement d'une pareille dette, par exemple, une expromission, un constitut. Ces actes sont possibles sans doute, mais à la condition qu'ils émanent d'une personne capable de s'obliger. Aussi dirons-nous que si le payement, l'expromission, le constitut proviennent des héritiers du pupille, chez lesquels il y aura capacité d'aliéner et de s'engager, leur validité ne rencontrera aucun obstacle, à raison de l'obligation naturelle qui de la personne du pupille a passé sur la tête de ses représentants. L'erreur de droit ne devra même pas être prise en considération, pas plus qu'elle ne vicierait le payement fait par l'ex-pupille devenu capable, sauf la faveur accordée à la minorité de vingt-cinq ans, dans le cas où le payement aurait eu lieu pendant la minorité.

Les mêmes considérations nous servent à résoudre la question de savoir si la compensation peut être invoquée contre un pupille, à raison de son obligation naturelle, quand il se trouve créancier civil de celui à qui il doit naturellement. Autoriser la compensation, ce serait autoriser un payement indépendant de l'*auctoritas tutoris;* ce serait également mettre le pupille en état de faire sa condition pire sans cette *auctoritas*. La compensation n'est d'ailleurs qu'une application de l'exception de dol. Or, nous avons déjà fait observer qu'il n'y avait pas dol de la part du pupille à ne pas exécuter les conventions onéreuses qu'il a conclues sans la protection de son tuteur. C'est bien ainsi que les Romains envisageaient les choses, puisqu'ils décidaient qu'un pupille créancier,

qui aurait consenti sans l'*auctoritas tutoris* un pacte *de non petendo*, n'était pas exposé à subir l'exception *pacti conventi*, l. 28, pr. D. *De pact.* Cette exception cependant n'est au fond que l'exception de dol, ramenée à un fait déterminé, *in factum composita*. Les circonstances, qui constitueraient *in dolo* une personne capable, ne peuvent donc pas produire cet effet à l'encontre du pupille. Si le simple pacte suffit, en général, pour engendrer une obligation naturelle, susceptible d'être invoquée *ex parte rei*, à titre d'exception, de manière à repousser une action, cette règle, on le voit, n'était pas appliquée au détriment du pupille. Le pacte qu'il avait conclu en dehors de la coopération du tuteur ne pouvait le priver de son droit d'action ; il était considéré comme non avenu, parce qu'il était fait *contra juris civilis regulas*, suivant l'expression de Gaïus, *dict. l.* 28 pr.

Si l'on avait admis que la convention suffisait pour lier naturellement le pupille, qu'il en découlait à son encontre, comme à l'égard d'une personne capable, une obligation qui pût être efficace *jure exceptionis*, qui autorisât le droit de rétention et permît de repousser l'action du pupille, cette doctrine eût été extrêmement dangereuse. Il en serait résulté qu'un pupille ayant vendu et *livré* sans l'*auctoritas tutoris*, il lui aurait été interdit de reprendre ce dont il s'était dessaisi, puisque l'acheteur se trouvait dans la position d'un défendeur, et aurait pu conserver ce qu'il possédait comme lui étant dû naturellement. Il suffit de signaler les conséquences déplorables qu'eût amenées un pareil système, pour faire sentir qu'il n'est pas admissible. Disons que le pupille restera protégé par cette grande règle, d'après laquelle il lui est interdit de faire par un contrat sa condition pire sans

l'*auctoritas tutoris*. Il n'a pu, sans cette *auctoritas*, créer une obligation qui lui cause préjudice, même *jure exceptionis;* il n'a pu également aliéner ce qu'il s'était engagé à livrer, et la voie de la revendication sera ouverte contre l'acheteur.

Nous trouvons une confirmation positive de ces principes dans la loi 7, § 1, D. *De rescind. vend.* Le jurisconsulte Paul, vers la fin de ce texte, se demande ce qu'il faudrait décider dans le cas où, après une vente régulièrement conclue avec l'*auctoritas tutoris*, le pupille seul conviendrait avec l'autre partie que la vente serait résolue. Les choses seront-elles au même état, dit Paul, que si le contrat était intervenu *ab initio* sans l'*auctoritas tutoris*, de telle sorte que la partie capable reste seule liée, sauf la faculté de se refuser à l'accomplissement du contrat, s'il n'est exécuté du côté de l'adversaire : *ut scilicet ipse* (le pupille) *non teneatur, sed agente eo retentiones competant* (1)? Suivant Paul, on devra refuser tout effet au pacte, et laisser subsister la vente *ex utraque parte*, surtout si le co-contractant est tombé dans une erreur excusable, parce qu'il s'imaginait sans doute traiter avec un pubère. En mettant de côté la faveur accordée à ce co-contractant, qui ne doit pas souffrir du pacte qu'il a

---

(1) Ce texte nous prouve que si un pupille a fait seul un contrat synallagmatique, il est devenu créancier, sans devenir débiteur. Le contrat est boiteux, comme on le dit habituellement, en ce sens que le pupille a le droit d'exiger l'exécution du contrat, droit qui n'appartient pas également à son adversaire. Mais les deux obligations corrélatives ne peuvent pas se séparer. Si le pupille agissant *tutore auctore*, réclame l'accomplissement du contrat, il devra l'observer de son côté. S'il a acheté, il ne peut exiger la marchandise sans payer le prix; s'il a vendu, il ne peut prétendre à recevoir le prix sans fournir la marchandise.

conclu par erreur, on voit qu'il n'est pas douteux dans l'esprit du jurisconsulte que l'adversaire du pupille ne peut tirer aucun parti du pacte dissolutoire pour l'opposer à l'action du pupille. Ce dernier qui aurait acheté, par exemple, n'a pas pu davantage, par son seul fait, se dépouiller de sa créance contre son vendeur que le pupille qui aurait stipulé n'aurait pu, par un pacte *de non petendo* renoncer à son action contre le promettant. La seule difficulté, aux yeux de Paul, est de savoir si le vendeur s'est placé dans une position mauvaise par l'effet de la convention intervenue ; et ce n'est que *æquitatis causa* qu'il se prononce pour la négative, en prenant en considération l'erreur dans laquelle a pu tomber le vendeur.

La décision que nous avons admise, en ce qui touche la compensation n'est-elle pas contredite par un texte d'Ulpien, la loi 3, § 4, D. *De neg. gest.* (n° XXXIX) ? Le jurisconsulte, en conservant la leçon donnée par tous les manuscrits, suppose que c'est un pupille qui s'est rendu *negotiorum gestor*. Dans ce cas, dit Ulpien, il y a lieu, depuis le rescrit d'Antonin, à une action contre le pupille, l'action *negotiorum gestorum directa*, jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi. La règle est la même que s'il s'agissait d'un contrat (1); le géré ne

(1) Rappelons ici l'observation que nous avons faite plus haut sur l'incertitude de la jurisprudence romaine quant à la portée de l'engagement du pupille, alors qu'il s'agit d'obligations *quasi ex contractu*. Ainsi la loi 37, pr., *De neg. gest.*, limite l'obligation du pupille, dont les affaires ont été gérées, au profit encore subsistant à l'époque où le gérant exerce son action, *litis contestatæ tempore*, tandis qu'on traitait plus favorablement le tuteur, l. 3, § 7, *De cont. tut. act.*, bien qu'ici encore il y eût obligation *quasi ex contractu*. — Nous avons vu aussi

peut pas obtenir une condamnation au delà du profit que le pupille a retiré de la gestion. Toutefois ce dernier serait tenu en dehors de cette limite, à raison de l'obligation naturelle que fait peser indéfiniment sur lui sa *negotiorum gestio*. Sous ce rapport, si l'obligation n'a pas la vertu de produire une action, elle pourrait du moins être invoquée par le *dominus rei*, défendeur à l'action *negotiorum gestorum contraria* qui serait exercée du chef du pupille. Il y aurait lieu, en effet, à faire supporter au pupille, par voie de compensation, toutes les conséquences de sa gestion. Le jurisconsulte, par la manière dont il s'exprime *(agendo autem)*, semble bien vouloir mettre en opposition les deux hypothèses, et admettre pour la dernière la faculté de compenser sans restriction, en tenant compte de la gestion quel qu'en ait été le résultat *(compensationem ejus quod gessit patitur)*.

Cujas (1) n'a pu rendre raison de ce texte qu'en l'amendant. Il intervertit les rôles, en substituant à : *pupillus*

---

que, suivant Gaïus, III-91, les conséquences du payement de l'indû fait entre les mains d'un pupille avaient divisé les auteurs. Justinien a raison de repousser en pareil cas la *condictio indebiti*, le fait volontaire du pupille qui reçoit ce qui ne lui est pas dû ne devant pas lui être plus préjudiciable que le fait de recevoir ce qui lui est dû. Toutefois, comme un pupille, à la suite de la prestation de l'indû, sera tenu au moins jusqu'à concurrence de ce qu'il aura conservé, et que, d'un autre côté, même à l'égard d'une personne capable, la répétition n'est autorisée que dans la même limite, l. 3, l. 32, pr. D. *De cond. ind.*, on peut se demander quelle utilité présente la décision de Justinien. Nous ferons observer que l'*accipiens* est tenu, en principe, à raison du payement qu'il a reçu, sauf à lui à prouver qu'il ne s'est pas enrichi. Le pupille, au contraire, n'est pas tenu à cause de cette circonstance qu'il a reçu quelque chose, mais uniquement s'il a conservé tout ou partie de ce qui lui a été livré, de sorte que c'est au demandeur qu'incombe la charge de prouver qu'il y a lieu à une action contre le pupille.

(1) Obs. XIII-7.

le mot : *pupilli*, de telle sorte qu'il serait question d'un pupille dont les affaires auraient été gérées. Ce dernier ne serait jamais tenu au delà du *quatenus locupletior factus est*, soit qu'il fût poursuivi par l'*actio contraria*, soit qu'il intentât l'*actio directa*. Cette explication a été suivie par Godefroy, par Noodt, par Pothier. — On ne peut disconvenir qu'elle ne soit favorisée jusqu'à un certain point par le contenu du § précédent, ainsi que par le § suivant. Ulpien, en effet, dans le § 3, s'occupe d'interpréter cette expression de l'Edit : *alterius*, qui se rapporte au géré ; et le § 5 ne sort pas de cet ordre d'idées, puisqu'il traite le cas où les affaires d'un *furiosus* auraient été gérées. Néanmoins, il est certain qu'il faut faire violence au texte pour adopter cette opinion. La correction ne se bornerait pas à l'expression *pupillus;* il faudrait intercaler un : *quis* entre les mots : *si* et *negotia ;* et la phrase d'Ulpien resterait toujours incorrecte, la personne qui peut être poursuivie n'étant pas celui *qui negotia gessit,* comme on devrait s'y attendre, mais bien l'autre partie. Ce qui est décisif d'ailleurs contre cette interprétation, c'est la fin du texte, qui précise bien nettement le rôle du pupille, en disant que, s'il est demandeur, il doit subir la compensation *ejus quod gessit,* ce qui donne bien à entendre que c'est lui qui a géré. Il n'y aurait plus enfin, de la sorte, entre les deux hypothèses prévues par Ulpien, le contraste que le jurisconsulte a l'intention d'indiquer, puisque l'obligation ne dépasserait jamais les limites de l'enrichissement. Aussi bien des commentateurs, depuis Favre jusqu'à nos jours, s'accordent-ils pour repousser l'explication proposée par Cujas.

Nous croyons aussi que c'est ce dernier système qu'il

faut adopter, en reconnaissant qu'Ulpien est allé jusqu'à admettre que l'obligation naturelle d'un pupille, abstraction faite d'un enrichissement, pourrait lui être opposée, quand il réclame le remboursement des dépenses qu'il a faites comme *negotiorum gestor*. Remarquons que la position de celui dont les affaires ont été gérées est bien digne d'intérêt; car on ne peut lui reprocher de s'être confié à un incapable. L'obligation du géré ne repose que sur un motif d'équité; il n'est tenu qu'autant qu'il y a eu gestion *utile*. Peut-on lui faire rembourser ce dont il a profité, sans lui tenir compte du tort qu'on lui a causé? L'opportunité de la gestion, qui est la condition de l'*actio contraria*, s'analyse en définitive dans le résultat que donne la balance des bénéfices et des pertes. Un pupille a dépensé 1000 écus pour administrer les affaires d'un absent; mais en même temps il avait perçu par suite de cette administration une somme pareille qu'il a dissipée, ou il a occasionné par sa mauvaise administration un préjudice qui s'élève à la même somme. L'*utilité* de la gestion disparaît, et par conséquent le droit d'obtenir une condamnation. La décision d'Ulpien peut donc se justifier à raison des circonstances dans lesquelles elle est donnée; mais il n'y a aucun argument à en tirer, pour imposer au pupille, par voie de compensation, la charge des obligations qu'il a prises envers ceux qui ont eu l'imprudence de *contracter* avec lui sans l'*auctoritas* du tuteur.

Nous nous sommes étendu un peu longuement sur les effets de l'obligation au regard du pupille, parce que c'est la partie la plus délicate de cette matière. Beaucoup d'esprits s'effrayent de l'idée de soumettre à

une obligation naturelle l'impubère qui a contracté seul, parce qu'ils songent aux conséquences ordinaires qu'entraîne souvent cette espèce de dette, comme si le cortége de toutes ces conséquences était nécessaire pour être autorisé à dire qu'il y a obligation naturelle. C'est ici le lieu de rappeler l'observation que nous avons faite au début de notre travail sur les degrés divers d'énergie dont est susceptible l'obligation naturelle chez les Romains. Réduite aux proportions que nous lui avons assignées, dans ses rapports avec le débiteur, on voit que cette obligation n'offre rien de bien dangereux, puisque nous ne permettons pas de l'opposer au pupille par voie de compensation, de rétention, d'exception. Il faudra une exécution émanant du débiteur; et encore cette exécution devra-t-elle, pour être efficace, avoir été faite en état de capacité, ou avec l'agrément de ceux qui doivent suppléer à l'incapacité, tant qu'elle existe. L'exécution qui se produira dans ces conditions sera considérée comme l'accomplissement d'une obligation; l'erreur de droit ne permettra pas la répétition, parce qu'au fond il y a payement d'une dette. Les créanciers du débiteur n'auront pas la faculté de critiquer l'opération, comme constituant une libéralité, plus facilement révocable, d'après les principes de l'action Paulienne, qu'un acte à titre onéreux.

Les ménagements, dont on use à l'égard du pupille, devront, au contraire, être mis de côté, s'il s'agit de reconnaître une obligation naturelle, en ce qui concerne les tiers, qui ont eu le tort d'accéder à l'obligation naturelle de l'impubère, et qui ont dû apprécier à leurs risques et périls si l'impubère était assez éclairé pour s'engager

sérieusement. Bien des textes nous disent que la fidéjussion est valable quant à l'obligation contractée par un pupille sans l'*auctoritas tutoris*; et on ne doit pas restreindre cette validité au cas où le pupille se serait enrichi. Nous nous bornerons à citer la loi 127, D. *De verb. oblig.*, où Scævola suppose évidemment un pupille, qui n'est soumis à aucune action, puisqu'il décide qu'à raison de l'absence de toute action la *mora* n'est pas possible de sa part : *nulla enim intelligitur mora fieri, ubi nulla petitio est.* Scævola écrivait postérieurement à Antonin, et la manière radicale dont il s'exprime ne permet pas de s'arrêter à l'explication de Cujas (1), qui revient encore, à propos de ce texte, à cette idée que le jurisconsulte ferait allusion au droit appliqué avant la constitution d'Antonin.

De même, si un créancier a consenti à libérer son débiteur, en se contentant de l'engagement d'un pupille qui promet sans l'*auctoritas tutoris*, il faudra dire que le créancier doit supporter les conséquences de son imprudence; il y aura novation, parce qu'il s'est formé au moins une obligation naturelle, suffisante pour opérer novation, ainsi que l'exprime Ulpien, L. 1, § 1, D. *De novat.* Il n'est pas possible d'admettre avec Cujas que le pupille se sera enrichi par cette *expromissio*, attendu qu'il se serait libéré vis-à-vis l'un de ses créanciers. S'il en était ainsi, le créancier acquerrait une action contre le pupille. Telle n'est pas évidemment la pensée de *Gaïus*, qui qualifie de *nulla* (III-176) l'obligation qui est intervenue, non plus que celle des rédacteurs des Institutes, qui nous disent, liv. III, tit. XXIX, § 3, que la stipu-

(1) T. I, c. 1246.

lation est *inutilis*, et que le stipulant éprouve une perte: *quo casu res amittitur*.

Nous traiterons de la même manière le constitut, l'expromission, l'hypothèque, qui émaneraient de tiers à l'occasion de l'obligation naturelle du pupille. Tous ces actes seront maintenus, parce qu'ils se rapportent à une obligation naturelle, sans laquelle ils ne pourraient se comprendre. Sans doute c'est surtout à l'égard des tiers que cette obligation naturelle a de la valeur ; mais c'est aller trop loin que de lui dénier tout effet à l'encontre du débiteur. S'il est vrai que tous les jurisconsultes romains n'ont pas admis qu'il y eût en ce sens une obligation naturelle, nous estimons que cette opinion a été repoussée par la plupart d'entre eux, et qu'il est légitime d'admettre que, dans la jurisprudence romaine, le pupille, qui contracte seul sans s'enrichir, a été en général considéré comme s'engageant naturellement.

TEXTES EXPLIQUÉS

§ 2e, art. 4e. — Mineurs de 25 ans.

L. 13, pr. De minoribus viginti quinque annis, D. IV-IV.

ULPIANUS, libro undecimo ad Edictum.

XL. In causæ cognitione versabitur utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his, qui pro eo obligati sunt, ut puta fidejussoribus. Itaque si cum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fidejusseris pro eo, non est æquum fidejussori in necem meam subveniri : sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. In summa, perpendendum erit Prætori cui potius subveniat, utrum creditori, an fidejussori; nam minor captus neutri tenebitur. Facilius in mandatore dicendum erit non debere ei subvenire : hic enim velut adfirmator fuit et suasor ut cum minore contraheretur. Unde tractari potest : minor in integrum restitutionem utrum adversus creditorem, an adversus fidejussorem implorare debeat? et puto tutius adversus utrumque. Causa enim cognita, et præsentibus adversariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendæ sunt.

ULPIEN, sur l'Édit, livre 11e.

XL. Dans l'examen de l'affaire, le magistrat aura à voir s'il doit secourir seulement le mineur, ou même ceux qui se sont obligés pour lui, par exemple, les fidéjusseurs. C'est pourquoi si, comme je n'avais pas confiance en un mineur, que je connaissais pour tel, vous vous êtes porté son fidéjusseur, il n'est pas juste qu'on vienne à votre secours, de manière à me préjudicier. Il vaut mieux dire que l'action de mandat vous sera refusée. En somme, le Préteur examinera si c'est le créancier ou le fidéjusseur qu'il faut protéger; quant au mineur, s'il est lésé, il sera dégagé envers l'un et l'autre. S'il s'agit d'un mandant, il y aura moins de difficulté à lui refuser protection, parce que c'est lui qui a poussé à contracter avec le mineur. A ce sujet, on peut se demander si c'est contre le créancier ou contre le fidéjusseur que le mineur doit réclamer la restitution. Le plus sûr est d'agir con-

tre les deux ; et la portée de la restitution sera réglée par le Préteur, soit contradictoirement, soit en l'absence de ceux qui refuseraient de comparaître.

L. 48, § 1, *De fidejussoribus et mandatoribus*, D. XLVI-I.

PAPINIANUS, libro decimo Quæstionum.

XLI. Huic similis et illa quæstio videri potest, ob ætatem si restituatur unus fidejussor, an alter onus obligationis integrum excipere debeat. Sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter incertum ætatis ac restitutionis. Quod si dolo creditoris inductus sit minor ut fidejubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus confidejussorem, quam si, facta novatione, circumvento minore, desideraret in veterem debitorem utilem actionem sibi dari.

PAPINIEN, Questions, livre 10e.

XLI. Une question analogue à la précédente est celle de savoir si, quand l'un des fidéjusseurs est restitué à raison de son âge, l'autre doit supporter tout le poids de l'obligation. Il en sera ainsi, quand le mineur n'est intervenu qu'après coup, à raison de l'incertitude que jetaient sur son obligation son âge et la possibilité d'une restitution. Si c'est par le dol du créancier que le mineur a été induit à cautionner, on ne viendra pas plus au secours du créancier, en grevant le co-fidéjusseur, que si le créancier, ayant fait novation et ayant accepté pour débiteur un mineur lésé, demandait qu'on lui accordât une action efficace contre l'ancien débiteur.

L. 95, § 3, *De solutionibus et liberationibus*, D. XLVI-III.

PAPINIANUS, libro vicesimo octavo Quæstionum.

XLII. Quod vulgo jactatur, *fidejussorem, qui debitori heres ex-*

PAPINIEN, Questions, livre 28e.

XLII. Ce que l'on dit habituellement, que le fidéjusseur, qui

titit, ex causa fidejussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur; nam si reus duntaxat natura (1) fuit obligatus, fidejussor non (2) liberabitur. E contrario, non potest dici non tolli fidejussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem. Nam si minori viginti quinque annis bonæ fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit herede fidejussore, difficile est dicere, causam juris honorarii, quæ potuit auxilio minori esse, retinere fidejussoris obligationem, quæ principalis fuit, et cui fidejussor is accessit sine contemplatione juris prætorii. Auxilium igitur restitutionis fidejussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit.

(1 et 2). Pour la justification de cette double correction au texte de la leçon Florentine, proposée par Cujas, sur la foi des Basiliques, voyez l'explication de ce texte.

succède au débiteur, est libéré en qualité de fidéjusseur, est vrai toutes les fois que l'obligation du *reus* est complète ; car, si ce dernier n'était obligé que naturellement, il n'y aura pas extinction de la fidéjussion. Au contraire, on ne peut pas dire que l'obligation du fidéjusseur ne s'éteindra pas, quand le débiteur avait un moyen de défense qui lui était personnel. Ainsi, quand de l'argent a été prêté de bonne foi à un mineur de vingt-cinq ans, qui l'a perdu, et qu'avant l'expiration du délai de la restitution ce dernier meurt, laissant pour héritier son fidéjusseur, on ne peut admettre que l'obligation du mineur, qui était l'obligation principale, et à laquelle celle du fidéjusseur est venue se joindre, sans que l'on songeât à se prémunir contre le droit prétorien, laisse subsister l'obligation de la fidéjussion, à raison de ce que le droit honoraire pouvait être invoqué par le mineur. La ressource d'une restitutiou appartiendra donc, dans le délai ordinaire, au fidéjusseur héritier du mineur.

L. 7, § 1, De exceptionibus, præscriptionibus et præjudiciis, D. XLIV-1.

PAULUS, libro tertio, ad Plautium.

XLIII. Rei autem cohærentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt, ut rei judicatæ,

PAUL, sur Plautius, livre 3e.

XLIII. Les exceptions inhérentes à la chose compétent aussi aux fidéjusseurs, comme

doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fidejussori. Intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandæ causa petitur, etiam fidejussori competit. Idem dicitur et si pro filiofamilias contra senatusconsultum quis fidejusserit, aut pro minore viginti quinque annis circumscripto. Quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium quam restitutus fuerit, nec fidejussori danda est exceptio.

les exceptions de la chose jugée, de dol, de serment, de violence. Pareillement, si le débiteur a fait un pacte *in rem*, l'exception compète toujours au fidéjusseur. Il en est de même de l'exception pour intercession, ou quand ce qui est demandé n'est qu'une exigence en vue de gêner la liberté. On doit en dire autant, si quelqu'un a cautionné un fils de famille qui a emprunté contrairement au sénatus-consulte, ou un mineur qui a été trompé. S'il s'agit d'un mineur lésé, ce dernier n'est protégé qu'autant qu'il a obtenu la restitution, et dans ce cas le fidéjusseur n'a pas droit à une exception.

L. 101, *De verborum obligationibus*, D. XLV-1.

MODESTINUS, libro quarto, de Præscriptionibus.

XLIV. Puberes, sine curatoribus suis, possunt ex stipulatu obligari.

MODESTIN, sur les Prescriptions, livre 4e.

XLIV. Les Pubères peuvent s'obliger par stipulation, sans leurs curateurs.

L. 3, *De in integrum restitutione minorum*... C. II-XXII.

Impp. Dioclet. et Maxim., AA. et CC., Attiano.

XLV. Si curatorem habens minor quinque et viginti annis, post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet: cum non absimilis ei videatur minor curatorem habens, cui a prætore curatore dato bonis interdictum

Les empereurs Dioclétien et Maximien, Augustes et Césars à Attianus.

XLV. Si ayant un curateur, vous avez vendu, étant mineur de vingt-cinq ans, après l'âge de puberté, ce contrat ne doit pas être maintenu; car le mineur qui a un curateur ne diffère pas de celui à qui le Préteur, en l'interdisant, a nommé un

est. Si vero sine curatore constitutus, contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora præstituta excesserint, causa cognita non prohiberis.

curateur. Mais si vous n'aviez pas de curateur quand vous avez contracté, vous pouvez, si les délais ne sont pas expirés, réclamer la restitution, qui vous sera accordée, après examen de l'affaire.

EXPLICATION.

—

§ 2e, art. 4e.— Mineurs de 25 ans.

L'ancien droit romain, au point de vue de l'incapacité ou de la capacité tenant à l'âge des personnes, ne connaissait qu'une distinction, celle des impubères et des pubères. L'impubère était incapable de tous les actes qui pouvaient lui nuire, à moins d'être habilité par l'*auctoritas* d'un tuteur, sous la protection duquel il devait être placé, quand il était *sui juris*. Mais, une fois la puberté acquise, cette incapacité prenait fin et était remplacée par la concession de la capacité la plus étendue. La tutelle cessait également, si elle avait existé auparavant (1).

Cependant, on s'aperçut de bonne heure que cet état de choses présentait des dangers; et ces dangers devinrent plus sensibles à mesure que l'ancienne simplicité de mœurs disparaissait, et que la richesse individuelle prenait de l'accroissement. Dans le but de parer aux inconvénients résultant de la libre administration et disposition de son patrimoine laissée au pubère, divers moyens furent mis en œuvre dans la législation romaine.

Le premier pas dans cette voie fut fait par une loi Plætoria, dont la date précise est inconnue, mais qui devait exister vers le milieu du sixième siècle, puisqu'elle est mentionnée par Plaute. C'est à cette loi que remonte

---

(1) Nous laissons de côté les restrictions dérivant de la tutelle perpétuelle des femmes, institution déjà fort affaiblie à l'époque des jurisconsultes, et tombée en désuétude longtemps avant Justinien.

l'origine de la distinction des mineurs et des majeurs de vingt-cinq ans, ce qui explique comment la majorité de vingt-cinq ans est quelquefois qualifiée : *legitima ætas*.

L'effet principal de cette loi fut de réprimer la fraude consistant à abuser de l'inexpérience d'un mineur de vingt-cinq ans pour l'entraîner à conclure une affaire qui lui serait préjudiciable. L'auteur du dol était soumis à une accusation criminelle, à un *judicium publicum*, ouvert comme tel à tout citoyen, par suite duquel le coupable était exposé sans doute à une peine pécuniaire et encourait l'infamie. Le mineur devait en outre être protégé contre les conséquences de son obligation ; et la jurisprudence romaine connut à cet égard une exception particulière, fondée sur la loi Plætoria, exception qui finit par disparaître, comme nous le verrons plus loin, en se fondant dans l'exception générale de dol. Enfin la loi Plætoria aurait autorisé à l'égard du mineur de vingt-cinq ans la nomination d'un curateur spécial, qui aurait pu être sollicitée pour une affaire particulière, quand celui qui désirait traiter avec un mineur voulait se mettre à l'abri de tout soupçon de fraude, et se garantir contre l'application du *judicium publicum* dont nous avons parlé (1).

Peu de temps après la loi Plætoria, selon toute vraisemblance, bien qu'ici encore il soit impossible de fixer l'époque de cette innovation, le droit Prétorien vint ajouter à la distinction d'âge introduite par cette loi un intérêt fort considérable, en ouvrant au profit du mineur de

(1) Les auteurs ne sont pas d'accord sur les diverses prescriptions contenues dans la loi Plætoria. Nous suivons le système développé par M. de Savigny, *Verm. Schrif*, t. II, nº XVIII.

vingt-cinq ans qui aurait été lésé la faculté d'obtenir une *restitutio in integrum*. La capacité pour le pubère non encore majeur de s'obliger civilement n'en subsista pas moins. Seulement, l'obligation était susceptible d'être rescindée, après examen fait par le magistrat des circonstances dans lesquelles l'obligation était intervenue, en tenant compte de la gravité du préjudice, en recherchant s'il était dû à l'inexpérience du débiteur et non à un cas fortuit, enfin pourvu que le secours de la restitution fût demandé dans un certain délai, de manière à ne pas livrer à une incertitude indéfinie les rapports de droit qui intéressaient les personnes jouissant de cette position privilégiée. Il est à remarquer que le moyen imaginé par le Préteur a survécu à travers les siècles, et que notre législation a accepté en grande partie sur ce point l'héritage du droit romain.

En dernier lieu, une constitution de Marc-Aurèle, dont la teneur nous a été conservée par un fragment de l'historien Capitolinus, décida que, à raison seulement de l'âge, un curateur pourrait être nommé au mineur de vingt-cinq ans qui réclamerait cette protection. La conséquence de cette mesure était d'enlever à l'adulte l'administration de ses biens, qui passait aux mains du curateur. Quant à l'influence que devait exercer sur la capacité du mineur, au point de vue des obligations, la nomination d'un curateur, c'est l'objet d'une controverse : aussi devons-nous examiner séparément la condition du mineur dépourvu de curateur, et celle du mineur qui, par l'effet de l'organisation d'une curatelle, a été dessaisi de l'administration de son patrimoine.

1re Hypothèse. — Le mineur est sans curateur.

Il n'est pas douteux que, dans cette situation, le mineur peut s'obliger civilement; mais, s'il est lésé, il aura la ressource d'une *restitutio in integrum*, par l'effet de laquelle il se trouvera dégagé. Grâce à la rescision de l'obligation prononcée par le magistrat, aucune action ne sera possible contre le mineur; il a cessé d'être tenu civilement. En faut-il dire autant de l'obligation naturelle? nous ne saurions l'admettre sans taxer d'inconséquence les jurisconsultes romains; car, si à leurs yeux, l'impubère même, qui a contracté sans l'*auctoritas tutoris*, est obligé naturellement, bien qu'il ne se soit pas enrichi, on ne peut pas refuser une égale capacité au pubère qui se trouve dans une position analogue. Nous appliquerons, dès lors, à l'obligation naturelle qui subsiste chez le mineur de 25 ans, nonobstant la restitution, les effets limités que nous avons attachés à l'obligation naturelle du pupille. Nous voyons d'ailleurs qu'à la suite de la rescision prétorienne les Romains maintenaient l'engagement de ceux qui avaient accédé à l'obligation rescindée, ce qui prouve que l'obligation n'a pas disparu tout entière.

Cependant la question de savoir si les débiteurs accessoires, les fidéjusseurs, par exemple, participeront ou non au bénéfice de la restitution concèdée au mineur, est un point qui a été toujours débattu. Les textes, en effet, paraissent en contradiction à cet égard, les uns affirmant, les autres niant l'extension de la restitution au profit des fidéjusseurs. Cette difficulté ne peut être résolue qu'à l'aide de distinctions.

Que le fidéjusseur ne soit pas toujours libéré, mais

qu'il le soit quelquefois, c'est ce qui ressort d'abord d'un texte d'Ulpien, la loi 3, § 4, D. *De minor*. Le jurisconsulte se demande si le père profitera de la *restitutio* obtenue par son fils en puissance, et à cette occasion il fait allusion à la position du fidéjusseur, pour lequel il s'exprime ainsi : *ut solet* INTERDUM *fidejussori ejus prodesse*.

Le même Ulpien, L. 13, pr. D. *De minor*. (n° XL), nous apprend que le sort des fidéjusseurs est abandonné à l'appréciation du magistrat, qui, dans la *causæ cognitio* préalable à la restitution, s'occupera du point de savoir quelle portée il doit donner à cette restitution. Pour se décider à cet égard, il examinera dans quelles circonstances et dans quel but est intervenu le fidéjusseur. Si celui qui a traité avec un mineur hésitait à le faire parce qu'il se défiait du mineur à raison de son âge et du danger d'une restitution, et que le fidéjusseur se soit obligé précisément pour garantir contre ces appréhensions, Ulpien décide avec beaucoup de raison qu'il serait inique de secourir le fidéjusseur au détriment du créancier. Celui-ci conservera ses droits contre le fidéjusseur qui, de son côté, sera privé de tout recours contre le mineur. La restitution le mettra aussi à l'abri de l'action *mandati contraria*. — En principe, dit le jurisconsulte, ce sera l'affaire du Préteur de rechercher s'il doit sacrifier le créancier ou le fidéjusseur. Quant au mineur, il devra, en cas de lésion (*captus*), être dégagé vis-à-vis l'un et l'autre. S'il s'agissait d'un *mandator* au lieu d'un *fidejussor*, ajoute Ulpien, la solution du problème serait plus facile. Le *mandator* ayant poussé à contracter le tiers, qui ne s'y est décidé qu'en considération du mandat, l'action *mandati* devra être maintenue contre lui, malgré la restitution du mineur. — Ulpien se de-

mande enfin quelle est la marche à suivre par le mineur qui veut se faire restituer. Comme il est obligé envers deux personnes, et qu'il a à craindre une action, soit de la part du créancier principal, soit de la part du fidéjusseur, le parti le plus sûr, dit le jurisconsulte, est de mettre en cause les deux adversaires, afin que le magistrat, soit contradictoirement avec tous les intéressés, soit en l'absence de ceux qui refuseraient de comparaître, puisse régler définitivement la portée qu'il doit donner à la restitution.

Nous avons vu que, suivant Ulpien, le magistrat qui accorde la restitution devait, quant au fidéjusseur, tenir compte du motif qui avait amené son intervention, et s'abstenir de le libérer, dans le cas où il se serait engagé en vue de l'éventualité d'une restitution pour cause de minorité. Or, toutes les fois qu'un mineur aura contracté, en faisant corroborer son obligation par l'accession d'un fidéjusseur, et que cet état de minorité sera bien connu, la présomption qui devra être admise sera que le fidéjusseur s'est engagé pour mettre le créancier à l'abri des conséquences de la minorité du débiteur, et que dès lors il ne peut pas prétendre à se faire relever de son engagement. Aussi les lois 1 et 2, C. *De fidej. minor.*, posent-elles, comme règle générale, cette idée que les fidéjusseurs d'un mineur ne peuvent profiter de la restitution octroyée *ætatis beneficio* au débiteur principal. La même doctrine se retrouve dans un texte de Paul (1), qui décide que celui qui, bien édifié sur l'âge de

(1) *Sent.* liv. I, tit. IX, § 6. *Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurretur.*

quelqu'un, s'est obligé pour celui-ci en connaissance de cause, ne pourra pas invoquer la ressource d'une restitution, dont la faveur sera restreinte au mineur. — On doit évidemment conclure de la manière dont s'exprime Paul, et de l'importance qu'il attache à cette circonstance que le fidéjusseur était parfaitement instruit de l'état de minorité, qu'il arrivait à une solution contraire, dans l'hypothèse où le fidéjusseur ignorait la minorité du *reus*. Celui-ci n'a pu songer alors à l'utilité de son intervention au point de vue de la minorité; ce qu'il a entendu garantir seulement, c'est la solvabilité du *reus*. Mais il comptait avoir un recours à exercer par l'action *mandati ;* et, s'il est privé de ce recours, il est juste qu'il soit lui aussi dégagé. La restitution lui appartiendra à raison de l'erreur dans laquelle il est tombé; car les majeurs sont restituables *ob errorem*. Il faut sous-entendre cependant que l'erreur sera excusable, et non grossière, ce qui devra être apprécié par le magistrat dans la *causæ cognitio*.

Cette ignorance de la minorité, qui doit être prise en considération pour étendre au fidéjusseur le bénéfice de la restitution, n'est-elle pas le motif qui explique la décision de Papinien, contenue dans la loi 48, § 1, D. *De fidej.* (n° XLI)? Faisons observer d'abord que, dans le pr. de cette loi, le jurisconsulte s'occupe du cas où quelqu'un se serait porté co-fidéjusseur avec une femme. Point de doute, dit-il, que le fidéjusseur mâle ne soit alors tenu *in solidum*, sans pouvoir prétendre au bénéfice de division; car il devait savoir où, de sa part, il y aurait erreur grossière à ignorer qu'il n'est pas permis à une femme de faire un acte d'intercession. Pa-

pinien traite ensuite une question analogue, celle de savoir ce qu'il faut décider pour le cas où les deux fidéjusseurs seraient, d'une part un majeur, et de l'autre un mineur de vingt-cinq ans, qui obtiendrait le bénéfice d'une restitution. Dans cette hypothèse, on devrait faire supporter au majeur tout le poids de la dette, quand le mineur n'est intervenu qu'après coup, et postérieurement à la fidéjussion émanée du majeur. Il faudrait, au contraire, décider autrement, dans la pensée de Papinien, si les deux fidéjusseurs s'étaient obligés simultanément; le majeur ne perdrait pas alors le droit au bénéfice de division, malgré la restitution de son collègue. Le motif de cette solution serait tiré de l'ignorance dans laquelle pourrait se trouver le majeur quant à la capacité de son co-fidéjusseur ; et ce serait ce motif que Papinien aurait l'intention d'indiquer par ces expressions : *propter incertum ætatis ac restitutionis*. Il faudrait les traduire ainsi : parce que le majeur ne connaissait pas l'âge du co-fidéjusseur et la possibilité d'une restitution en sa faveur.

Cette explication fournie par Cujas (1), ne nous paraît pas absolument devoir être condamnée. Nous préférons cependant l'interprétation suivie par Godefroy, d'après laquelle les mots : *propter incertum*... se référeraient directement au seul cas qui est positivement résolu par Papinien. Ce cas est celui où il y a eu successivement deux fidéjussions, dont la première émane d'un majeur; et le motif donné par le jurisconsulte semble bien s'appliquer *a* cet ordre de faits. Sans doute, il est légitime d'induire à *contrario* que la décision devrait changer, si l'on change les faits. Mais il nous paraît un peu forcé de supposer

(1) *Comment. in lib. Quest. Papin.*, t. IV, c. 268 et suiv.

que Papinien sous-entend une hypothèse différente, qu'il la résout tacitement, et qu'il se préoccupe de justifier la décision d'une question qu'il passe sous silence. On peut, ce nous semble, donner un sens satisfaisant aux derniers mots de la première phrase de notre texte, en restant en présence de l'espèce unique qui soit expressément prévue par Papinien. Il s'agit d'un majeur qui s'est d'abord porté isolément fidéjusseur, sans avoir de collègue, et par conséquent sans compter sur le secours du bénéfice de division. Cette position, qu'il a acceptée volontairement, et qui l'expose au fardeau de la dette entière, ne doit pas s'alléger à raison de l'accession d'un autre fidéjusseur, parce que l'obligation nouvelle, qui vient s'ajouter à celle du majeur, n'est qu'une obligation incertaine et précaire, par suite de l'âge de celui qui a contracté et de la possibilité d'une restitution. On comprend parfaitement pourquoi Papinien laisse le majeur soumis aux conséquences de l'obligation qu'il a prise *ab initio*, d'une manière absolue, et comment la faveur que mérite la personne du mineur ne doit pas améliorer la situation dans laquelle s'est engagé le majeur (1).

Nous ajouterons qu'il ne nous paraît pas certain qu'au cas de fidéjussion simultanée, la restitution du mineur doive rester toujours inoffensive pour le majeur. Qu'il

---

(1) Favre, *Conject.*, liv. VIII, ch. 1, entend d'une autre manière la loi 48, § 1. D'après lui, Papinien voudrait dire que le majeur est tenu *in solidum*, quand il a cautionné *après* le mineur, et pour garantir le créancier contre l'éventualité d'une restitution. C'est ce but de la fidéjussion du majeur que le jurisconsulte exprimerait par les mots : *propter incertum*... Cette explication, qui a déjà le tort d'effacer la similitude annoncée par Papinien entre les cas prévus dans le pr. et le § 1er, n'est possible d'ailleurs qu'au moyen d'une correction arbitraire, en lisant : *si post minorem*, au lieu de : *si post minor*.

en soit ainsi, quand le majeur a ignoré la minorité du co-fidéjusseur, nous l'admettons volontiers ; et c'est en ce sens que Papinien oppose le co-fidéjusseur d'une femme au co-fidéjusseur du mineur. Le premier ne peut pas prétexter une cause d'ignorance, qui se conçoit, au contraire, chez l'autre. Mais si l'état de minorité est connu de tous les intéressés, lequel doit souffrir, du fidéjusseur qui a accepté un pareil co-obligé, ou du créancier qui a accepté un pareil débiteur ? Il nous semble que celui qui est le plus en faute, c'est le fidéjusseur, parce que c'est lui surtout qui doit se préoccuper de l'*idonéité* de son collègue. Chaque fidéjusseur, en effet, s'oblige *in solidum*, sauf la faveur d'une division, pourvu que l'autre fidéjusseur soit solvable à l'époque de la litis-contestation. La restitution obtenue par le mineur équipolle à une insolvabilité, et pouvait être prévue par le majeur, instruit de la condition de son co-fidéjusseur, tout aussi bien qu'une insolvabilité de fait. Quant au créancier, il suffit, pour sa sécurité, que l'un des fidéjusseurs soit tenu, quand l'autre ne peut alléguer qu'il a été induit en erreur. Remarquons qu'un fidéjusseur peut être privé, par le fait du créancier, à condition qu'il n'y aura pas dol, du bénéfice de division. Des textes positifs, les lois 23, D. *De pact.*, 15, § 1, D. *De fidej.*, décident que la remise obtenue du créancier par l'un des fidéjusseurs ne devra pas profiter à l'autre, qui restera tenu, sauf la portion payée par le fidéjusseur qui aurait acheté la remise à lui faite, et par suite intégralement, si la remise était gratuite et exempte de fraude. Comment, dès lors, le fidéjusseur majeur se plaindrait-il d'une restitution à laquelle il devait s'attendre, quand il ne peut critiquer une remise loyalement accordée par le créancier ?

La fin du texte, prévoyant le cas où l'intervention du mineur serait le résultat du dol du créancier, décide que ce dernier supportera seul le préjudice résultant de la restitution. Ce n'est qu'une application de la règle, d'après laquelle le dol ne doit nuire qu'à celui qui en est l'auteur. La co-fidéjussion entachée de dol sera maintenue à l'égard de l'autre fidéjusseur, qui n'en jouira pas moins du bénéfice de division. Du reste, la minorité du co-fidéjusseur est ici indifférente. Il faudrait décider de la même manière, en supposant majeur celui dont la fidéjussion serait annulable, parce qu'elle aurait été la suite de manœuvres frauduleuses pratiquées par le créancier(1).

S'il est vrai, comme nous le pensons, que, nonobstant la restitution du *reus* pour minorité, la fidéjussion doit être maintenue quand elle a été fournie en connaissance de cause, cette règle peut être modifiée, d'après l'intention des parties, alors que la fidéjussion n'avait qu'un but limité. Il est possible que le créancier, qui traite avec un mineur, et qui exige l'accession d'un fidéjusseur, n'ait pas eu en vue de se prémunir contre le danger d'une restitution, Il a apprécié par lui-même cette chance de rescision, qu'il considère comme n'étant pas à redouter, parce que l'affaire lui paraît avantageuse pour le mineur, et que, par suite, il ne se préoccupe pas

---

(1) Cette dernière décision de Papinien a suggéré au jurisconsulte Connanus une interprétation qui n'est pas plus acceptable que celle de Favre, et qui, comme celle-ci, nie la sincérité du texte tel qu'il est donnné par tous les manuscrits. Papinien aurait écrit *sponte*, et non *postea*, de telle sorte que la restitution du mineur aurait un effet différent quant au majeur, suivant que le mineur aurait cautionné librement, indépendamment de tout dol de la part du créancier, ou que ce dernier se serait rendu coupable d'un dol.

de l'éventualité d'une restitution. Seulement il n'est pas rassuré sur la solvabilité du mineur, et c'est uniquement dans cette pensée qu'il sollicite l'intervention d'un second débiteur. On ne peut pas dire ici que le fidéjusseur est intervenu *in omnem causam*; on a fait abstraction, quant au fidéjusseur, de l'état de minorité du *reus* et de ses conséquences. Les risques à cet égard ont été laissés à la charge du créancier, ce que Papinien exprime, en disant que le fidéjusseur s'est obligé, *sine contemplatione juris prætorii*. En pareil cas, comme la fidéjussion est étrangère au péril que court le créancier quant à la *restitutio*, elle ne doit pas être étendue à le garantir contre ce préjudice. Il suit de là que, s'il y a lieu à une restitution, le fidéjusseur lui-même, devenu héritier du *reus*, pourra faire rescinder l'obligation de son auteur, et qu'il n'en restera pas moins libéré comme fidéjusseur, en vertu de cette règle que la réunion sur la même tête des qualités de débiteur principal et de fidéjusseur entraîne l'extinction de la fidéjussion.

L'hypothèse que nous venons d'analyser se trouve prévue et résolue ainsi que nous l'avons indiqué, dans la loi 95, § 3, D. *De solut.* (n° XLII). Malheureusement ce texte de Papinien paraît avoir subi des altérations, et présente d'ailleurs, il faut l'avouer, une construction difficile et obscure, de sorte qu'il ne faut pas s'étonner si les commentateurs ont beaucoup disputé sur ce fragment, et ne sont pas parvenus à s'entendre. Cependant les Basiliques fournissent ici à l'interprète un secours précieux, en donnant un résumé fort net de la décision de Papinien.

Le jurisconsulte commence par dire que la règle habituelle, que la maxime, qui consiste à dire que le fidé-

jusseur succédant au débiteur est libéré en qualité de fidéjusseur, n'est vraie qu'autant que l'obligation du débiteur est complète (*plenior*). En effet, ajouterait-il (en conservant la leçon ordinaire), pourvu qu'il soit vrai que le débiteur principal est obligé, *si reus duntaxat fuit obligatus*, le fidéjusseur est libéré, *fidejussor liberabitur*. Cette dernière partie du texte a été corrigée par Cujas (1), qui s'appuie sur les Basiliques, et qui s'en autorise pour introduire les deux additions suivantes. D'une part, il faudrait après le mot : *duntaxat*, placer le mot *natura* ; (on lit dans les Basiliques : φυσει μονον) ; d'autre part, une négation devrait précéder le verbe : *liberabitur*, de telle sorte que la libération se trouverait niée au lieu d'être affirmée. — Cette double correction est fort plausible. Après avoir posé la restriction, sous laquelle la règle doit être comprise, Papinien ferait immédiatement, comme l'indique le mot *nam*, une application de cette restriction ; il supposerait un *reus* qui n'est tenu que naturellement, ce qui fournirait une obligation principale dépourvue d'action, non *plenior* ; et il dirait qu'en pareil cas le fidéjusseur reste obligé à ce titre, malgré la confusion. C'est ce que nous avons déjà vu décidé par Africain, dans la loi 21, § 2. De *fidej*. (n° XXVII). D'ailleurs, la suite du texte autorise bien à penser que Papinien énonçait d'abord un cas où la fidéjussion devait être maintenue ; car il passe à une espèce où l'on doit, dit-il, arriver à une solution inverse, et supprimer l'obligation du fidéjusseur. L'opposition que le jurisconsulte entend établir entre les deux hypothèses est indiquée par les

(1) *Comment. in lib. Quæst. Papin., sub h. l.*, t. IV, c. 725.—Favre, Godefroy, Pothier ont suivi l'interprétation de Cujas. Wieling, *Lect. jur. civ.* II-12, défend la leçon du manuscrit de Florence.

expressions *e contrario*, qui commencent la phrase suivante. Or, comme dans la fin du texte il est clair que l'extinction de la fidéjussion est reconnue, il faut bien, pour mettre Papinien d'accord avec lui-même, dire que dans la première partie du fragment, il n'admet pas la libération du fidéjusseur.

Papinien examine en second lieu la solution qu'il faut donner en présence des faits suivants. Il s'agit d'un débiteur principal, qui avait un moyen de défense à lui personnel. C'est un mineur de vingt-cinq ans, à qui de l'argent a été prêté par quelqu'un qui agissait de bonne foi : le mineur perd l'argent qu'il a reçu; puis il meurt avant l'expiration du délai de la restitution, laissant pour héritier celui-là même qui s'était porté son fidéjusseur. Ce dernier restera-t-il tenu comme fidéjusseur, ou bien pourra-t-il, en qualité d'héritier, solliciter une *restitutio in integrum*, tout en échappant, à raison de la confusion, à l'obligation qu'il a prise comme fidéjusseur ?

La réponse donnée par Papinien à cette question n'est pas douteuse : il est clair que, dans sa pensée, le fidéjusseur doit être admis à invoquer le bénéfice d'une restitution. Cette solution ressort bien nettement de la dernière phrase du texte : *auxilium igitur restitutionis.....* Le droit à la restitution sera exercé par le fidéjusseur quant à l'obligation du *reus*, qui pèse désormais sur lui en qualité d'héritier du mineur. Celui-ci, en effet, est décédé à une époque où le délai à observer pour obtenir la restitution n'était pas encore écoulé, (*intra tempora in integrum restitutionis decessit*). Or, la faveur de la restitution ne meurt pas avec le mineur ; elle passe à ses héritiers, lors même qu'ils seraient majeurs. l. 18, § 5, D. De *minor*. Ces derniers devront néanmoins se pourvoir

avant l'expiration du délai fixé; aussi Papinien décide-t-il que la ressource d'une restitution ne profitera au fidéjusseur héritier qu'à la condition d'être réclamée *intra constitutum tempus* (1).

Pour pouvoir tirer parti de la restitution qu'il obtient en qualité d'héritier, il faut évidemment que le fidéjusseur soit également libéré sous ce dernier rapport; car, s'il devait rester tenu comme fidéjusseur, il ne lui servirait à rien d'avoir fait rescinder l'obligation de son auteur. C'est pourquoi Papinien s'attache à établir que, dans l'espèce, la confusion doit être admise pour amener l'extinction de la fidéjussion. Il pourrait y avoir doute à cet égard, vu que l'obligation du *reus* était susceptible de rescision, à raison de la minorité du débiteur. Or, c'était là un moyen, qui constituait pour le *reus* une *defensio propria et personalis*, et qui n'appartenait pas au fidéjusseur. Nous verrons, en effet, en expliquant la loi 7, § 1. De *except.* (n° XLIII), que le fidéjusseur, alors même qu'il devait participer au bénéfice de la restitution, n'y avait droit que *secondairement*, à la condition que l'initiative serait prise par le mineur. Il semble donc qu'il y aurait ici quelque chose d'analogue à la fidéjussion de l'obligation naturelle, et qu'ici encore, en comparant l'obligation du *reus* et celle du *fidejussor*, on devrait dire que c'est la dernière qui joue le rôle principal. — Mais Papinien repousse cette objection; il considère,

---

(1) Le délai de la restitution qui, du temps des jurisconsultes, était fixé à une année *utile*, à partir de la majorité, fut plus tard réglé par Constantin à cinq, quatre ou deux ans *continus*, suivant que la restitution était sollicitée à Rome, en Italie, ou dans les provinces. Enfin, Justinien, par la loi 7, C. *De temp. in int.*, a admis pour tout l'empire un délai uniforme de quatre années *continues*.

au contraire, comme principale l'obligation du mineur, tandis que celle du fidéjusseur ne serait qu'accessoire. Le motif qu'il en donne immédiatement, c'est que la fidéjussion a eu lieu *sine contemplatione juris prætorii*. Le créancier ne s'est pas préoccupé de la minorité de l'emprunteur; il lui a supposé un esprit d'ordre et d'économie. C'est *de bonne foi* (1) qu'il lui a prêté de l'argent, ce qui signifie qu'il n'a pas eu l'intention de favoriser la débauche du mineur, mais seulement de lui fournir le moyen de faire une dépense qui devait être utile à son patrimoine. Cependant l'attente du créancier a été déçue; le mineur a dissipé, (*perdidit*) (2) l'argent qu'il avait reçu. Tant pis pour ce créancier, qui a eu le tort de ne pas se défier de l'âge de celui auquel il prêtait. Il ne peut faire courir au fidéjusseur la responsabilité d'un péril, auquel celui-ci a entendu rester étranger. Les choses devront se passer comme si le prêt eût été fait à un majeur. Or, si l'on met à part l'infériorité de l'obligation de l'emprunteur résultant de la minorité, le risque à cet égard ayant été assumé

---

(1) Plusieurs textes nous disent (voy. les lois 24, § 4, D. *De minor.*; 12, § 11, D. *mandat.*) que celui qui prêtait de l'argent *minori perdituro*, sachant bien que l'adulte en ferait un mauvais usage, ne pouvait prétendre à se faire rembourser. Il n'y avait là qu'une application de l'idée qui avait dicté la loi *Plætoria* : on voulait punir ceux qui cherchaient à exploiter l'inexpérience des mineurs. Le prêteur a commis un dol, et il n'aura pas plus d'action contre le fidéjusseur que contre le mineur.

(2) Cette expression, *perdidit*, nous paraît indiquer que le mineur a follement dissipé la somme reçue. Si la perte était due à un cas fortuit, il n'y aurait pas lieu à restitution, l. 11. § 4, D. *De minor.* Il se pourrait cependant que le prêteur eût de bonne foi fourni de l'argent pour quelque affaire chanceuse qui a mal réussi, et qui n'eût pas été entreprise par un homme prudent. Si la perte de l'argent tenait à ce motif, le prêteur, malgré sa loyauté, ne pourrait faire écarter la restitution.

par le prêteur, il est vrai de dire que l'obligation du fidéjusseur n'est qu'accessoire. Le créancier avait dans le *reus* un débiteur civilement obligé, dont la solvabilité seule était garantie par la fidéjussion. Dès lors, cette fidéjussion n'avait qu'un caractère secondaire; elle tombera sous l'application de la maxime que la dette accessoire disparaît, quand elle est unie chez la même personne à la dette principale (1). Le fidéjusseur se trouve libéré comme tel, dès qu'il devient héritier du *reus*, grâce à la confusion qui s'est opérée, et en vertu d'une règle de droit. D'un autre côté, ayant succédé au *reus*, et jouissant à ce titre des bénéfices qui appartenaient à son auteur, il pourra, au moyen d'une restitution demandée en temps utile, se faire relever de l'obligation principale dont il est tenu en qualité d'héritier (2).

---

(1) Le préjudice résultant pour le créancier de la confusion pouvait être écarté au moyen de la *separatio bonorum*, quand un débiteur insolvable succédait à son fidéjusseur. Voy. l. 3, D. *De separ. bon.*

(2) S'il est impossible de révoquer en doute le fond de la décision donnée par Papinien, il faut avouer qu'elle est exprimée d'une manière assez obscure, et que la construction de la phrase de Papinien présente des difficultés sérieuses. Au premier abord, on est tenté de croire que, dans la pensée du jurisconsulte, les mots *causam juris honorarii* sont le sujet qui gouverne le verbe *retinere*, de sorte qu'il voudrait dire qu'on ne peut admettre que l'éventualité d'une restitution doive maintenir l'obligation du fidéjusseur, en la faisant envisager comme l'obligation principale. Il semble toutefois que ces expressions, *quæ principalis fuit*, sont appliquées par Papinien non à l'obligation du fidéjusseur; mais à celle du mineur, puisque le jurisconsulte ajoute que l'obligation du fidéjusseur n'est qu'accessoire : *et cui fidejussor is accessit*. Aussi Favre, *conject.* liv. VIII, ch. IV, pour conserver cette construction, suppose-t-il qu'une partie du texte de Papinien a été omise par les copistes, et propose-t-il de la rétablir, en intercalant après les mots : *fidejussoris obligationem*, et avant ceux-ci : *quæ principalis fuit*, ce qui suit : *at non potius solam manere minoris obligationem*. — Wieling

En résumé, l'hypothèse prévue par Papinien constitue, à vrai dire, une particularité, puisqu'il s'agit d'un fidéjusseur, que l'on suppose n'être pas intervenu *in omnem causam*. Telle ne doit pas être assurément la présomption; et habituellement il sera régulier d'admettre que le créancier, qui exige un fidéjusseur, a eu vue de se prémunir contre toutes les causes qui pourraient l'empêcher de se faire payer. C'est précisément alors que l'obligation du *reus* est menacée de perdre sa force, à raison de la minorité de celui-ci, qu'il importe de faire corroborer l'obligation principale par l'accession d'un débiteur, qui ne puisse pas invoquer un bénéfice réservé à la faiblesse de l'âge. Le droit à une restitution, concédé aux mineurs *ob ætatem*, n'est évidemment qu'une faveur octroyée à la *personne*, qn'il serait injuste d'étendre à un majeur, qui doit peser toutes les conséquences de ses engagements. Aussi voyons-nous Ulpien déclarer, dans la loi 3, § 4. De *minor*, que si un fils de famille mineur de vingt-cinq ans obtient une restitution, celle-ci ne doit point profiter au père, de manière à le soustraire, suivant les cas, soit à l'action *quod jussu*, soit

---

loc. sup. cit. fait, à notre gré, de vains efforts pour défendre la leçon ordinaire. — Il nous paraît impossible d'arriver à obtenir un sens satisfaisant, si l'on ne veut rien ajouter ou sous-entendre. Le changement le plus simple consisterait à substituer le mot : *cum* à ceux-ci : *et cui*. Papinien jusque-là indiquerait la raison de douter, et qui peut faire considérer l'obligation du fidéjusseur comme principale; il énoncerait ensuite la raison de décider, et de n'attribuer à cette obligation qu'un caractère accessoire, attendu qu'elle est intervenue *sine contemplatione*... Nous avons suivi dans la traduction la correction proposée par Voorda et adoptée par Pothier. Dans ce système, il faut sous-entendre : *per ou propter* avant : *causam*, et sous-entendre également le mot : *eam* avant ceux-ci : *quæ principalis*.

à l'action *de peculio*. Agir autrement, ce serait, fait-il observer, méconnaître l'esprit de l'institution prétorienne, qui est uniquement de protéger les mineurs et nullement les majeurs.

Ce caractère, qui appartient à la restitution pour minorité, est, suivant nous, également indiqué par Paul, dans la fin de la loi 7, § 1, D. *De except.* (n° XLIII). Les auteurs, cependant, ne sont pas d'accord sur la manière dont ce passage doit être entendu. Le jurisconsulte, dans la loi 7, développe cette distinction entre les exceptions, reproduite aux Institutes, § 4, *De replicat.*, d'après laquelle les unes sont dites *personæ cohærentes*, et les autres *rei cohærentes*. Après avoir cité, dans le pr. de la loi, comme exemple de la première espèce, l'exception vulgairement connue sous le nom de bénéfice de compétence, Paul aborde au § 1, les exceptions qui ont une portée plus large, qui sont dites *rei cohærentes*, et qui, à ce titre, peuvent être invoquées par les fidéjusseurs tout aussi bien que par le *reus*. C'est ce qui est vrai d'abord de l'exception *rei judicatæ*, en supposant toutefois, que la *litiscontestatio* engagée avec le *reus* n'a pas amené la consommation du droit *ipso jure*. Il en est de même quant aux exceptions de dol, de serment, de violence. L'auteur place sur la même ligne l'exception dérivant d'un pacte *in rem*; car si le pacte était fait *in personam*, il ne profiterait même pas aux héritiers du débiteur, suivant la loi 25, § 1, D. *De pact.* Ajoutons que le pacte, fût-il *in rem*, ne fournirait pas non plus une exception au fidéjusseur, dans le cas assez rare où il n'aurait pas de recours à exercer contre le *reus*, parce qu'il aurait cautionné *animo donandi*,

l. 32, *eod. tit.* Vient ensuite l'exception du SCte-Velléien, à l'égard de laquelle le fidéjusseur était même traité avec plus de faveur, puisqu'on décidait qu'il jouirait du bénéfice de l'exception, quoiqu'il n'eût pas d'action récursoire contre la femme, l, 16, § 1. *Ad SCtum Vell.* Pareillement, si un patron avait imposé à son affranchi certaines prestations, en vue de le tenir sous sa dépendance par la menace d'exiger ces prestations, l'affranchi pouvait opposer une exception à l'action du patron ; et cette exception compétait également aux fidéjusseurs (1). Nous retrouvons aussi, dans l'énumération faite par Paul, l'exception du SCte Macédonien, que nous avons examinée précédemment.

En dernier lieu, le jurisconsulte s'occupe du fidéjusseur qui s'est obligé pour un mineur de vingt-cinq ans ; et, à ce sujet, il fait la distinction suivante. Si le mineur a été trompé (*circumscriptus*), le fidéjusseur a droit à l'exception. Si le mineur a été seulement lésé (*deceptus in re*), il ne peut lui-même se prévaloir de la lésion qu'à la condition d'une restitution préalable ; et, dans ce cas, pas d'exception au profit du fidéjusseur.

Dans la première hypothèse, l'exception appartient sans difficulté au fidéjusseur comme au mineur, et le préalable d'une restitution n'est pas nécessaire. Il ne saurait donc être question d'une simple lésion, dont l'appréciation exige l'intervention du magistrat. M. de Savigny pense, comme l'avait déjà indiqué Cujas (2), qu'il s'agit de l'exception créée par la loi Plætoria, pour le cas où un mineur aurait été *trompé*, exception qui aurait dis-

(1) Voyez sur ce point les lois 1, §§ 5 et 8, et 2, § 2. D. *Quar. rer. act.*
(2) Obs., liv. XIX, ch. XIX.

paru par suite de l'introduction de l'exception générale de dol, et dont notre texte contiendrait la seule trace qu'on en trouve encore à l'époque classique. Quand le créancier, au contraire, est exempt de dol, quand le mineur a seulement à se plaindre parce qu'il a éprouvé un préjudice, son obligation subsiste jusqu'à ce qu'elle ait été rescindée à la suite d'une *cognitio* de la part du magistrat. Le mineur seul a le droit de provoquer cet examen ; l'initiative ne peut pas être prise par le fidéjusseur. Mais Paul veut-il dire que le bénéfice de la restitution doit être refusé au fidéjusseur, même après que le mineur l'aura obtenue, ou seulement que le fidéjusseur doit attendre, sauf à en faire usage une fois que le mineur aura réussi? M. de Savigny (1) entend dans ce dernier sens le texte de Paul. Suivant Pothier, le jurisconsulte romain exprimerait l'idée que la faveur de la restitution est absolument refusée au fidéjusseur. Nous partageons cette dernière opinion, parce que, à notre avis, ce doit être la règle ordinaire. Il arrivera, en effet, le plus souvent que le fidéjusseur sera intervenu en connaissance de cause, et sans restreindre la portée de son obligation. Nous estimons sans doute que Paul admettait les tempéraments dus à l'ignorance excusable du fidéjusseur, ou tenant à l'exclusion formelle du préjudice causé par une restitution. Mais il n'a d'autre intention que d'indiquer le sort habituellement réservé au fidéjusseur, et, à ses yeux, on pouvait dire, en principe, que le bénéfice de la restitution *ob ætatem* est un privilége *personæ cohærens* (2).

(1) *Traité de droit romain*, t. VII, § 335, note K.

(2) Cette doctrine a été consacrée dans notre législation par l'art. 2012, C. Nap. qui considère comme purement personnelle l'exception dérivant de la minorité.

Nous avons déjà fait observer que les lois 1 et 2, C. *De fidej. min*,. présentent aussi comme droit commun le maintien de l'obligation des fidéjusseurs quand le mineur, pour se faire restituer, n'allègue qu'une simple lésion. La loi 1 ajoute que les fidéjusseurs peuvent user contre le mineur de l'action *mandati*, ce qui aura lieu, par exemple, s'il a laissé passer les délais, sans obtenir une restitution à l'encontre des fidéjusseurs. Rappelons-nous effectivement qu'Ulpien conseille comme le parti le plus sûr de mettre en cause sur la demande en restitution tant le créancier que le fidéjusseur. Faute d'une restitution obtenue en temps utile, l'obligation du mineur envers son mandataire se trouverait irrévocablement confirmée.

On a invoqué quelquefois en faveur de la doctrine contraire, d'après laquelle le fidéjusseur devrait régulièrement participer au bénéfice de la restitution, les lois 89, D. *De acq. vel. omit. hered.*, et 51, pr. D. *De procurat.* Dans le premier de ces textes, Scævola admet que si un pupille, après s'être immiscé, obtient la faculté de s'abstenir, les fidéjusseurs qu'il aurait fournis pour des dettes héréditaires devront être déchargés. Cette décision est facile à expliquer. Les fidéjusseurs dont il s'agit n'ont pu se défier d'une restitution pour minorité. C'est un majeur, c'est le tuteur qui a fait faire immixtion au pupille ; les fidéjusseurs ont dû croire la succession bonne, et compter sur un recours contre le débiteur. — Dans la loi 51, *De procurat.*, Ulpien dit qu'un mineur de 25 ans n'est pas un *defensor idoneus*, parce qu'il a droit à se faire restituer, ainsi que ses fidéjusseurs. Nous croyons que

la pensée de jurisconsulte est que, de la part de celui qui a plaidé contre un pareil *defensor*, il n'y aura pas eu, comme disaient les Romains, *res in judicium deducta*, et qu'il pourra renouveler son action, sans avoir à craindre l'exception *rei judicatæ* (1). Il n'a pas obtenu, en effet, une condamnation qu'il puisse ramener à exécution. Quant aux fidéjusseurs qui auraient promis *judicatum solvi*, la restitution se conçoit à leur profit, s'ils ont cautionné par ignorance de l'état de minorité du *defensor*. Ulpien l'admet comme possible, mais non comme nécessaire.

Deuxième hypothèse. — Le mineur est pourvu d'un curateur.

L'influence qu'exerce la nomination d'un curateur général sur la capacité de s'obliger chez le mineur de 25 ans, est, nous l'avons dit, l'objet d'une controverse. D'une part, la loi 101, D. *De verb. oblig.* (n° XLIV), décide que les pubères peuvent s'obliger par la voie d'une stipulation sans leurs curateurs. D'une autre part, la loi 3, C. *De in integ. restit.* (n° XLV), pour apprécier les effets d'une vente consentie par un mineur, établit la distinction suivante. Dans le cas où l'adulte qui a vendu aurait un curateur, le contrat doit être tenu pour non avenu, *hunc contractum servari non oportet ;* le mineur, dans cette position, ne diffère pas, disent les empereurs, de l'interdit, pour lequel il y a incapacité de s'obliger, aux termes de la loi 6, D. *De verb. oblig.* S'a

---

(1) Voyez sur ce point la loi 11, § 7, D. *De except. rei jud.*, qui appartient aussi à Ulpien.

git-il, au contraire, d'un mineur qui n'avait pas de curateur, le contrat est valable, sauf la possibilité d'une *restitutio in integrum* qui doit être sollicitée en temps utile.

L'intérêt de la distinction est facile à saisir. S'il n'y a droit qu'à une restitution, cette ressource fera défaut, une fois le délai expiré. La restitution suppose d'ailleurs un préjudice non accidentel et de quelque importance. Sous tous ces rapports, le système de la nullité du contrat *ipso jure* protégera plus efficacement le mineur.

Diverses explications ont été proposées pour mettre d'accord les deux textes que nous avons cités.

Les uns font prévaloir la règle écrite dans le Code, et écartent la loi 101, soit à l'aide d'une altération du texte, par exemple en ajoutant une négation, comme le fait Doneau (1), ou en substituant avec Noodt (2) : *obligare* à *obligari*; soit au moyen d'une interprétation de cette loi 101, qui signifierait seulement, suivant Vinnius (3), que la *présence* du curateur n'est pas nécessaire au moment où le mineur contracte, à la différence de ce qui était exigé pour l'*auctoritas tutoris*. — Les deux corrections admises par Doneau et Noodt sont également arbitraires ; la seconde ferait dire à Modestinus une vérité trop incontestable pour que le jurisconsulte prît la peine de l'énoncer. Dans ce système, le parti le plus acceptable serait assurément de se rattacher à l'interprétation donnée par Vinnius, admise également par Puchta (4).

---

(1) Comment., liv. XII, chap. XXII, § 50.
(2) *De pact. et transact*, cap. XX.
(3) Inst., § 9 . *De inut. stip.*
(4) *Curs. der Instit.* t. II, § 202, note *aa*.

D'autres auteurs ont cherché à opérer la conciliation par la voie d'une distinction. Glück (1) sépare les contrats, par lesquels un mineur engagerait sa personne, en promettant, par exemple, ses services, de ceux par lesquels il engagerait ses biens. Il est aisé de répondre que la promesse de faire aboutit, si elle est inexécutée, à des dommages-intérêts, et, par conséquent, engage les biens, si elle est valable. — MM. de Savigny (2) et de Vangerow (3) reconnaissent chez le mineur pourvu d'un curateur la capacité de s'obliger, sauf la ressource d'une *restitutio in integrum*, tandis que les aliénations seraient nulles *ipso jure*. La loi 3, C. s'expliquerait par cette circonstance qu'elle s'occupe d'un acte tendant à une aliénation. Mais les Romains n'ont jamais attribué à la vente d'autre effet que celui de produire des obligations; dire que le contrat est sans valeur, c'est dire qu'il n'en résulte aucune obligation.

Quant à nous, nous estimons que la conciliation doit être faite historiquement. Dans l'origine, on ne priva pas le mineur de la capacité de s'engager, malgré la nomination d'un curateur; on se contenta de lui retirer l'administration de ses biens. Tel était sans doute l'état du droit à l'époque de Modestinus, où les conséquences de la curatelle générale introduite par la constitution de Marc-Aurèle n'avaient pas encore atteint leur developpement légitime. Puis la force des choses conduisit à ce résultat que celui qui ne peut administrer ne doit pas pouvoir s'obliger, système logique admis de bonne heure pour

(1) T. IV, p. 75.
(2) Verm. Schrift. T. II, n° XVIII.
(3) T. I, § 291.

le prodigue, à l'égard duquel la curatelle était une institution fort ancienne. L'assimilation des deux conditions était rationnelle ; elle devait être amenée par la marche du temps, qui apporte unité et simplification dans le droit. Aussi l'assimilation est-elle formellement exprimée par Dioclétien et Maximien. Les mêmes empercurs, L. 2, C. *Qui legit. pers.*, exigent le *consensus curatoris*, quand il s'agit pour un mineur d'intenter une action ou d'y défendre. Nous voyons aussi, par la loi 26, C. *De adm. tut.*, que pour l'adulte la validité de l'adition d'hérédité est subordonnée au *consensus curatoris* (1).

(1) On ne peut tirer argument, pour le temps des jurisconsultes, des lois 60 et 61, D. *De jur. dot.*, qui parlent de la promesse d'une dot faite par une femme mineure avec le *consensus curatoris*. Il est vraisemblable, en effet, comme le conjecture M. Pellat (*textes sur la dot*, p. 286 et suiv.), que Tribonien a substitué le mot : *curator* à celui de *tutor*. Mais, précisément cette substitution prouverait que, dans le dernier état du droit, la femme mineure ne pouvait régulièrement promettre qu'avec le *consensus curatoris*.

TEXTES EXPLIQUÉS.

§ 2e Article 5e. — Prodigues. — Insensés.

L. 6, *De verborum obligationibus, D.* (XLV-1).

ULPIANUS, libro primo, ad Sabinum.

XLVI. Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit; tradere vero non potest, vel promittendo obligari; et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso.

ULPIEN, sur Sabinus, livre 1er.

XLVI. Celui qui a été interdit acquiert en stipulant; mais il ne peut aliéner par tradition, ou s'obliger en promettant. Par conséquent, un fidéjusseur ne peut intervenir pour lui, de même que pour un insensé.

L. 25, *De fidejussoribus et mandatoribus, D.* (XVLI-1).

ULPIANUS, libro undecimo ad Edictum.

XLVII. Marcellus scribit : si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejusserit, magis esse ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit.

ULPIEN, sur l'Édit., livre 11e.

XLVII. Marcellus écrit que si quelqu'un s'est porté fidéjusseur pour un pupille obligé sans l'*auctoritas* de son tuteur, pour un prodigue ou pour un insensé, il faut décider qu'on ne viendra pas à son secours, parce qu'il n'y a pas action de mandat contre ces personnes.

EXPLICATION.

—

§ 2e Article 5e. — Prodigues. — Insensés.

Le prodigue, en droit romain, était celui qui dissipait follement sa fortune, qui, suivant les expressions d'Ulpien, l. 1. pr. D. *De curat fur.*, *neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit*. Suivant un usage très-ancien à Rome, et consacré par la loi des XII Tables, celui qui était atteint du vice de prodigalité était frappé d'une incapacité, dont la portée cependant n'avait d'autre but que celui de constituer un obstacle au mauvais emploi qu'il faisait de ses facultés naturelles. On l'appelait interdit, parce qu'il lui était défendu d'administrer ses biens, *interdicitur bonorum suorum administratio, dict. l.* 1., ce qui était le résultat d'une sentence prononcée contre lui par le magistrat, sentence dont les termes nous ont été conservés par Paul, *Sent.*, liv. III, tit. IVa, § 7. L'administration des biens de l'interdit appartenait, d'après la loi des XII tables, aux agnats. Cependant Ulpien, *Reg.* tit. XII, § 3, nous apprend qu'il n'en était ainsi qu'à l'égard du prodigue qui avait succédé *ab intestat* à son père. Aussi, quand il s'agissait d'un affranchi, ou d'un ingénu qui avait recueilli en vertu d'un testament la succession paternelle, la curatelle devait être organisée par le magistrat.

La capacité de l'interdit était la même que celle du pupille qui avait dépassé l'*infantia*. La règle se trouve

posée dans la loi 6, D. *De verb. oblig.* (n° XLVI). L'interdit peut faire sa condition meilleure, acquérir un droit de propriété ou de créance; il ne peut, au contraire, faire sa condition pire, soit en aliénant, soit en s'obligeant.

Faut-il admettre qu'une obligation naturelle était impossible à la charge d'un prodigue? L'affirmative semble, au premier abord, autorisée par les termes de notre loi 6, qui écartent en pareil cas la fidéjussion, pour laquelle cependant il suffit qu'il y ait obligation naturelle. D'un autre côté, le même texte assimile le prodigue à l'insensé. Or, pour celui qui est atteint de démence, aucune obligation ne peut se concevoir. *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit.*, § 8, Instit. *De inut. stip.*

Nous ne pouvons adopter ce système (1). Il y aurait contradiction à admettre une obligation naturelle de la part du pupille, et à la repousser de la part du prodigue. Ce dernier ne saurait, d'après le *jus gentium*, au point de vue de l'équité, être soustrait à l'aptitude pour une obligation naturelle, que l'on reconnaissait chez l'impubère. Pourquoi n'y aurait-il pas place à un payement valable, s'il est fait avec le *consensus curatoris*, ou s'il n'a lieu qu'après que le prodigue a recouvré sa capacité? Quant à la nullité de la fidéjussion, nous verrons, en expliquant la loi 25, *De fidej.* (n° XLVI), qu'elle ne doit pas être entendue d'une manière absolue.

---

(1) Glück, t. IV, p. 57, repousse dans ce cas l'obligation naturelle. Voyez en sens contraire, M. Massol, p. 159.

L'aliénation mentale, dans la législation romaine, influait d'une manière diverse sur la capacité de celui qui se trouvait en cet état. Ce qu'il faut surtout remarquer, c'est qu'on n'avait pas jugé nécessaire d'organiser pour cette situation une incapacité artificielle, ainsi qu'on le faisait à l'égard du prodigue. Ce dernier était frappé d'une déchéance à la suite d'une déclaration du magistrat. Comme, chez le prodigue, l'intelligence ne faisait pas défaut, et par suite l'aptitude à s'obliger, l'incapacité ne commençait qu'après la sentence prononcée contre lui; et cette incapacité était calculée de manière à le mettre hors d'état de diminuer son patrimoine, sans lui retirer la faculté de participer aux actes de droit qui auraient au contraire pour résultat de l'enrichir. Il n'y avait rien de pareil quant à l'insensé. Pour lui, l'incapacité était naturelle, et non légale. Cette incapacité, pour produire ses effets, n'avait pas besoin d'être préalablement reconnue par une décision judiciaire. Sans doute la loi des XII Tables voulait qu'un curateur fût donné à l'insensé comme au prodigue, et que l'administration de ses biens lui fût également retirée. Mais, quand même cette précaution aurait été négligée, l'aliéné ne devait pas souffrir de cette négligence; et les actes dans lesquels aurait figuré un insensé dépourvu de curateur étaient considérés comme radicalement nuls, attendu qu'ils émanaient d'un individu privé de raison, qui n'avait exprimé qu'une apparence de volonté. Il n'y avait pas en lui une *persona*, un sujet apte aux affaires de droit : *nullum negotium, quia non intelligit quod agit.*

En revanche, quand l'aliénation mentale n'était pas

continue, quand l'état habituel de folie s'accompagnait d'intervalles lucides, la capacité était aussi complète durant ces intervalles *(furoris induciæ, intermissio)* que s'il se fût agi d'une personne parfaitement saine d'esprit, et dont la raison n'avait jamais subi aucune altération. Les Institutes nous disent, § 1, *Quibus non est permiss.*, que l'insensé peut valablement tester, s'il le fait à un moment *quo furor intermissus est*, décision qui se retrouve aux Pandectes, l. 20, § 4, *Qui test. fac.* (1). On ne distinguait pas si l'acte intervenu pendant un intervalle lucide avait pour effet d'améliorer ou d'empirer la position du *furiosus;* il pouvait aussi bien devenir débiteur que créancier. La règle générale, applicable à toute espèce de contrats, est posée dans la loi 2, C. *De cont. empt.* (2). Quelques esprits voulaient même pousser si loin les conséquences du système qui réhabilitait dans sa capacité l'aliéné jouissant d'intervalles lucides, qu'ils pensaient que la curatelle devait cesser à raison de cet accident, opinion condamnée, dans la loi 6, C. *De curat. fur.*, par Justinien, qui décide néanmoins que l'insensé pourra, *dum sapit, et hereditatem adire, et omnia alia facere, quæ sanis hominibus competunt.*

Les Romains s'arrêtèrent donc, malgré les inconvénients pratiques qu'offrait ce système, à rechercher en

---

(1) La loi 9, C. *Qui testam, fac.*, nous atteste cependant que cette opinion avait fait d'abord difficulté.

(2) *Emptionem et venditionem consensum desiderare, nec furiosi ullum esse consensum manifestum est. Intermissionis autem tempore furiosos majores viginti quinque annis venditiones, et alios quoslibet contractus posse facere non ambigitur.*

fait quelles étaient les dispositions mentales d'une personne au moment où elle avait fait tel ou tel acte. Notre législateur a trouvé plus simple d'éviter les embarras d'un pareil examen, en créant une présomption d'incapacité, qui résulte de la déclaration faite par l'autorité judiciaire qu'un individu est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur. Cette présomption n'existe toutefois qu'en faveur de celui à l'égard duquel a été prononcée la sentence qui constitue l'interdiction, c'est-à-dire qui met quelqu'un hors d'état, si son intérêt le réclame, de faire des actes qui rigoureusement devraient être reconnus valables à raison de ce qu'ils ont eu lieu pendant un intervalle lucide. Peut-être, à Rome, tenait-on compte de cette circonstance qu'il y avait eu nomination d'un curateur, en ce sens que l'on présumait alors l'état de folie, et qu'il incombait à l'adversaire d'établir que la lucidité d'esprit existait au moment où il avait traité avec une personne pourvue d'une curateur.

L'aliénation mentale, ainsi envisagée, produisait l'incapacité la plus radicale toutes les fois qu'il s'agissait d'actes émanés d'un individu qui ne jouissait pas lors de ces actes de ses facultés intellectuelles. On disait qu'il n'y avait *nullum negotium*; peu importait qu'il fût question pour l'insensé de réaliser une acquisition ou une aliénation, de constituer une obligation à son profit ou à sa charge. *Furiosum sive stipuletur, sive promittat, nihil agere natura manifestum est*, l. 1, § 12, D. *De oblig. et act.*. La responsabilité du délit était même écartée. On ne voyait dans le *dammum* dont l'auteur serait un insensé qu'un acte physique, qui ne lui était pas plus imputable qu'on ne songeait à imputer à un corps in-

animé d'avoir obéi à la loi de la gravité, *quemadmodum si tegula ceciderit*, l. 5, § 2, D *Ad. leg. Aquil.* Il faut donc se garder, malgré quelques textes, qui semblent établir une assimilation générale, par exemple, la loi 40, D. *De reg. jur.*, de mettre sur la même ligne l'insensé et le prodigue. Qui pourrait douter que ce dernier ne dût porter la peine de son dol, et répondre de ses délits?

Les expressions employées par les Romains, pour qualifier l'aliénation mentale, étaient celles de *furiosus, demens, mente captus*. Il ne paraît pas qu'il y eût synonymie complète entre ces expressions. Le *furiosus* était particulièrement celui dont les facultés intellectuelles étaient troublées, en laissant place cependant à des retours de raison plus ou moins prolongés. Chez le *demens* ou le *mente captus*, il y avait, au contraire, oblitération absolue de l'intelligence, c'est-à-dire imbécillité ou idiotisme. Par suite, l'incapacité était permanente, et non intermittente. Aussi, jusqu'à Justinien (voir l. 25, C. *De nupt.*), le fils du *furiosus* n'était-il pas admis à contracter mariage sans le consentement du père, qui pouvait être donné dans un intervalle lucide, tandis que depuis longtemps, pour le fils du *mente captus*, on se passait d'un consentement, qu'il était impossible d'espérer.

L'insensé, même alors qu'il était privé de sa raison, pouvait se trouver grevé d'une obligation, quand celle-ci se formait *re*, et qu'elle était indépendante du consentement du débiteur. Un insensé, par exemple, est dans l'indivision avec un tiers, et ce dernier a fait des dépenses dans l'intérêt commun. L'action *communi dividundo*

est autorisée dans ce cas, comme le décide la loi 46, D. *De obligat.*, qui donne la même solution à l'égard d'un pupille. L'*auctoritas tutoris* est inutile ici pour créer une obligation à la charge de l'impubère ; et il n'est pas douteux qu'il faut en dire autant en ce qui concerne un prodigue, qui serait lui aussi engagé de la sorte sans le *consensus curatoris*.

La validité d'une fidéjussion n'est pas douteuse, quand elle a été fournie pour un insensé *re obligatus*. Mais Gaïus, loi 70, § 4, D. *De fidej.*, qui admet alors la fidéjussion, oppose à cette hypothèse celle où le créancier aurait stipulé d'un insensé. Il est certain, dit-il, que dans ce dernier cas le fidéjusseur n'est pas engagé. Ce n'est pas seulement le contrat civil, la stipulation, qui fait défaut ; aucun acte de droit, aucune convention ne peut se conclure avec un insensé. Nous avons déjà rencontré cette solution dans la loi 6, *De verb. oblig.*, qui traite de la même manière la fidéjussion relative à l'engagement d'un prodigue, bien qu'ici le consentement ne fasse pas défaut de la part du *reus*, et que, à notre gré, il y ait place à une obligation naturelle. La difficulté s ecomplique quand on rapproche de ces décisions la loi 25, D, *De fidej.* n° XLVII.

Cette loi, prévoyant le cas où quelqu'un aurait cautionné soit un pupille obligé sans l'*auctoritas* du tuteur, soit un prodigue, soit un insensé, dit qu'on ne viendra pas au secours du fidéjusseur, attendu qu'il n'a point d'action de mandat à exercer.

Le sens naturel de ce texte est que le fidéjusseur restera tenu, sans pouvoir se faire décharger, ce qui est indifférent pour le pupille, le prodigue ou l'insensé, qui ne sont

point exposés à une action récursoire. Cette interprétation est confirmée par la version des Basiliques, qui s'exprime ainsi : *Qui fidejussit pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove vel furioso, tenetur quidem; mandati autem actionem adversus eos non habet.*

Ce résultat se conçoit facilement, en ce qui concerne le pupille. La dette qu'il a contractée en dehors de l'*auctoritas* peut, nous le savons, être l'objet d'un cautionnement valable. Seulement, le pupille n'est pas lié envers le fidéjusseur, le mandat qu'il lui a donné d'intervenir n'étant pas valable.

La chose est moins simple quant à l'engagement du prodigue ou de l'insensé, qui, comme nous l'avons vu, ne serait pas susceptible de fidéjussion.

Cujas (1) et Pothier (2), pour écarter cette objection, supposent qu'il s'agit d'un prodigue ou d'un insensé obligé *re*, par exemple *quasi ex contractu*, ce qui est possible, ainsi que nous l'avons dit : dans la dernière partie du texte, ils substituent *quamvis* à *quoniam*. — Mais, si le fidéjusseur ne peut agir comme mandataire, on ne saurait lui refuser du moins l'action *negotiorum gestorum*. En payant, il aura débarrassé le prodigue ou l'insensé d'une dette qui pesait sur eux. Les Romains ne mettaient pas en doute que le *furiosus* ne fût tenu à la suite de la gestion de ses affaires, l, 3, § 5, D. *De neg. gest.* Dès lors, si le fidéjusseur a un recours contre le *reus*, on n'aperçoit pas quel intérêt il pourrait avoir à demander qu'on le relevât de son obligation, et surtout quelle uti-

(1) T. II, c. 1128, et c. 1165.
(2) Pandect. Justin. sub h. l.

lité il y a à faire observer que le prodigue ou l'insensé sont à l'abri de l'action de mandat, puisqu'ils restent soumis à l'action *negotiorum gestorum*. Il est vrai que Favre, qui consacre à l'examen de cette loi deux chapitres fort longs (1), aboutit à dire que le fidéjusseur n'aura ni l'action de mandat, parce que le prodigue et l'insensé ne peuvent contracter, ni l'action de gestion d'affaires, parce qu'il est intervenu en qualité de mandataire. L'iniquité de ce résultat est trop choquante pour qu'il faille prendre la peine de réfuter de pareils raisonnements.

Nous croyons qu'il faut s'en tenir à l'interprétation qui s'offre naturellement, qui est conforme au texte des Basiliques, interprétation d'après laquelle il y aurait absence d'obligation civile, soit chez le pupille, soit chez le prodigue ou l'insensé. C'est ainsi que la loi 25 est entendue par Noodt (2), par Vinnius (3), par Glück (4), etc. Suivant ces derniers auteurs, Marcellus et Ulpien supposent un fidéjusseur qui a cautionné *sciemment* un prodigue ou un insensé, connaissant l'état d'interdiction ou la situation d'esprit du *reus*. Les textes qui annulent la fidéjussion doivent s'entendre du cas où le fidéjusseur aurait cautionné par ignorance.

Relativement au prodigue, cette distinction n'a rien que de raisonnable. S'il est permis de cautionner

(1) Conject. liv. VIII, ch. v et vi.

(2) Pandect. ad tit. *De minor.* Cet auteur transpose les mots : *his* et *ei*. Ce seraient les incapables (*his*), qui n'auraient besoin d'être restitués, parce qu'ils n'ont pas à redouter une action de mandat de la part du fidéjusseur (*ei*).

(3) § 1, Instit. De fidej.

(4) T. IV, p. 57; t. V, p. 564.

valablement un pupille qui contracte sans l'*auctoritas tutoris*, n'en doit-il pas être de même à l'égard du prodigue, chez lequel l'aptitude à une obligation naturelle nous semble moins contestable que chez l'impubère?

Quant à l'insensé, on peut objecter que toute obligation principale fait défaut, le *reus* se trouvant hors d'état de consentir. Aussi Vinnius et Glück disent-ils qu'il n'y a d'autre obligation que celle du fidéjusseur, qui devient ainsi une espèce de porte-fort. A notre avis, il est inutile de faire cette concession, qui détruirait la fidéjussion, en lui enlevant le caractère accessoire qui est de son essence. Remarquons que les jurisconsultes ne parlent que d'un *furiosus*, c'est-à-dire d'un individu, chez lequel il y a possibilité de comprendre un engagement pendant une période de lucidité. S'il s'agissait d'un *mente captus*, la fidéjussion devrait être écartée, parce qu'on n'aurait pas ici un sujet pour l'obligation principale. Chez le *furiosus*, il suffit qu'il y ait doute sur le point de savoir s'il a pu donner un consentement. Quand même, en fait, l'existence d'une obligation à sa charge ne serait pas établie, on la conçoit comme une possibilité, qui sert de base à l'obligation du fidéjusseur, alors qu'il a entendu prendre pour son compte les conséquences de l'incertitude qui plane sur la situation d'esprit où se trouvait le *reus* au moment du contrat.

§ 2e. — Appendice. — SCte Velléien.

Avant de quitter les obligations naturelles tenant à l'incapacité du débiteur, nous devons dire un mot de ce qui concerne la validité de l'*intercessio* émanant de la part d'une femme. Le SCte Velléien, rendu sous Claude, l'an 799 de Rome, défendait aux femmes d'*intercedere*, c'est-à-dire de s'obliger ou d'obliger leurs choses pour autrui. Tandis que la capacité de la femme restait complète, quand elle s'engageait dans son propre intérêt, on ne lui permettait pas de se mêler des affaires d'un autre, pour y prendre le rôle de débitrice, alors qu'elle ne devait tirer aucun profit de son obligation. On craignait qu'elle ne se laissât aller trop facilement à des actes dont elle n'apercevait pas le danger, parce qu'elle se fiait à la solvabilité de celui à qui elle rendait service, et qu'elle ne réfléchissait pas assez au préjudice que pourrait lui causer l'engagement qu'elle acceptait. Il y avait là, en vue de l'inexpérience et de la crédulité qu'on suspectait chez la femme, une précaution analogue à celle qu'avaient prise les auteurs de la loi Julia, en interdisant à la femme la faculté de consentir à l'hypothèque des immeubles dotaux, dont l'aliénation cependant était autorisée par son consentement.

En cas de contravention au SCte Velléien, l'obligation de la femme n'était pas nulle *ipso jure*. Une exception était nécessaire pour écarter une condamnation, sauf la possibilité, comme nous l'avons vu (1), de se placer encore à l'abri du SCte, postérieurement à une condamnation, malgré la double novation résultant de

(1) P. 130.

la *litiscontestatio* et de la sentence, en invoquant contre l'action *judicati* l'exception du SCte Velléien. Du reste, la validité de l'intercession faite par une femme pouvait sortir à effet dans diverses circonstances, soit quand il était certain qu'elle était intervenue *animo donandi*, en renonçant à tout recours contre le débiteur (1); soit quand la femme avait trompé le créancier, l. 2, §3, l. 23, l. 30, D. *h. t.*, l. 18, C. *h. t.*; soit quand l'intérêt de la femme se trouvait en conflit avec celui d'une autre personne qui méritait plus de faveur, par exemple, quand la femme avait intercédé en s'engageant envers un mineur, auquel il ne resterait qu'un débiteur insolvable, si la femme était relevée de son obligation, l. 12, D. *Deminor.*; soit quand la femme devenait héritière de celui pour qui elle avait intercédé, cas auquel le créancier pouvait attaquer la femme comme héritière, ou comme débitrice en vertu de son intercession, l. 8, § 13, D. *h. t.*

En supposant que la femme pût invoquer l'exception du SCte Velléien, doit-on admettre que l'énergie de la prohibition contenue dans ce SCte fît disparaître même l'obligation naturelle? La réponse affirmative à cette question semble autorisée par les décisions que fournissent les textes du droit romain, à l'occasion des effets les plus ordinaires attachés à l'obligation naturelle.

La possibilité d'une fidéjussion est un signe assez positif de l'obligation naturelle. Or, quand il s'agit d'une

---

(1) La question délicate de savoir si la femme pouvait abdiquer à l'avance le bénéfice du SCte Velléien, est très-controversée entre les auteurs. Voyez sur ce point M. de Vangerow, t. III, § 581, obs. I, nº 10, qui incline à l'affirmative, en se fondant principalement sur la loi 32, § 4, D. *h. t.*

fidéjussion s'appliquant à la dette contractée par une femme qui a intercédé, nous voyons bien, par la loi 16, § 1, D. *h. t.*, que certains jurisconsultes avaient été d'avis d'user ici de la même distinction qu'à l'égard de la fidéjussion relative à l'emprunt fait par un fils de famille. Mais ce texte constate que cette opinion n'avait pas prévalu, et que le fidéjusseur était fondé à opposer l'exception du SCte, même quand la femme y était désintéressée, parce qu'elle n'avait pas de recours à craindre. Le motif de cette décision est conçu en termes tels, qu'il faut en conclure à l'absence de toute obligation : *quia totam o bliationem senatus improbat* (1).

Cette solution se fortifie encore, quand on considère la manière dont les Romains traitaient le payement qui aurait été fait par une femme à la suite d'une *intercessio*. Nous avons vu, en expliquant la loi 40, pr. D. *De cond. indeb.* (n° XIV), que la répétition était admise en pareil cas, de sorte que l'on envisageait l'exception du SCte Velléien comme n'étant pas *ab æquitate naturali abhorrens* l. 66, D. *De reg. jur.*, et comme ayant pour effet de supprimer absolument la dette. Sans doute, on ne doit pas se dissimuler qu'il y a là une faveur un peu exagérée, et que dans une législation qui reconnaît une obligation naturelle chez le pupille qui a contracté sans l'*auctoritas tutoris*, il peut paraître choquant de dénier, en matière d'*intercessio*, la même capacité à la femme, qui d'ailleurs jouit en général de l'aptitude à s'engager civilement.

Remarquons, d'un autre côté, que la femme, qui a

---

(1) Gaïus, dans la loi 2, D. *Quæ res pign.*, suit la même doctrine au point de vue de la validité de l'hypothèque, ce qui tend aussi à prouver que l'obligation naturelle était repoussée. L'hypothèque, en effet, subsiste par cela seul qu'il y a une obligation naturelle.

exécuté l'obligation résultant de son intercession, peut avoir fait un payement valable et non sujet à répétition. Ulpien, dans la loi 8, § 10, D. *ad SCtum Vell.*, suppose bien que les choses ont pu se passer de la sorte, puisqu'il prévoit l'hypothèse où une femme *post intercessionem sic solverit, ne repetere possit.* Cette distinction est expliquée par la loi 9, C. *eod. tit.*, qui n'accorde la *condictio* qu'autant que la femme a payé par erreur, *beneficio senatusconsulti munitam se ignorans.* Bien qu'elle ait commis en payant une erreur de droit, elle était cependant relevée, du moins dans cette circonstance (1), du préjudice que lui avait causé son ignorance.

Quand la femme a payé sciemment, quand elle a négligé en connaissance de cause de se mettre à l'abri du SCte Velléien, l'opération était bien acceptée comme ayant le caractère d'un payement. L'idée d'une donation faite au créancier était écartée, et devait l'être, en effet. Celui-ci avait reçu seulement ce qui lui était dû ; la femme, quoiqu'elle n'y fût tenue en aucune façon, avait consenti à payer la dette d'autrui, ce qui n'était pas interdit par le SCte Velléien, qui ne faisait pas obstacle à ce qu'une femme acquittât spontanément la dette d'un tiers ; il n'y avait ici aucune surprise à craindre, aucune irréflexion à réparer. La femme savait parfaitement ce qu'elle faisait; elle était à même d'apprécier les conséquences de l'acte auquel elle consentait. On lui laissait toute

(1) Suivant M. de Savigny, *Traité de Droit romain*, t. III, appendice VIII, n° 31, la faveur accordée aux femmes par rapport à l'erreur de droit aurait été jadis illimitée. Toutefois, à partir de l'empereur Léon, cette faveur aurait été abolie comme règle générale, et restreinte, à titre d'exception, à certains cas, parmi lesquels figurerait celui qui nous occupe.

liberté de diminuer son patrimoine, quand elle ne pouvait se faire illusion sur cette diminution, *non quæ diminuit restituitur*, l. 8, § 5, D. *h. t.* C'est par la même raison qu'on n'apportait pas d'entraves à l'exercice d'une libéralité, *quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat*, l. 4, *eod. tit. in fine*.

Il est impossible cependant de méconnaître que l'idée d'une obligation dérivant de l'*intercessio* d'une femme n'ait fini par se faire jour dans le dernier état de la législation. Comment expliquer autrement la décision portée par Justinien, l. 22. C. *h. t.*, suivant laquelle, quand une femme, qui s'est obligée pour autrui, renouvelle en majorité, et après un intervalle de deux années son premier engagement, elle se trouve définitivement liée? L'intercession originaire n'est donc pas dépourvue de tout effet, puisqu'elle contribue à donner à la seconde une force que celle-ci n'aurait point par elle seule. Aussi Justinien dit-il que l'engagement primitif est *confirmé, ultro firmavit*. Or, la confirmation ne se conçoit pas à l'égard d'un acte qui n'aurait absolument aucune valeur. Sans doute l'empereur ajoute que la femme qui réitère son obligation doit être censée agir dans son propre intérêt; mais il ne faut pas attacher trop d'importance à cette présomption. La véritable raison, qui valide l'opération, c'est qu'il y a chez la femme une personne apte à s'engager, quand elle a eu le temps de réfléchir sur les conséquences de la résolution qu'elle prend; *sibi imputet, si, quod sæpius cogitare poterat et evitare non fecit. Dict. l.* 22.

§ 3e. **Obligations naturelles fondées sur l'accomplissement d'un devoir de morale.**

Nous rencontrons, en droit romain, plusieurs cas dans lesquels est refusé le droit de répéter une prestation faite par erreur. Le motif, qui est donné pour interdire la répétition, est tiré de l'existence d'un devoir, sur lequel on assied une obligation, de manière à envisager l'affaire comme n'étant autre chose qu'un payement. Les termes *natura debitum* se trouvent même employés une fois à cette occasion. Ainsi, un affranchi a fourni à son patron des *operæ officiales*, c'est-à-dire des services qu'il était d'usage de faire promettre à l'affranchi en signe de sujétion et de dépendance vis-à-vis son ancien maître. Aux yeux des Romains, le respect et la reconnaissance, auxquels l'affranchi était tenu à l'égard du patron, lui faisaient un devoir de fournir ces *operæ*, bien qu'il ne s'y fût pas engagé formellement. Aussi, quand il les avait prestées par erreur, dans la pensée qu'il y était obligé, la *condictio indebiti* lui était-elle refusée. Pour justifier cette solution, les jurisconsultes ne recouraient pas à cette considération que l'affranchi aurait commis une erreur de droit; ils disaient que l'affranchi avait accompli une obligation naturelle. C'est de cette manière qu'Ulpien, l. 26, § 12, D. *De cond. indeb.*, en reproduisant l'opinion de Julien et de Marcellus, apprécie la prestation qui a été faite; *natura enim operas patrono libertus debet..... quia natura ei debentur*. — D'un autre côté, on sait que le père ou l'aïeul paternel pouvaient seuls, en droit romain, être contraints à constituer une dot (*paternum officium, l. ult.* C. *De dot. prom.*), tandis que régulièrement la mère n'était

passoumise à cette obligation (*nisi ex magna et probabili causa, vel lege specialiter expressa*, dit la loi 14, C. *De jur. dot.* Cependant si une mère (1) se croyant obligée à doter sa fille, avait fourni quelque chose à ce titre, elle n'était pas autorisée à répéter. En mettant de côté, disait-on, le motif erroné qui a porté cette femme à doter, la prestation doit s'expliquer comme l'accomplissement d'un devoir : *sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest*, l. 32, § 2, D. *De cond. indeb.*

Puchta (2) repousse dans l'une et l'autre de ces hypothèses l'existence d'une obligation naturelle, pour n'admettre qu'une obligation morale, dont l'accomplissement ne donnerait pas droit à une répétition, parce que cette répétition choquerait les bienséances, et serait entachée d'immoralité. MM. Francke (*Cïvil. Abhand*, p. 68), de Savigny, *loc. sup. cit.*, et de Vangerow, t. III, § 625, étendent, au contraire, à ces cas, l'idée d'une obligation naturelle, dont l'exclusion de la *condictio indebiti* fournirait la preuve. Mais en même temps, ils refusent toute autre vertu à cette obligation, qui serait impuissante à produire, en dehors du droit de rétention, aucun des

---

(1) M. de Savigny, t. 1, § 12, p. 100, applique l'expression indéterminée *mulier*, qui se trouve dans le texte de la loi, à une femme qui fournirait par erreur une dot à son mari. L'idée d'une obligation, admise en pareil cas, aurait pour but, suivant lui, de faire échapper cette constitution de dot à la règle qui prohibait les donations entre époux. Nous préférons l'interprétation de Cujas, adoptée par la plupart des auteurs anciens et modernes, Godefroy, Doneau, Glück, de Vangerow, d'après laquelle il s'agirait d'une mère ou d'une aïeule qui aurait doté sa fille ou sa petite-fille.

(2) Curs. der Instit., t. III, p. 66.

effets attachés ordinairement à la dette naturelle. Ainsi, dit M. de Savigny, on ne saurait faire valoir une pareille obligation par voie de compensation.

Nous n'hésitons pas à rejeter, avec le savant romaniste, la possibilité d'une compensation ; mais nous ne pouvons partager sa doctrine, quand il s'agit d'apprécier la validité de la reconnaissance faite pour une pareille dette, quand la question sera de savoir quel est le mérite de l'engagement qui aurait été pris pour l'acquitter. N'oublions pas que l'existence d'une dette naturelle suffit pour que le constitut soit obligatoire. Il nous paraîtrait aussi que la fidéjussion doit être admise en pareil cas. La fidéjussion, en effet, peut être conclue à l'avance et accéder à une dette future indéterminée, pourvu qu'elle soit fixée plus tard. Du moment que la répétition est interdite au cas de payement, Julien nous dit, l. 7, D. *De fidej.*, qu'il y a place à une fidéjussion. Les mêmes idées devraient aussi, à notre estime, être appliquées à une constitution d'hypothèque, qui est possible également en vue d'une dette naturelle, dont la quotité incertaine *à priori* serait ensuite précisée par l'aveu du débiteur. On conçoit seulement que les jurisconsultes romains ne se préoccupent que de ce qui arrivera le plus souvent, c'est-à-dire d'un payement fait par le débiteur.

Quelle que soit du reste la portée qu'il faut donner à l'obligation dont nous nous occupons, et quand même il serait vrai qu'elle se borne à autoriser le droit de rétention, réduite à ces termes, elle n'en mérite pas moins d'être qualifiée obligation naturelle, puisqu'elle produit un effet, qui ne peut s'expliquer qu'en disant qu'un payement était possible, et que dès lors il existait une

dette. Supposons, en effet, qu'il s'agisse d'une personne à laquelle une erreur de droit ne peut pas porter préjudice : l'affranchi, qui a fourni des *operæ* auxquelles il n'était pas tenu, était un mineur de 25 ans ; il était, à raison de son âge, restituable contre ses erreurs de droit. Telle était aussi, à l'époque classique, comme nous l'avons dit (1), la condition générale des femmes. L'un et l'autre cependant n'ont agi que par suite d'une erreur de droit, qui doit rester inoffensive à leur égard. Ils n'ont pas entendu accomplir un *officium pietatis*, puisqu'ils s'imaginaient acquitter une obligation à laquelle ils pouvaient être contraints. Si néanmoins la répétition est interdite, c'est qu'il existe, pour légitimer la prestation qui a été faite, une obligation fort imparfaite sans doute, mais qui étant susceptible de quelques effets doit rentrer sous l'expression de *natura debitum*, employée effectivement par Ulpien, dans la loi 26, § 12, D. *De cond. ind.* Rappelons encore une fois que l'obligation naturelle, pour les Romains, n'a pas un type unique, et qu'elle se prête à des variétés considérables. C'est, suivant nous, embrouiller la matière que de chercher à établir, avec des noms différents, des catégories diverses, étrangères à la langue des Romains, en plaçant à côté des obligations naturelles des obligations morales, dont on a bien de la peine ensuite à déterminer le caractère. Les Romains n'avaient qu'une expression pour qualifier l'obligation dépourvue d'action ; ils l'appelaient *natura debitum*. Seulement l'énergie de ce *debitum* était susceptible d'avoir plus ou moins de puissance.

La *causa pietatis*, que nous avons trouvée indiquée dans

(1) P. 279.

la loi 32 § 2, D. *De cond. indeb.*, comme motif d'exclure la répétition, est invoquée dans d'autres occasions, et toujours dans le même but, afin de faire obstacle à la *condictio indebiti*. Ainsi des aliments ont été fournis par un oncle à sa nièce, *pietatis respectu* (l. 27, § 1, D. *De neg. gest.*), par une mère à ses enfants, *materna pietate* (l. 11, C. *eod. tit.*;) ni l'un ni l'autre n'auront le droit d'en exiger le remboursement. La loi 17, C. *De postl. revers.*, décide de même quant à la rançon qui aurait été payée par une mère pour racheter son fils captif. Il ne lui est pas permis de se repentir du sacrifice qu'elle a fait et d'exiger la restitution de ce qu'elle a payé; *facti te pœnitere, ac de pretio quicquam tractare non convenit.* — Un héritier qui pouvait se dispenser d'exécuter un fidéicommis, irrégulièrement laissé, a cru cependant, par scrupule de conscience, devoir se conformer pleinement aux intentions du défunt. Le fidéicommissaire ne pourra être inquiété, *cum... ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur*, l. 2. C. *De fideic.* On en disait autant de l'institué, qui s'était abstenu, par respect pour la volonté du défunt, de retenir la quarte Pégasienne à laquelle il avait droit. Le jurisconsulte Paul (1) déclare même que la conduite de l'héritier doit être appréciée comme étant l'accomplissement d'une dette. *Qui totam hereditatem restituit, cum quartam retinere ex Pegasiano debuisset, si non retineat, repetere eam non potest : nec enim* INDEBITUM *solvisse videtur qui plenam fidem defuncto præstare maluit.*

Il n'y aura pas de difficulté, toutes les fois que la

(1) *Sent.* liv. IV, t.t III, § 4.

prestation aura été effectuée en vue d'accomplir un devoir. La *condictio indebiti* devra être écartée, et les règles particulières aux donations ne trouveront pas également d'application (1). Mais, dans le cas où celui qui a presté n'aurait agi que par erreur, faudra-t-il dire que la loi du devoir à laquelle il n'a pas entendu obéir s'imposera à lui malgré sa résistance, de manière à lui interdire le droit de répéter? C'est une question à laquelle il ne peut pas être fait de réponse générale, la solution devant dépendre de la gravité du devoir, qui peut être plus ou moins rigoureux.

Quand des aliments ont été fournis par erreur, la répétition ne sera pas admise, s'il s'agit de parents très-proches; mais à mesure que la proximité s'effacera, on devra être plus facile à autoriser la *condictio indebiti*. Pour la mère, qui aurait racheté son fils de captivité, l'influence de l'erreur ne sera d'aucune considération. Il semble également que les Romains regardaient comme un devoir assez étroit l'obligation pour le père d'acquitter les dettes de son fils; la loi 11, D. *De cond. ind.* décide, en effet, que s'il a été payé *per imprudentiam plus quam in peculio est*, il n'y aura pas lieu à répétition.—Si l'on suppose, au contraire, qu'un legs ou un fidéicommis laissé irrégulièrement a été exécuté par erreur, le refus de la *condictio indebiti* devient beaucoup plus délicat. Aussi voyons-nous des textes qui, dans une hypothèse analogue, celle où l'institué a omis de retenir la quarte

(1) Quelque rigoureuse que fut la prohibition des donations entre époux, Celse, comme nous l'apprend Ulpien, l. 5, § 15, D. *De donat. int.*, ne considérait point comme une libéralité le fait du mari qui, chargé de restituer une hérédité à sa femme, n'aurait pas retenu ce que le défunt l'avait autorisé à conserver.

Pégasienne, se prononcent en faveur du droit de répétition, par exemple les lois 21 et 68, § 1, D. *Ad SCtum Trebell.* Ce dernier texte fait observer qu'on devra être porté à expliquer la conduite de l'héritier par le désir d'accomplir religieusement les volontés du défunt, ce qui n'exclut pas cependant la faculté de reprendre, si l'erreur est bien démontrée. Le droit romain paraît aussi avoir fini par accorder la répétition au débiteur qui, à la suite d'un prêt fait gratuitement, ou moyennant un faible taux d'intérêts, aurait par erreur payé des intérêts, ou aurait par erreur fourni des intérêts supérieurs à ceux qui avaient été convenus. Voyez les lois 102, § 3, D. *De solut.*, et 18 C. *De usur.* (1).

Dans certaines hypothèses, l'efficacité de l'obligation naturelle dépendra donc en définitive de la bonne volonté du débiteur. Elle se trouvera ramenée aux simples proportions que lui donne notre législation, en qualifiant de payement l'exécution librement consentie par le débiteur. L'intérêt de ce point de vue sera d'écarter

(1) Si l'on admet, comme une proposition générale en droit romain, que l'erreur de droit ne peut autoriser la *condictio indebiti*, on restreindra considérablement la place qui doit être faite au droit de répéter ce qui aurait été presté par celui qui, n'étant tenu qu'en vertu d'un simple *officium*, aurait payé parce qu'il se regardait comme civilement obligé. Mais on peut bien hésiter à croire qu'une doctrine aussi sévère ait été unanimement reçue. Les auteurs qui donnent le plus de portée à l'erreur de droit, reconnaissent d'ailleurs qu'il y avait un assez grand nombre de personnes qui étaient relevables de leur ignorance du droit. D'un autre côté, l'erreur de droit peut être excusable, par exemple s'il s'agit d'un legs qui présentait une question douteuse sur laquelle l'héritier s'est trompé. Il est possible également que ce soit par une erreur de fait que l'institué, abusé sur les forces de l'hérédité, aura acquitté des legs au delà des trois quarts du montant de la succession, ou abandonné plus des trois quarts au fidéicommissaire.

l'application des règles sur les donations. Ajoutons qu'il n'est pas indispensable, pour assurer quelque effet à l'obligation naturelle, que le payement ait été effectué. La reconnaissance de la dette et l'engagement pris de l'acquitter pourront aussi assurer une action au créancier naturel. C'est ce que décidaient les jurisconsultes, quant à la promesse de payer un legs sans déduction de la quarte Falcidie, notamment Ulpien, l. 46, D. *Ad. leg. Falcid.*, et Marcellus, l. 20, § 1, D. *De donat.* Ce dernier point cependant n'aurait pas été généralement admis, puisqu'il motiva une constitution de Justinien, l. 19, C. *Ad leg. Falcid.*, qui résolut la difficulté conformément à la doctrine de Marcellus et d'Ulpien.

DEUXIÈME PARTIE.

OBLIGATIONS NATURELLES SURVIVANT A LA DISPARITION DE L'OBLIGATION CIVILE.

La deuxième partie de notre sujet, suivant la division que nous avons indiquée plus haut, page 20, consiste à rechercher quelles étaient, dans la législation romaine, les hypothèses où une obligation, complète à son origine, et pourvue du droit d'action, se trouvait dépouillée de cet avantage, sans néanmoins s'effacer entièrement, de telle sorte qu'il subsistât encore une obligation naturelle.

Cette dégénérescence de l'obligation se rencontrait en général toutes les fois que la perte de l'action était une conséquence des principes du droit strict, qui entraînait une libération contre laquelle protestaient des considérations d'équité.

Une première application de cette idée se présente à l'occasion de l'extinction de l'obligation civile, qui a été le résultat d'une adition d'hérédité. Diverses lois nous montrent par des exemples pratiques comment, aux yeux des jurisconsultes romains, la confusion laissait survivre une obligation naturelle, et comment, en pareil cas, le créancier, grâce à l'existence d'un *pignus*, pouvait arriver à obtenir son payement.

TEXTES EXPLIQUÉS.

DEUXIÈME PARTIE.

OBLIGATIONS NATURELLES SURVIVANT A LA DISPARITION DE L'OBLIGATION CIVILE.

§ 1er. Obligation naturelle en cas de confusion.

L. 59, pr. Ad SCtum Trebellianum, D. (XXXVI-1).

PAULUS, libro IV Quæstionum.

XLVIII. Debitor sub pignore creditorem heredem instituit, eumque rogavit restituere hereditatem filiæ suæ, id est testatoris : cum nollet adire ut suspectam, coactus jussu Prætoris adiit et restituit : cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi jure dominii id possidere. Respondi : aditione quidem hereditatis confusa obligatio est. Videamus autem ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor [actor (1)], idemque heres, rem, sive non possidet : videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pignoratitia, quoniam hereditaria est actio : neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte

(1) Nous pensons, avec Cujas, qu'on doit supprimer le mot *actor*, auquel il est difficile de donner un sens.

PAUL, Questions, livre 4e.

XLVIII. Un débiteur, qui avait institué héritier son créancier gagiste, l'avait prié de restituer l'hérédité à sa fille (la fille du testateur). L'institué, ne se souciant pas d'accepter la succession qui lui paraissait suspecte, avait été contraint par le Préteur à faire adition, et avait restitué. Comme il ne trouvait pas d'acheteur pour le gage, il demandait l'autorisation de le conserver à titre de propriétaire. J'ai répondu : sans doute l'adition d'hérédité a éteint l'obligation par voie de confusion ; mais voyons si le gage est également libéré par-là ce qu'il n'y aurait plus même obligation naturelle. De deux choses l'une : ou le créancier, qui est devenu héritier, possède, ou il ne possède pas : examinons ce qui doit arriver dans chaque cas. S'il possède, le créancier ne peut être at-

petetur; quod eveniret, si nullum pignus intercessisset; possidet enim eam rem quasi creditor. Sed et si fideicommissarius rem teneat, et hìc Serviana actio tenebit; verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. — In re autem integra non putarem compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset ei cautum, vel soluta pecunia esset. Nam et cum de lucro heres scriptus adsit (1), quod forte legatum accepit, si heres non extitisset, responsum est non esse cogendum adire, nisi legato præstito. Ubi quidem potuit dici nec cogendum esse heredem adire quodammodo contra voluntatem defuncti, qui legando heredi, si non adiisset, in ipsius voluntate posuit aditionem. Sed cum testator alterutrum dederit, nos utrumque ei præstamus.

(1) Le texte des Florentines porte : *assit*, que Cujas remplace par : *agit*. Nous préférons la leçon du *Corpus academicum*. L'expression de *lucro adesse*, pour signifier : *prétendre à un lucre*, n'a rien de choquant.

teint par aucune action de la part du fidéicommissaire ; il ne peut l'être par l'action pignératitienne, parceque c'est une action héréditaire ; on ne peut exiger de lui l'exécution du fidéicommis, sous prétexte qu'il n'aurait pas tout restitué. Cette prétention serait fondée en l'absence d'un gage ; mais ici la possession s'explique à titre de créancier. Quand même le fidéicommissaire détiendrait la chose engagée, il y aurait lieu à l'action Servienne. Il est vrai de dire en effet qu'il n'y a pas eu payement, comme on le dit (quelquefois), quand l'action a échoué à raison d'une exception. Par conséquent, ce n'est pas seulement le droit de rétention, c'est aussi le droit d'agir en vertu du gage qui compète au créancier ; et, en cas de paiement, il n'y aurait pas répétition. L'obligation naturelle subsiste donc, de manière à être efficace à raison du gage. — Si les choses étaient entières, je serais d'avis que l'héritier ne peut être contraint à faire adition qu'autant qu'on lui aurait donné des sûretés pour le rendre indemne, ou qu'on l'aurait désintéressé. En effet, quand l'institué prétend réaliser un gain, par exemple, quand un legs lui a été laissé pour le cas où il ne serait pas héritier, on a décidé qu'il ne pouvait être contraint à faire adition qu'autant qu'on lui tiendrait compte de son legs. On peut même dire alors qu'une contrainte absolue serait en désaccord avec la volonté du défunt, qui,

en léguant à l'institué pour le cas où il ne ferait pas adition, a subordonné cette adition au gré de l'héritier. Le testateur lui ayant laissé ce choix, nous devons le lui conserver.

L. 38, § 5. *De solutionibus et liberationibus*, *D.* (XLVI-III).

AFRICANUS, libro VII Quæstionum.

XLIX. Qui pro te apud Titium fidejusserat pignus in suam obligationem dedit; post idem heredem te instituit. Quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit. At si idem alium fidejussorem dederit, atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione ejus pro quo fidejussum sit, eum quoque qui fidejusserit liberari.

AFRICAIN, Questions, livre 7e.

XLIX. Celui qui s'était porté fidéjusseur de votre dette envers Titius avait fourni un gage pour son obligation; ensuite il vous institue son héritier. Bien que vous ne soyez pas tenu à raison de la fidéjussion, le gage n'en subsistera pas moins. Mais si l'on suppose que le défunt, après avoir donné un sous-fidéjusseur, vous a institué son héritier, il est mieux de décider que l'extinction de l'obligation du fidéjusseur entraîne la libération de celui qui s'est porté sous-fidéjusseur

L. 3, *pr. De separationibus*, *D.* (XLII-VI).

PAPINIANUS, libro XXVII Quæstionum.

L. Debitor fidejussori heres extitit, ejusque bona venierunt : quamvis obligatio fidejussionis extincta sit, nihilominus separatio impetrabitur, petente eo cui fidejussor fuerat obligatus, sive solus sit hereditarius creditor, sive plures. Neque enim ratio juris quæ causam fidejussionis propter prin-

PAPINIEN, Questions, livre 27e.

L. Le débiteur ayant succédé à son fidéjusseur, a subi la *bonorum venditio* : bien que la fidéjussion soit éteinte, cependant la séparation des patrimoines sera accordée sur la demande de celui envers qui le fidéjusseur s'était engagé, qu'il soit seul créancier héréditaire, ou qu'il y en ait d'autres. En

cipalem obligationem, quæ major fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat.

effet, la règle de droit, qui fait disparaître la fidéjussion à raison de ce que l'obligation principale est plus considérable, ne doit pas constituer en perte un créancier qui avait été prévoyant pour ses intérêts.

EXPLICATION.

DEUXIÈME PARTIE.

§ 1er. — Obligation naturelle en cas de confusion.

La confusion consiste dans la réunion sur la même tête de deux qualités incompatibles, notamment celles de créancier et de débiteur. Comme l'obligation met en présence deux personnes distinctes, dont l'une est liée envers l'autre, on conçoit qu'un tel rapport n'est plus possible, quand c'est un seul individu qui joue les deux rôles opposés. Cependant les Romains étaient loin de placer la confusion sur la même ligne que le paiement, la novation, l'acceptilation, à la suite desquels ils disaient que le lien était rompu, et que l'état d'obligation était remplacé par un état contraire. La confusion amenait seulement une impossibilité d'agir, impossibilité qui ne dépassait pas la personne chez laquelle se produisait la confusion. Par conséquent, si, à côté de celui qui était le sujet atteint par la confusion, il y avait d'autres débiteurs indépendants du premier, ceux-ci restaient dans la même position que précédemment. Ce résultat est ordinairement exprimé par cette formule empruntée à Paul, l. 71, pr. D. *De fidej.*: *confusio potius eximit personam quam extinguit obligationem*. Il arrivait alors ce qui se passait également au cas où l'un des *correi* éprouvait une *capitis minutio*. Celui là, nous dit Pomponius, l. 19, D. *De duob. re.*, est désormais *exemptus obligatione;*

à l'égard des autres, l'obligation demeure entière. Le créancier, qui avait deux *rei promittendi*, s'il succédait ex asse à l'un d'eux, conservait donc ses droits contre l'autre, sauf les conséquences que pouvait entraîner un rapport de société existant entre les deux *rei*. Mais, si l'on fait abstraction du droit de recours qui, dans les idées romaines, n'était pas admis entre les *correi non socii*, on voit que la confusion peut rester inoffensive pour le créancier qui sera devenu héritier de l'un de ses débiteurs.

La charge de la dette ou le bénéfice de la créance, même en supposant un débiteur unique, continuaient à exercer leur influence quant aux effets pour lesquels une action est inutile. C'est ce qui avait lieu relativement au calcul de la quarte Falcidie. La loi 1, § 18, D. *Ad. leg. Falcid.*, nous dit que le débiteur succédant à son créancier est censé recueillir une hérédité plus considérable à raison de la libération dont il profite, ce qui fait qu'il est tenu d'imputer sur sa quarte le montant de ce qu'il doit. La loi 95, § 2, D. *De solut.*, que nous avons expliquée plus haut, nous a montré l'application de la même idée, bien que l'héritier n'eût contre le défunt qu'une créance naturelle. On peut, il est vrai, faire observer que, pour régler les rapports entre l'héritier et les légataires, quant à la loi Falcidie, l'état du patrimoine devait être envisagé tel qu'il se trouvait à l'époque de la mort. Or, à ce moment, il n'y a pas encore confusion; elle ne se produit que par l'adition d'hérédité.

Quand le créancier, qui perd son droit par la confusion, n'avait d'autre débiteur que la personne à qui il succédait, il semble, au premier abord, inutile de lui conserver une obligation naturelle, puisqu'elle pèserait

précisément sur lui-même. Mais il est possible que les effets de l'adition disparaissent, et que le créancier n'ait eu que transitoirement la qualité d'héritier. Il deviendra alors intéressant de savoir si, en perdant l'émolument de la succession, il n'a aucun moyen de tirer parti de la créance qu'il avait contre le défunt. Dans le cas où l'institué était dépouillé de la succession, parce qu'il avait succombé dans une *querela inofficiosi testamenti*, les Romains décidaient que l'institué ne devait éprouver aucun préjudice. Le défunt était réputé décédé intestat : *intestatum patremfamilias facit*, l. 6, § 1, D. *De inoff. test.* Dès-lors, les choses devaient être traitées comme s'il n'y avait pas eu institution. Le créancier rentrait dans tous ses droits ; l'adition était effacée : *perinde omnia observari oportere ac si hereditas adita non fuisset*, l. 21, § 2, *eod tit.* Il en était tout autrement, quand l'hérédité était enlevée par le fisc à l'héritier qui s'en était rendu indigne. Comme il subissait alors une peine, il perdait le bénéfice de l'hérédité, qui était transportée au fisc telle qu'elle existait en la personne de l'héritier. Modestin s'exprime ainsi dans la loi 8, D. *De his quæ ut indign. : indigno herede pronunciato, ademta hereditate, confusas actiones restitui non oportet.*

La position du créancier, auquel échappe la succession de son débiteur après qu'il en a fait adition, est particulièrement digne de faveur, alors qu'il s'agit d'un simple intermédiaire, chargé par le défunt de transmettre son patrimoine à un tiers, au moyen d'un fidéicommis. Voyons comment les Romains ont ménagé pour cette hypothèse les intérêts du fiduciaire. Les Pandectes nous offrent à ce sujet, dans la loi 59, pr. D. *Ad SCtum Trebell.*

(XLVIII), un texte qui mérite de fixer notre attention. Les difficultés de ce texte ont occupé les plus célèbres interprètes, notamment Cujas et Antoine Favre.

Les faits exposés dans la loi 59 présentent d'abord la question de savoir pourquoi le testateur, au lieu d'instituer sa fille, laisse sa succession à un tiers, tout en chargeant ce tiers de restituer à sa fille. Pour quel'institution au profit du fiduciaire lui assure toute l'hérédité, il faut supposer que la fille a été exhérédée; sinon, elle serait appelée à la moitié de la succession, soit d'après le droit civil, *jure adcrescendi*, si elle était *in potestate*, soit d'après le droit Prétorien, au moyen de la *bonorum possessio contra tabulas*, qu'elle fût *sua* ou émancipée(1). Faut-il voir dans la conduite du testateur une précaution prise pour éluder la loi Voconia? Nous savons, en effet, par Gaïus, II, 274, que l'incapacité dont les femmes étaient frappées pouvait être tournée au moyen d'un fidéicommis. Nous ne pensons pas qu'on doive s'arrêter à cette supposition. Si la loi Voconia n'était pas déjà au temps de Paul complétement abrogée par la désuétude (2),

(1) La portée de la *bon. poss.*, qui permettait autrefois à la fille omise, en puissance ou non, de faire tomber en entier le testament du père, fut réduite du temps de Gaïus *(nuper imperator significavit*, II, 126), aux limites assignées au *jus adcrescendi*, par l'effet d'un rescrit d'Antonin, mentionné également par Justinien dans la loi 4, C. *De lib. præter.*

(2) Déjà Aulu-Gelle, qui vivait en même temps que Gaïus, qualifie la loi Voconia de *lex obliterata*, liv. XX, ch. 1. Ulpien, contemporain de Paul, garde le silence sur l'incapacité des femmes, au titre XXII de ses *Regulæ*, *Qui heredes instituí possunt*; de même que plus loin, dans le titre XXV, *De fideicommissis*, après avoir posé la règle, suivant laquelle un fidéicommis ne peut être laissé qu'à celui qui pourrait recevoir directement, il mentionne bien, comme Gaïus, l'exception dont jouissaient les Latins Juniens, mais il ne dit rien de semblable quant aux femmes.

il n'est pas vraisemblable que, dans notre espèce, le défunt eût besoin de recourir à l'expédient signalé par Gaïus, puisqu'il ne laissait qu'une succession peu opulente, tenue en suspicion par le fiduciaire. Probablement il s'agit dans notre texte d'une exhérédation faite, suivant les expressions des jurisconsultes romains, *non notæ causa, non mala mente*, mais dans l'intérêt même de l'exhéré-dé. C'est ce qui arrivait souvent, nous dit Ulpien (1) de la part de celui qui laissait des descendants impubères. On évitait ainsi à celui auquel on transmettait son patrimoine, à la charge de le restituer, les embarras et la gêne qui auraient accompagné l'administration de la même fortune en qualité de tuteur. Une pareille exhérédation ne pouvait donner lieu à la *querela inoff. test.*, la légitime du temps des jurisconsultes (2) étant valablement laissée par voie de fidéicommis.

L'institué, ajoute Paul, ne se soucie pas de faire spontanément adition de l'hérédité, parce qu'il se défie de la solvabilité du défunt. Ce n'est que sur l'ordre du Préteur qu'il consent à faire adition. En pareil cas, le SCte Pégasien, nous dit Gaïus, II, 258, décidait que le fiduciaire resterait étranger aux conséquences ordinaires qu'entraîne la qualité d'héritier, en ce sens que les actions héréditaires étaient transférées au fidéicommissaire. On appliquait sous ce rapport la règle établie par le SCte Trébellien, d'après laquelle les charges de l'hérédité étaient écartées de la tête de l'institué, qui pouvait, au moyen d'une

---

(1) L. 18, *De lib. et post.*, voir aussi l. 12, § 2, et l. 47, pr. *De bon. libert.*

(2) Il y a controverse entre les auteurs sur le point de savoir si les réformes de Justinien ont supprimé la possibilité de l'exhérédation *bona mente*. Voyez Mühlenbruch, suite de Glück, t. XXXVII. p. 391.

exception dite *restitutæ hereditatis*, se mettre à l'abri des poursuites des créanciers (1).

Cependant les inconvénients de l'adition ne disparaissaient pas complétement pour le fiduciaire. Il était créancier du défunt, et il avait eu le soin de se faire donner un *pignus*. A l'échéance de la dette, il veut se payer en vendant la chose engagée; mais, ne trouvant pas d'acheteur, il sollicite la permission de garder le *pignus* à titre de propriétaire. Pour obtenir cette autorisation, il doit s'adresser à l'Empereur (2). La question qui s'élève est précisément de savoir s'il peut encore se comporter

(1) Dans l'espèce prévue par Paul, le fiduciaire se décidant à faire adition, il n'y a pas lieu de se demander s'il était possible de se passer de son concours pour l'acquisition de l'hérédité. En supposant que, malgré l'injonction du magistrat, l'institué se refusât à faire adition, on doit bien admettre que sa résistance était punissable, qu'il s'exposait même à une indemnité par suite des voies de coërcition qui étaient à la disposition du Préteur. Mais il nous paraît fort douteux qu'il fût permis de suppléer à l'adition, et de la considérer comme faite, de manière à procurer l'exécution du testament. A l'époque des jurisconsultes, un acte personnel d'adition de la part de l'institué était regardé comme indispensable, à tel point que le *consensus* de l'esclave institué était déclaré nécessaire *in adeunda hereditate* (l. 65, pr. D. *Ad SCtum Trebell.*), et que pour l'acquisition d'une hérédité déférée à un pupille, on exigeait encore en principe, au milieu du troisième siècle, l'intervention du pupille même (l. 5, C. *De jur. delib.*). La difficulté que présentait l'absence d'un acte d'adition émané du fiduciaire n'a été tranchée définitivement que par Justinien, dans la loi 7, § 1, C. *Ad SCtum Trebell.* Désormais il sera vrai de dire qu'on peut se passer d'une adition, et que la translation des actions aura lieu légalement, *ipso jure*, au profit du fidéicommissaire. Mais cette constitution nous apprend qu'anciennement on n'était pas d'accord sur la manière de pourvoir aux intérêts du fidéicommissaire (*apud veteres dubitabatur*). Il n'aurait fallu, dans l'opinion d'Ulpien, rien moins qu'un recours à l'autorité impériale (*et Domitius Ulpianus constituendum esse super his putavit*).

(2) Voyez à cet égard les lois 24, pr. D. *De pign. act.*, et 63, § 4, D. *De adq. rer. dom.*, et le titre XXXIV, liv. VIII, C., *De jur. dom. impet.*

comme un créancier, et réclamer l'exercice des droits qui appartiennent à un gagiste.

Le jurisconsulte répond en indiquant d'abord la raison de douter, tirée de la confusion qu'a occasionnée l'adition d'hérédité. La qualité d'héritier qui s'est assise sur la tête du fiduciaire, bien que la restitution soit régie par le SCte Trébellien, a eu pour résultat, en droit strict, d'entraîner l'extinction de la créance par voie de confusion. Toutefois, si l'obligation civile a disparu, ne subsiste-t-il pas au moins une obligation naturelle, grâce à laquelle le *pignus* conservera son efficacité ? C'est l'idée que Paul exprime, en disant : *videamus ne*.... ce qui signifie : faut-il admettre que le gage est libéré parce qu'il n'y aurait plus même obligation naturelle? La suite du texte n'est que le développement d'une solution affirmative implicitement admise en faveur de l'existence d'une obligation naturelle, et l'exposé des conséquences qui se rattachent à ce point de départ, soit que le fiduciaire possède, soit qu'il ne possède pas.

En premier lieu, si le fiduciaire possède, il n'est, dit Paul, exposé à aucune action de la part du fidéicommissaire. Il n'a pas à craindre l'action pignératitienne, c'est-à-dire l'action *pigneratitia directa*, que le contrat de gage donne au débiteur pour se faire restituer la chose engagée. Le motif en est qu'il s'agit d'une action héréditaire (*quoniam hereditaria est actio*). Suivant Cujas (1), le texte de Paul serait corrompu; il faudrait ajouter une négation et lire : *non hereditaria*. L'action pignératitienne, ne compétant au débiteur qu'après paye-

(1) *In lib.* IV, *Quæst. Paul, ad h. l.*, t. V, *c.* 991.

ment, elle n'aurait jamais appartenu au défunt qui est décédé débiteur, et ne pourrait dès lors appartenir à l'héritier, attendu qu'il ne peut prétendre aux actions que son auteur n'a pas été à même d'exercer. Cette explication de Cujas, bien qu'elle ait été admise par Pothier (1) et par Godefroy, a été justement critiquée. Il suffit, pour la faire rejeter, de cette observation que, dans le système de Cujas, le fidéicommissaire, même en payant, n'aurait pas l'action pignératitienne à raison des gages non libérés par le défunt, puisque la condition à laquelle est subordonnée l'action n'aurait pas été accomplie du vivant du testateur. — D'autres auteurs, qui repoussent la correction proposée par Cujas, notamment Favre (2), interprètent la pensée de Paul en ce sens que l'action pignératitienne étant héréditaire, elle ne peut être exercée par le fidéicommissaire que comme elle eût pu l'être par le défunt, c'est-à-dire après payement, qui dans l'espèce fait défaut.

Cette manière d'entendre les mots : *quoniam hereditaria* offre sans doute au fond quelque chose de satisfaisant. Mais nous la rejetons également, parce qu'elle ne rend compte de la décision de Paul qu'à l'aide d'une paraphrase ayant pour but d'expliquer comment l'action pignératitienne, *bien qu'elle soit héréditaire*, ne peut cependant être employée par le fidéicommissaire, tandis que le jurisconsulte dénie justement l'action *parce qu'elle est héréditaire* (3). Au premier aspect, la solution

(1) Pandect. *ad tit. De solut.*, no 132.

(2) *Conject.* VII-16.

(3) Si la pensée de Paul avait été celle qu'on lui prête, il aurait dû dire : *quoique*, et non : *parce que*. Aussi a-t-on proposé de substituer : *quanquam* à : *quoniam*, ce qui autoriserait le raisonnement sous-entendu par Favre et ses partisans.

paraît en désaccord avec le motif allégué. La conséquence du SCte Trébellien, qui est appliqué dans notre cas, est précisément en effet que les actions héréditaires, au moins comme *utiles*, appartiennent au fidéicommissaire. Pourquoi donc l'action pignératitienne fait-elle exception à cette règle? La véritable raison, suivant nous, en a été donnée par Schulting (1). Cette raison, c'est que l'action pignératitienne présente cette particularité qu'elle serait dirigée contre le fiduciaire, contre celui qui a été institué et qui a fait adition. Or, si la confusion fait périr civilement les actions pour lesquelles le fiduciaire était créancier, il doit en être de même à l'égard de celles où il jouait le rôle de débiteur. C'est là, pourrions-nous dire, le revers de la médaille, au point de vue du fidéicommissaire. Il ne saurait y avoir deux poids et deux mesures. Puisque le fiduciaire, après l'adition, ne reste pas, *jure civili*, créancier de ce qui lui était dû par le défunt, il ne doit pas également, *jure civili*, rester débiteur de ce qu'il devait au défunt. C'est toujours la même idée de confusion appliquée en sens inverse. Aussi le jurisconsulte a-t-il raison de dire que, dans les mains du fidéicommissaire, l'action pignératitienne est anéantie, en vertu du caractère héréditaire de l'action, le droit civil n'admettant pas qu'une action héréditaire soit possible contre celui-là même qui est héritier *ex asse*.

Nous ajouterons, pour confirmer cette interprétation, que, dans le cas où le fiduciaire, débiteur envers le défunt, trouvait sa libération dans les conséquences de l'adition, les jurisconsultes romains, fidèles à leur

(1) *Notæ ad Pandectas, sub. h. l.*

principe, appréciaient cette libération comme un bénéfice découlant de la qualité d'héritier. Ils considéraient le fiduciaire comme ayant recueilli une hérédité grossie du montant des créances éteintes par confusion; et c'était par la voie de la *petitio fideicommissi* (1) que le fiduciaire devait tenir compte de cet avantage. Cette ressource est indiquée par Scævola, l. 80, D. *Ad SCtum Trebell.*; par Papinien, l. 58, pr. D. *eod. tit.* C'est pourquoi, dans notre texte, Paul se préoccupe de cette voie ouverte au fidéicommissaire, et il examine en seconde ligne, ce qu'il faut décider quant à la *petitio fideicommissi*. Sous ce rapport, le jurisconsulte n'admet pas que le fidéicommissaire puisse se plaindre d'une restitution incomplète. Cette prétention serait fondée, si la chose héréditaire détenue par le fiduciaire n'avait pas été l'objet d'un *pignus*. Mais, grâce au *pignus* qui est intervenu, le fiduciaire a le droit de conserver cet objet à titre de créancier, *quasi creditor*. La dette n'est pas, en effet, entièrement éteinte; elle subsiste au moins naturellement, de manière à servir de base pour un *pignus*.

Si l'on suppose maintenant que le fiduciaire n'est pas en possession, la qualité de créancier gagiste, qui n'a pas disparu, suffit pour lui procurer la ressource d'une action, de l'action hypothécaire (2). Afin de justifier la

---

(1) Rappelons-nous ici que les rapports entre le fiduciaire et le fidéicommissaire ne donnaient pas lieu à des actions proprement dites, à des formules, ou *judicia ordinaria*. C'était l'un des cas où la connaissance de l'affaire était réservée tout entière au magistrat; il y avait alors *persecutio*, procédure *extra ordinem*. Gaï., II, 278.

(2) Paul mentionne l'action Servienne. On sait que le point de dé-

concession de cette action, Paul fait observer qu'il n'y a pas eu payement : *verum est enim non esse solutam pecuniam.* On retrouve dans des textes nombreux le même motif invoqué pour fonder cette action. Aussi a-t-on conjecturé avec vraisemblance que l'édit prétorien, duquel dérivait le droit d'hypothèque, s'était occupé de fixer les règles suivant lesquelles devait être appréciée la durée de l'hypothèque. La loi 13, § 4, D. *De pignor.*, contient une allusion assez évidente à ce point, quand elle dit que l'action hypothécaire a ses conditions particulières, et qu'elle peut toujours être exercée à défaut de payement ou de toute autre satisfaction : *suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet.*

C'est une application de la même idée que fait le jurisconsulte Paul, quand il ajoute que l'action hypothécaire subsiste également, alors que le créancier a échoué dans son action personnelle à raison d'une exception. Ici, encore, nous ne pouvons souscrire à la doctrine de Cujas, qui entend d'une façon absolue la décision de Paul, laquelle serait vraie, dit-il, pour toute exception sans distinction. S'il en était ainsi, Cujas aurait bien raison de faire observer que ce passage de Paul est, comme il le qualifie, *valde singularis.* Pothier, du reste, n'a pas été plus heureux, quand il a essayé d'expliquer par un exemple la pensée de Paul, en indiquant

---

part de l'action hypothécaire se trouve dans les rapports du bailleur avec le *colonus*, cas pour lequel le préteur Servius introduisit, en vertu d'une simple convention, une action réelle qui fut dite Servienne. La même action, étendue dans les mêmes circonstances à d'autres créances, prit le nom d'action Servienne *utile*, ou action hypothécaire.

le cas où le créancier n'avait pas obtenu une condamnation, parce que son adversaire lui aurait opposé la compensation. Sans doute, depuis le rescrit de Marc-Aurèle, la compensation, dans les actions de droit strict, pouvait être invoquée au moyen d'une exception. Mais l'exception qui était employée dans ce but n'était autre que l'exception de dol. Or, est-il possible d'admettre que celui dont la prétention était entachée de dol dût triompher par la voie de l'action hypothécaire ?

Il n'est pas douteux, à nos yeux, que Paul ne voulait pas parler de toutes les exceptions. Il n'avait en vue que les exceptions non conformes à la *naturalis æquitas*, malgré lesquelles, disaient les jurisconsultes romains (V. la loi 66, D. *De reg. jur.*, que nous avons déjà citée) (1), le débiteur ne cesse pas de pouvoir être qualifié débiteur. Nous verrons plus loin, en examinant l'influence qu'avait à Rome sur une obligation l'exercice du droit d'action, qu'il pouvait arriver de différentes manières qu'un créancier, qui avait échoué à raison d'une exception, n'eût pas perdu complétement le titre de créancier, qu'il y eût encore en sa faveur une obligation naturelle. Dans tous ces cas, il était exact de dire qu'il n'y avait eu ni paiement, ni satisfaction, que dès lors l'action hypothécaire restait ouverte, si par hasard le créancier se trouvait en mesure de pouvoir utiliser cette ressource. Nous aurons à revenir sur ce passage de Paul, dont Favre a donné une bonne interprétation, en remarquant qu'on devait supposer que le créancier avait commis quelque faute de procédure.

En résumé, quelle que soit la position du fiduciaire quant

(1) P. 76.

à la possession, Paul trouve dans cette circonstance qu'il y a un *pignus*, le moyen de sauvegarder les intérêts du fiduciaire. Non-seulement ce dernier a le droit de rétention, mais il peut encore recourir à une action, s'il est pourvu d'une hypothèque. Ce n'est pas tout; l'efficacité de la créance n'est pas absolument dépendante de l'existence d'un *pignus*. Paul ajoute qu'au cas où il y aurait paiement, la répétition serait interdite. Il signale, pour notre hypothèse, la conséquence le plus ordinairement attachée par les jurisconsultes à l'obligation naturelle, le refus de la *condictio indebiti*.

Cette observation condamne péremptoirement une autre proposition erronée enseignée par Cujas. Il s'agit de l'explication de cette phrase, qui sert de conclusion aux raisonnements de Paul : *remanet ergo*.... En la traduisant trop littéralement, Cujas arrive à admettre que l'obligation naturelle repose uniquement sur le *pignus*, de telle sorte qu'en faisant abstraction de cette garantie il faudrait rejeter l'idée de toute obligation. C'est là assurément le renversement de l'ordre des rapports qui existent entre le *pignus* et la créance. Le *pignus* n'est qu'un accessoire, qu'on ne saurait concevoir indépendamment d'une créance plus ou moins puissante, mais enfin d'une créance quelconque, dont le *pignus* a pour but d'assurer le paiement. Seulement, quand il n'y a qu'une obligation naturelle, la possibilité d'un paiement de la part d'un débiteur contre lequel il n'existe pas d'action ne donne à l'obligation qu'un caractère un peu précaire. Elle prend, au contraire, une consistance sérieuse, alors qu'un droit de gage permet au créancier de ne pas être à la discrétion de la conscience du débiteur, ou de n'avoir pas à compter sur la chance d'une erreur

que commettrait ce dernier, en faisant un paiement dont il pourrait se dispenser. C'est uniquement à raison de ce que le *pignus*, en autorisant le créancier à agir, fournit à son droit une assiette solide, que Paul lie ensemble ces deux choses : efficacité de l'obligation et garantie résultant d'un *pignus*. Il y a, en un mot, obligation naturelle ayant de la valeur, parce qu'elle peut être forcée dans son exécution au moyen du *pignus*.

Dans l'hypothèse à l'occasion de laquelle Paul était consulté, la circonstance qu'il existe un *pignus* fournit le moyen de mettre l'institué à l'abri du préjudice que lui cause l'adition, par suite de laquelle il perd l'action personnelle attachée à sa créance. Mais, comme ce n'est là qu'un accident, et que la ressource d'un droit d'hypothèque pourrait faire défaut, le jurisconsulte examine quelle est en général la position de l'institué, dont les intérêts seraient compromis à raison de ce qu'il obtempérerait aux volontés du défunt. Quand les choses sont encore entières, dit Paul, c'est-à-dire en se plaçant antérieurement à l'adition, le créancier institué sous charge de fidéicommis ne peut être contraint à se porter héritier qu'autant qu'il est assuré de n'éprouver aucun dommage. Le fidéicommissaire sera tenu, par conséquent, soit de rembourser dès à présent ce qui était dû par le défunt à l'institué, soit au moins de fournir des garanties pour un paiement ultérieur. Le fiduciaire, en effet, ne doit pas être victime du service qu'il rend au fidéicommissaire. Non-seulement il lui est permis de prendre ses précautions afin d'éviter une perte; il a même le droit de se faire tenir compte du lucre qu'il pourrait réaliser au moyen d'une répudiation. C'est ce qui arriverait, si l'on

suppose que le fiduciaire a été gratifié d'un legs, pour le cas où il n'accepterait pas l'hérédité qui lui est laissée avec charge de restitution. On doit ici sous-entendre que ce fiduciaire n'était institué que pour partie, ou bien qu'un substitué lui avait été donné, puisqu'il ne peut y avoir de legs efficace qu'autant que la validité du testament est soutenue par une adition d'héritier. Paul fait observer avec raison qu'on irait contre les volontés du défunt, en privant sans indemnité le fiduciaire du bénéfice de son legs, puisque l'intention du testateur, par la manière dont il a réglé ses dispositions, a été de laisser à l'institué l'option entre la qualité d'héritier et celle de légataire.

Ici s'arrêtent les raisonnements de Paul. Nous devons, pour compléter notre sujet, nous demander de quels effets serait susceptible l'obligation naturelle qui resterait au moins à l'institué, dans le cas où il aurait été assez imprévoyant pour faire adition sans se prémunir contre les conséquences fâcheuses d'un pareil acte. Déjà nous avons rencontré dans notre texte, indépendamment du maintien du *pignus*, la mention de la validité du paiement : le fidéicommissaire ne pourrait donc répéter, eût-il payé par erreur. Nous ne faisons aucune difficulté d'admettre également la possibilité d'une fidéjussion, d'un constitut, d'une hypothèque, d'une novation. Pour servir de base à tous ces actes, il suffit en principe qu'il existe une obligation naturelle; et assurément il n'en est guère de plus favorable que celle qui nous occupe. Nous irons plus loin; le droit d'invoquer la compensation, droit qui, nous l'avons déjà fait remarquer, n'accompagne pas toute obligation naturelle, nous paraît devoir trouver place en cette occurrence.

Cette décision, éminemment équitable, pourrait se passer d'un texte formel. Il y aurait, en effet, déloyauté évidente chez le fidéicommissaire qui, après avoir recueilli le bénéfice d'une hérédité plus opulente, grâce à la confusion qui s'est opérée, prétendrait se faire payer par le fiduciaire dont il serait créancier, sans indemniser celui-ci du préjudice qu'il a éprouvé par le résultat de l'adition. Mais nous trouvons dans un fragment des Pandectes, la loi *44, pr. Ad SCtum Trebell.*, une application positive du droit de compensation que nous attribuons au fiduciaire. L'espèce prévue par Marcellus, auteur de ce fragment, est analogue à celle traitée dans la loi 59. C'est encore un institué, grevé d'un fidéicommis universel, qui n'a fait adition que sur l'ordre du Préteur. Avant que ce fiduciaire n'ait effectué la restitution de l'hérédité, le fidéicommissaire vient à mourir. La question qui s'élève est celle de savoir si l'héritier du fidéicommissaire sera tenu de subir les conséquences de l'adition exigée par son auteur; s'il ne doit pas être exposé aux poursuites des créanciers. Le jurisconsulte répond que sans doute, en général, celui qui fait adition pour obéir au Préteur restitue immédiatement, et que les termes du SCte (1) ne s'appliquent qu'au fidéicommissaire même, sans qu'il soit fait mention de son héritier. Mais il est possible, ajoute Marcellus, que le retard de restituer soit bien fondé de la part du fiduciaire, par exemple, s'il était créancier du défunt et qu'il aimât

(1) C'est le SCte Pégasien auquel il est fait allusion. Suivant une disposition expresse de ce SCte, le fiduciaire pouvait, sur la demande du fidéicommissaire, être contraint à faire adition; mais l'adition avait lieu aux risques et périls du fidéicommissaire, traité en ce cas comme si la restitution eût été régie par le SCte Trébellien.

mieux retenir ce qui lui est dû que d'en poursuivre le paiement : *veluti si pecuniam ei debuerit defunctus quam retinere maluit quam petere*. Le droit de rétention est donc autorisé contre le fidéicommissaire à l'occasion de la *petitio fideicommissi ;* il ne cesse pas d'être légitime, si le fiduciaire, ayant vidé ses mains, se trouvait poursuivi par le fidéicommissaire pour une autre cause.

Il faut enfin faire un pas de plus, et reconnaître que les termes de la loi 44 permettent de dire que, pour les Romains, le droit du fiduciaire après l'adition ne restait pas réduit rigoureusement à n'être qu'une obligation naturelle. Marcellus suppose, en effet, que le fiduciaire aurait pu *petere*, au lieu de se borner à *retinere*. La faveur d'une action n'est donc pas déniée à ce créancier. Cependant il s'agit d'un institué qui paraît avoir fait adition, sans se ménager les ressources dont parle Paul dans la loi 59, et que la confusion a privé de son ancienne créance. Voici sans doute comment on raisonnait pour parvenir à baser une nouvelle action. En acquérant l'hérédité, le fiduciaire est devenu envers le fidéicommissaire débiteur de tout ce qu'il a à restituer ; mais en même temps il est autorisé à retenir sur les valeurs de cette hérédité le montant de ce qui lui était dû par le défunt. Or, il était admis en droit romain que celui qui, pouvant compenser, n'avait pas usé de cette faculté, était fondé à exercer la *condictio indebiti* ; voyez loi 10, § 1, D. *De compens.* (1) C'est la position du fiduciaire qui a trop restitué, parce qu'il n'a pas défalqué ce qui lui était dû. La voie de la *condictio indebiti* lui est donc ou-

(1) *Si quis igitur compensare potens, solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto.*

verte. Nous voyons effectivement, par un fragment de Marcien, l. 39, D. *De cond. ind.* (1), que, d'après un rescrit formel des empereurs Sévère et Antonin, la répétition était admise au profit du fiduciaire qui n'avait pas exigé du fidéicommissaire les sûretés auxquelles il pouvait prétendre.

La confusion pouvait encore, d'une façon peu équitable, produire un effet désastreux pour les droits d'un créancier, quand la qualité de débiteur principal et celle de débiteur accessoire se réunissaient sur la même tête. En ce cas, la règle était que l'obligation du fidéjusseur devait disparaître, comme n'ayant qu'un caractère secondaire, règle qu'on trouve exprimée dans les lois 14, D. *De fidej.*, et 93, § 2, D. *De solut* (2). Les Romains admettaient bien que deux obligations civiles, pareilles entre elles, pouvaient résider en une seule personne; aussi décidaient-ils que l'un des *rei promittendi* venant à succéder à son *correus*, aucune des obligations ne s'éteignait; l. 5, D. *De fidej.*, l. 93, § 1, D. *De solut.* Il n'y avait pas, disait-on, de raison pour faire périr une obligation plutôt que l'autre. Mais quand, au contraire, deux obligations de nature différente, l'une principale, l'autre accessoire, convergeaient sur le même individu, la première avait la puissance d'absorber la seconde. — Néanmoins la confusion était écartée, s'il arrivait que l'obligation du fidéjusseur

(1) *Si quis, cum a fideicommissario sibi cavere poterat, non caverit, quasi indebitum plus debito eum solutum repetere posse Divi Severus et Antoninus rescripserunt.*

(2) Il n'est guère douteux qu'on ne doive retrancher dans ce § 2 la négation que porte le manuscrit de Florence, pour la transporter au § précédent où elle fait précisément défaut, tandis qu'elle y serait désirable. Le raisonnement du jurisconsulte indique la nécessité de cette correction généralement admise.

fût *plenior*, plus efficace que celle du *reus* qui n'aurait été que naturelle : c'est ce que nous avons constaté, en analysant précédemment les lois 21, § 2, D. *De fidej.*, et 95, § 3, D. *De solut.* On ne jugeait pas qu'il y eût alors incompatibilité entre les deux obligations, et nous avons vu quelle était l'utilité du maintien de l'obligation naturelle. Ceci prouve que la confusion admise, en dehors de cette hypothèse, n'était au fond qu'une subtilité : on se laissait dominer par une pure *ratio juris*, comme le dit Papinien, l. 3, pr. D. *De separat.* (L) Il y aurait eu sans doute quelque chose d'*inelegans* à maintenir la qualité de fidéjusseur chez celui qui était débiteur principal, de même qu'on trouvait choquante à ce titre l'idée d'une action qui aurait dû être exercée seulement contre l'héritier de celui qui par son fait avait donné naissance à l'obligation. (Voir Gaïus, III, 100.)

Ce sacrifice de la fidéjussion amenait une conséquence fâcheuse, dans le cas où le fidéjusseur aurait lui-même fourni un sous-fidéjusseur pour garantir son obligation. Le fidéjusseur venant à instituer le *reus*, la ruine de la fidéjussion entraînait celle de la sous-fidéjussion. C'est ce que décide Africain, dans la loi 38, § 5. D. *De solut.* (XLIX), par ce motif que, l'obligation du fidéjusseur étant éteinte, celle du sous-fidéjusseur manque de toute base; toutefois si, au lieu d'un sous-fidéjusseur, c'était un *pignus* qu'avait donné le fidéjusseur, malgré l'anéantissement de la fidéjussion, le même jurisconsulte admet que l'hypothèque subsistera.

Pour expliquer cette différence entre la fidéjussion et l'hypothèque, Cujas (1) distingue les droits personnels

(1) T. I, C. 1508; T. V, C. 990 et 991.

et les droits réels, dont les premiers seuls seraient susceptibles d'éteindre par confusion. Prenons garde que l'idée de confusion n'a rien qui répugne aux droits réels, là où se rencontre, à l'occasion d'un droit réel, la réunion de deux qualités incompatibles. Ainsi les servitudes s'éteignaient très-bien par confusion, et c'était la même pensée qu'énonçaient les Romains à l'égard de l'hypothèque, quand ils disaient : *Pignus rei suæ consistere non potest*, l. 45, pr. D. *De reg. jur.* Seulement, dans notre espèce, il ne peut être question de supprimer par voie de confusion l'hypothèque considérée en elle-même, puisque le créancier n'a acquis aucune qualité qui lui interdise de prétendre désormais à son droit d'hypothèque (1). Le point délicat est de savoir si, par suite de la confusion qui a fait disparaître l'obligation à laquelle se rattachait l'hypothèque, celle-ci, à raison de sa nature accessoire, peut encore se maintenir. Il nous paraît bien difficile et même impossible de comprendre une hypothèque, abstraction faite d'une dette dont elle a pour objet d'assurer le payement.

(1) Cette objection aurait pu être faite dans l'espèce de la loi 59, pour conclure à l'extinction du *pignus*. Si Paul ne s'arrête pas à cette difficulté, cela tient à ce que, dans sa pensée, elle aurait dû être écartée par la raison décisive à ses yeux en faveur du maintien du *pignus*, c'est-à-dire le défaut de satisfaction obtenue par le créancier. Nous trouvons, en effet, dans un autre fragment de ce jurisconsulte, la loi 30, § 1, D. *De except. rei jud.*, la même argumentation employée pour faire triompher un droit d'hypothèque. Il s'agit d'un héritier qui, après avoir acquis du débiteur une chose hypothéquée autrefois à son auteur, a succombé contre un créancier hypothécaire plus récent, et qui vient ensuite à découvrir l'hypothèque plus ancienne, constituée au profit de celui auquel il a succédé. Paul n'admet pas que l'hypothèque ait été éteinte par confusion ; *verum est enim*, dit-il, *et pignori datum et satisfactum non esse* ; et il décide que l'héritier pourra réussir par la voie de l'action hypothécaire.

S'il est vrai qu'il ne reste plus rien de l'obligation fidéjussoire, il faut appliquer ce que nous dit Ulpien, dans la loi 43, D. *De solut.*, à savoir que quand il y a libération (absolue doit-on sous-entendre), de quelque façon qu'elle ait lieu, les hypothèques s'évanouissent. *In omnibus speciebus liberationum, etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecæ, pignora.* Du moment où le *pignus* reste pour permettre au créancier de se faire payer ce que quelqu'un lui a promis comme fidéjusseur, c'est évidemment que la fidéjussion n'a pas été anéantie complétement, et que, malgré les subtilités juridiques qui repoussent en la même personne la coexistence d'une dette principale et d'une dette accessoire, on tient compte de la fidéjussion qui est envisagée comme subsistant au moins naturellement. N'oublions pas que le *reus*, quant à la dette hypothécaire, c'est le fidéjusseur décédé. La véritable raison qui maintient l'hypothèque doit se tirer, à notre sens, de cette circonstance que l'obligation fidéjussoire n'est pas entièrement effacée (1). Peut-être les Romains ne se rendaient-ils pas bien compte de ce résultat, et se bornaient-ils à rattacher la survivance du *pignus* à ce motif puisé sans doute dans le texte de l'Edit, d'après lequel on exigeait pour l'extinction de l'hypothèque, qu'il y eût payement ou autre satisfaction. Mais, en allant au fond des choses, il faut dire que la fidéjussion n'a péri que grâce à une *ratio juris*, que véritablement et en équité elle subsiste toujours.

---

(1) En partant de ce point de vue que la fidéjussion subsiste comme obligation naturelle pour servir de base au *pignus*, on aurait pu sauver aussi la sous-fidéjussion. Il suffisait d'appliquer à la fidéjussion en second ordre la règle posée, quant à la durée de la fidéjussion directe, par le même Scævola, dans la loi 60, D. *De fidej.*: *Ubicunque reus ita liberatur ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem.*

Aussi notre droit français a-t-il fait justice de cette subtilité des lois romaines ; et l'article 2035, C. Nap., n'est autre chose que la condamnation positive de l'opinion exprimée par Africain.

Du reste, la jurisprudence romaine avait su écarter le préjudice dérivant de la confusion, en autorisant le créancier à faire disparaître la cause de ce préjudice au moyen de la *separatio bonorum*. Quand le *reus* est insolvable, c'est la fidéjussion qui prend *en fait* le caractère principal ; et le créancier courrait le risque de tout perdre, si on ne lui permettait de se faire payer sur le patrimoine du fidéjusseur. Papinien, dans la loi 3, pr. D. *De separat.* (L), prévoit cette hypothèse : un fidéjusseur est décédé, laissant pour héritier le débiteur principal; ce débiteur est au-dessous de ses affaires, et subit la *bonorum venditio*. Nonobstant la confusion qui s'est opérée en droit, les créanciers de l'héritier ne pourront atteindre les biens du fidéjusseur au préjudice de celui envers lequel le défunt s'était obligé à ce titre. Mais si le droit prétorien, qui accorde la *separatio*, sans s'arrêter à la *ratio juris*, fait revivre ainsi l'obligation du fidéjusseur, ne serait-il pas raisonnable que cette obligation fût maintenue avec les avantages qui l'accompagnaient du vivant du fidéjusseur, de manière à laisser le sous-fidéjusseur exposé aux poursuites du créancier? Les choses ne devraient-elles pas être traitées absolument commesi le fidéjusseur n'était pas décédé?

TEXTES EXPLIQUÉS.

§ 2e. — Obligations naturelles, à la suite d'une *capitis deminutio*.

L. 2, § 2, 3, 4, 5, D. De capite minutis (IV-v).

ULPIANUS, libro XII Ad Edictum.

LI. § 2. Hi, qui capite minuuntur, ex his causis, quæ capitis deminutionem præcesserunt, manent obligati naturaliter : cæterum si postea, imputare quis sibi debebit cur coutraxerit, quantum ad verba hujus Edicti pertinet. Sed interdum, si contrahatur cum his post capitis deminutionem, danda est actio : et quidem, si adrogatus sit, nullus labor; nam perinde obligabitur, ut filius familias. — § 3. Nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit. — § 4. Ei, qui debitorem suum adrogavit, non restituitur actio in eum, postquam sui juris fiat. — § 5. Hoc judicium perpetuum est, et in heredes, et heredibus datur.

ULPIEN, sur l'Edit, livre 12e.

LI. § 2. Ceux qui éprouvent une *capitis deminutio* restent obligés naturellement pour les causes antérieures à la *cap. dem.* Quant à celui qui aurait contracté postérieurement, il doit s'imputer d'avoir agi ainsi; la lettre de l'Édit ne s'applique point à ce cas. Quelquefois néanmoins une action doit être donnée pour des contrats postérieurs. S'il s'agit d'un adrogé, il n'y a pas de difficulté; car il est obligé comme l'est un fils de famille. — § 3. Nul n'est déchargé de ses délits, bien qu'il soit *capite minutus*. — § 4. Celui qui a adrogé son débiteur ne recouvre pas d'action contre l'adrogé redevenu *sui juris*. — § 5. Cette action est perpétuelle, et se donne soit contre les héritiers, soit au profit des héritiers.

L. 45, D. De adoptionibus (I-VII).

PAULUS, libro III, Ad legem Juliam et Papiam.

LII. Onera ejus, qui in adoptionem datus est, ad patrem adoptivum transferuntur.

PAUL, livre 3e, sur la loi Julia et Papia.

LII. Les charges dont était tenu celui qui est adopté sont transférées au père adoptif.

L. 42, D. De peculio (XV-1).

ULPIANUS, libro XII, Ad Edictum.

LIII. In adrogatorem de peculio actionem dandam quidam recte putant, quamvis Sabinus et Cassius ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam existimant.

ULPIEN, sur l'Édit, livre 12e.

LIII. Il en est qui pensent avec raison que l'action *de peculio* doit être accordée contre l'adrogeant, quoique Sabinus et Cassius refusent cette action à raison de faits antérieurs.

EXPLICATION.

§ 2e. — Obligations naturelles à la suite d'une *capitis minutio.*

En droit romain, toute *capitis minutio* entraînait chez le sujet de cette *cap. min.*, l'anéantissement de la personne civile. Les obligations qui pesaient sur cette personne s'éteignaient en même temps, à raison de cette idée que l'obligation, constituant un rapport de personne à personne, ne pouvait subsister, quand l'un des sujets de ce rapport avait disparu (1). Toutefois, si la *cap. min.* était *minima*, l'obligation n'était altérée que quant à son élément civil : il restait toujours une

---

(1) L'extinction des obligations ne s'appliquait qu'aux obligations ayant trait à la personne *civile*. Si l'obligation n'exigeait pour sujet que l'homme *naturel*, s'il s'agissait d'une obligation *ex delicto*, dont est capable tout être raisonnable, auquel incombe la responsabilité de ses méfaits, la *cap. min.* était indifférente ; elle n'entraînait pas libération de la dette, l. 2, § 3, D. *De cap. min.* (LI). De même qu'une obligation *ex delicto* pouvait prendre naissance chez un esclave qui, une fois libre, se trouvait soumis de ce chef à une action, de même si un homme libre qui, dans l'état de liberté, avait commis un délit, tombait *in servitute*, l'action à laquelle donnait lieu le délit ne s'éteignait pas. Seulement, elle cessait d'être directe, et devait désormais être exercée comme action noxale contre le *dominus*, § 5, Instit. *De nox. act.* — D'un autre côté, il y avait un certain nombre d'obligations étrangères à l'idée de délit, qui restaient néanmoins à l'abri de l'influence ordinaire de la *cap. min.* : c'étaient celles qui présentaient, comme le disaient les Romains, une nature moins *juridique*, dans lesquelles prédominait l'élément de *fait, potius in facto quam in jure consistunt*, l. 10, D. *De cap. min.* Voyez les détails intéressants, dans lesquels entre à cet égard M. de Savigny, *Traité de droit romain*, § 71 à 75, où l'auteur s'est attaché à rassembler les divers cas qui peuvent se ranger sous cette anomalie.

obligation naturelle à la charge du *capite minutus*. D'ailleurs, le droit d'action, perdu contre le débiteur, pouvait être ressaisi, au moyen d'une rescision de la *cap. min.*, concédée par le Préteur.

Bien que la survivance de l'obligation à titre d'obligation naturelle, à la suite d'une *cap. min.*, ne concerne que la *minima*, nous dirons un mot du sort qu'éprouvaient les dettes de celui qui était *cap. minutus*, quand il subissait une *maxima* ou une *media cap. min.*

I. *Maxima cap. min.* — Il faut distinguer si le débiteur qui est tombé *in servitute* a un *dominus* proprement dit, ou s'il est devenu *servus pœnæ*. Dans l'un ou l'autre cas, sans doute il ne peut être question de rendre aux créanciers le droit de poursuite, en rescindant dans ce but la *cap. min.*, l. 2, pr. D. *De cap. min.* Seulement, les biens de l'ex-débiteur ne passent au *dominus* ou au fisc, qu'à la condition de payer les dettes. Suivant la loi 7, § 2, D. *De cap. min.*, des actions *utiles* étaient données contre le *dominus;* et faute par lui de défendre *in solidum* à ces actions, les créanciers obtenaient l'envoi en possession des biens qui avaient appartenu au débiteur tombé *in servitute*. Les choses se passaient probablement d'une manière analogue, dans le cas où le fisc recueillait les biens du condamné. Il ne pouvait, lui aussi, retenir ces biens, qu'à la charge de payer les créanciers. Voyez les lois 31, pr. D. *Solut. matrim.;* 9, § 6, D. *De tut. et rat.;* 2, C. *Ad leg. Jul. De vi;* 5, C. *De bon. proscript.*

S'il y a lieu de distinguer quelle est l'espèce de servitude subie par le débiteur, c'est que le sort des dettes n'était pas le même, quand une fois la servitude avait

cessé. Pour celui qui avait un *dominus*, l'affranchissement qui survenait faisait de l'affranchi un *novus homo*. Il n'était pas réintégré, même dans les droits considérés comme naturels, la cognation, par exemple, § 6, Instit. *De cap. dem.* Aussi, était-il exclu de la *bon. poss. unde cognati*, l. 7, D. *Unde cogn.* Il ne peut donc être douteux qu'il ne restât libéré des dettes contractées antérieurement à l'esclavage. — Quant au *servus pœnæ*, si une manumission est impossible, il lui est permis de revenir à la vie civile par une autre voie, par l'effet d'une grâce obtenue. Or, le condamné qui échappait ainsi à la *servitus pœnæ*, n'était point traité comme un affranchi. Pourvu que la grâce fût complète, il était rendu à son ancien état. La condamnation s'effaçait rétroactivement, au moyen d'une fiction identique au *jus postliminii* imaginé en faveur des captifs. Cette assimilation est faite d'une manière formelle par le jurisconsulte Paul, Sent. liv IV, tit. VIII, § 24. Après avoir dit que le captif, en vertu du *postliminium*, retrouve ses droits d'héritier légitime, Paul ajoute qu'il en est de même à l'égard des condamnés, *si per omnia in integrum indulgentia principali restituantur*. La conséquence de ce point de vue doit être que le gracié redevient obligé envers ses créanciers.

Cependant Scævola, dans la loi 30, D. *De oblig. et act.* (1), enseigne que celui qui a été esclave, et qui par l'indulgence du prince recouvre la liberté, n'est pas de nouveau soumis aux poursuites de ses anciens créanciers. — Il n'y a pas là une divergence d'opinions. Ces

(1) *Servus effectus, non idcirco, quod postea indulgentia principali libertatem consecutus est, rediisse dicitur in obligationem creditorum.*

textes sont faciles à concilier, en distinguant, comme le fait Cujas, si la grâce a été accompagnée ou non de la remise des biens. Au premier cas, le droit des créanciers renaît tout entier; ils n'ont même pas besoin d'actions *utiles*, attendu que des actions *directes* leur compètent, dit la loi 3, D. *De sent. pass.*, ce qui est le résultat de l'application du *postliminium* (1). Le gracié n'était pas admis, aux termes de la loi 2, *dict. tit.*, à diviser les effets de la grâce, et à refuser la restitution de son patrimoine, pour se débarrasser de ses dettes. Quand, au contraire, le fisc garde les biens, la peine seule étant remise, le débiteur demeure libéré, suivant la décision formelle des mêmes lois, confirmée par diverses constitutions du Code, l. 3, 4, 12, C. *De sent. pass.*

II. *Media cap. min.* — La condamnation à la déportation, qui prive de la cité, entraînant avec elle la confiscation des biens (l. 8, § 1 et 2, D. *Qui. test. fac.*; l. 1, pr. D. *De bon. damn.* (2), les conséquences de la *cap.*

(1) Les créances étaient traitées comme les dettes, elles appartenaient désormais au gracié. C'est à cette idée que fait sans doute allusion la loi 21, D. *De verb. sign.*, quand elle s'exprime ainsi : *Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes concedere.*

(2) La sévérité de la confiscation fut adoucie, dès le temps des jurisconsultes, en faveur des descendants, qui n'étaient pas privés absolument des biens de leur auteur. La législation romaine a varié sur l'étendue de cette réserve. Paul, l. 7, pr. D. *De bon. damn.*, Callistrat, l. 1, § 1, *eod. tit.*, parlent de *portio concessa*. On tenait compte, paraît-il, du nombre des enfants, de telle sorte qu'on pouvait aller jusqu'à leur laisser tous les biens, aux termes d'un rescrit d'Hadrien, cité par Paul, *dict. l.* 7, § 3. Le Code Théodosien, liv. I, tit. XLII, contient sur ce point différentes constitutions, qui témoignent tantôt de la modération, tantôt de l'avidité du fisc, suivant les sentiments de l'empereur

min. seront les mêmes que s'il y avait *servitus pœnæ.* Les créanciers n'auront également d'action que contre le fisc. Toutefois, s'ils perdent leur ancien débiteur, ils conservent tous leurs droits à l'égard des coobligés. Les fidéjusseurs, qui s'étaient engagés pour la dette d'un condamné, ne profiteront aucunement de la libération du *reus*, l. 5, pr. D. *Qui satisd. cog.*; l. 20 C. *De fidej.* — Une grâce survient-elle, avec remise des biens, l'action directe sera rendue aux créanciers : c'est comme s'il y avait *postliminium.* Les textes cités précédemment s'appliquent indistinctement à la *maxima* et à la *media cap. min.* — Mais, pour le condamné, qui, exempté uniquement de la peine, ne recouvrerait pas ses biens, ses dettes demeureront éteintes même naturellement. En vain parviendrait-il à se constituer une nouvelle fortune; il restera toujours à l'abri de poursuites, *quamvis locupletior sit*, l. 4. C. *De sent. pass.* Aussi, une fidéjussion est-elle déclarée impossible, d'après ce motif énoncé dans la loi 47, pr. D. *De fidej.* : *quasi tota obligatio contra eum extincta sit.* Par la même raison, suivant la loi 14, § 1, D. *De novat.*, la novation ne pourrait s'effectuer, si elle concernait une dette conditionnelle, et que le débiteur vînt à subir la déportation avant la réalisation de la condition. On ne voyait plus en lui une personne obligée même naturellement, ce qui aurait suffi pour autoriser une novation; *quoniam*

---

régnant, et desquelles il ressort que les ascendants furent admis à participer à la faveur dont jouissaient les descendants. Justinien, qui avait admis dans son Code (l. 10, C. *De bon. proscript.*), une constitution de Théodose et de Valentinien, suivant laquelle le fisc devait partager avec les enfants, a fini par supprimer au profit de ces derniers la peine de la confiscation, par la novelle 134, ch. XIII.

nunc, cum extitit conditio, non est persona quæ obligetur.

Si la confiscation n'était que partielle, le condamné restait tenu en proportion de la quotité de biens qui lui avait été laissée, l. 1, C. *De fidej.* Sans doute, en pareil cas, il n'y avait lieu qu'à une action *utile,* puisque la *cap. min.* avait dû éteindre civilement l'obligation. Cette nécessité d'une restitution expliquerait, croyons-nous, pourquoi la loi 14, § 3, D. *De interd. et releg.* (1), mentionne des actions *utiles* contre le déporté, *qui bona detinet.* Nous ne pensons pas, contrairement à Pothier (2), qu'il s'agisse de contrats postérieurs à la déportation, la capacité de s'engager efficacement ne faisant pas défaut chez le déporté, en tant qu'il est question d'obligations du droit des gens, telles qu'en produisaient les contrats, à bien peu d'exceptions près. Voy. la loi 15, *Eod. tit.*

III. *Minima cap. min.* — Celle-ci, de même que les deux autres, avait pour effet d'anéantir, au point de vue du droit civil, la personne chez laquelle survenait ce changement d'état. Aussi y avait-il extinction de tous les droits attachés à la personne, ce qui, jusqu'à Justinien, fut appliqué aux servitudes d'usage ou d'usufruit. Les obligations, qui constituaient, nous l'avons dit, un rapport tenant à la personne, obéissaient à la même règle.

---

(1) Cette loi est au nombre de celles qui, pour ce titre, manquent au manuscrit de Florence, et qui ont été restituées par Cujas d'après les Basiliques.

(2) *Pandect. Justin., tit. De pœnis,* n° 15.

L'hypothèse de la *cap. min.*, par suite d'une adrogation, est celle sur laquelle nous possédons le plus de documents. Gaïus, III, 83, nous dit que les créances de l'adrogé, sauf quelques-unes, étaient transférées à l'adrogeant. C'était une conséquence de la puissance paternelle, d'après laquelle un fils de famille ne pouvait être créancier; les droits actifs qui se formaient à son profit se rattachaient immédiatement au patrimoine du chef. Sans doute, rigoureusement, il eût fallu que la puissance existât déjà au moment de l'acquisition des droits : mais on la faisait rétroagir, on supposait qu'elle avait toujours existé. Aussi, quand il s'agissait d'une créance qui n'était pas susceptible de transmission au père, comme était celle de l'*adstipulator*, elle s'éteignait par la *cap. min.* qu'éprouvait l'*adstipulator*, Gaï. III. 114. — Quant aux dettes de l'adrogé, elles ne grevaient pas l'adrogeant, qui, tout en acquérant les créances, ne se trouvait pas cependant tenu du passif. Ce défaut d'harmonie découlait du principe qui servait de base à cette *acquisitio per universitatem*. Ce que l'adrogation procurait directement à l'adrogeant, c'était la puissance paternelle. La portée de l'acquisition qui en résultait était mesurée sur les règles propres à cette puissance, qui permettait bien au fils d'améliorer la condition du père, mais non de l'empirer.

En ce qui concernait l'adrogé, il se trouvait, par l'effet de la *cap. min.*, civilement libéré de ses dettes. Sans doute il restait tenu naturellement, ce qui déjà pouvait suffire pour sauver les droits des créanciers, s'ils étaient pourvus d'une sûreté hypothécaire, ou s'il existait des fidéjusseurs. La règle était que l'hypothèque et la fidéjussion ne périssaient pas tant qu'il y avait persévé-

rance d'une obligation naturelle, l. 14, § 1, D. *De pignor.* (1); l. 60, pr. D. *De fidej.* (2). Toutefois le droit d'agir contre le débiteur, cette ressource souvent indispensable, aurait été perdu, si le Préteur n'eût corrigé l'iniquité de ce résultat. Aussi l'Édit, dont les termes nous ont été conservés dans la loi 2, § 1, D. *De cap. min.*, disait-il que, nonobstant la *minima cap. min.*, une action serait accordée, comme s'il n'y avait pas eu changement d'état, *perinde quasi id factum non sit.* Gaïus, III, 84, nous explique les choses de la même manière : *in eum eamve utilis actio datur, rescissa capitis minutione;* et plus loin, IV, 38, il nous indique l'expédient au moyen duquel l'action était possible à l'encontre du *cap. minutus*. Cet expédient consistait à introduire une fiction dans la formule; il était enjoint au juge de décider comme s'il n'y avait pas eu *cap. min.* du débiteur.

Enfin il ne suffisait pas d'autoriser une action contre un individu désormais insolvable, à l'égard duquel une condamnation eût été illusoire, s'il restait dépouillé du patrimoine dont l'avait privé l'adrogation. L'adrogeant avait le choix entre deux partis. Il pouvait venir défendre à l'action restituée par le droit prétorien, c'est-à-dire se constituer l'adversaire du créancier, laisser figurer son nom dans la *condemnatio*, ce qui l'exposait aux mêmes conséquences que s'il avait été poursuivi pour sa propre dette. S'il ne consentait pas à

---

(1) *Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit.*

(2) *Ubicumque reus ita liberatur a creditore ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem.....*

jouer ce rôle, il ne lui était pas permis de conserver les biens que lui avait fait acquérir l'adrogation. Le Préteur, poussant la fiction jusqu'au bout, accordait aux créanciers l'envoi en possession de tout ce qui constituerait le patrimoine de l'adrogé, dans le cas où il serait resté *sui juris*. L'efficacité des condamnations prononcées contre le *cap. minutus* était ainsi assurée; les créanciers pouvaient faire vendre, pour obtenir satisfaction, le gage sur lequel ils avaient compté.

En définitive, l'extinction des obligations produite par la *cap. min.* n'était pas sérieuse; elle ne causait aucun préjudice aux créanciers, grâce à la *restitutio in integrum* dont nous avons parlé. Cette cause de *restitutio* était tellement favorisée qu'on n'y observait pas la nécessité de de réclamer dans le délai ordinaire fixé pour les *restitutiones* (1). La loi 2, § 4 (LI), nous dit en effet que l'action utile dont il s'agit était perpétuelle, qu'on l'accordait aux héritiers du créancier, de même que contre les héritiers du débiteur.

Le texte de l'Édit ne s'occupait que de ceux qui auraient traité à une époque antérieure à la *cap. min.* survenue. Tant pis pour ceux qui se mettraient en rapport d'obligation avec une personne ayant déjà subi la *cap. min.* C'était à eux à s'informer de la condition de leur cocontractant; ils ne pouvaient invoquer la lettre de l'Édit. Quelquefois cependant (*interdum*), fait observer Ulpien, l. 2, § 2 (LI), il y a lieu d'accorder une action à raison d'un contrat qui a suivi la *cap. min.* Le jurisconsulte ajoute qu'il ne faut pas songer au cas où un

(1) Voyez plus haut, p. 253, note 1.

contrat aurait été conclu avec un adrogé depuis son adrogation. Pas de difficulté alors, dit-il, (*nullus labor*). Il y a effectivement chez l'adrogé une personne capable de s'engager civilement, en qualité de fils de famille, ainsi que nous l'avons vu précédemment. L'action est donc possible contre le débiteur, indépendamment d'une restitution. On doit en dire autant évidemment à l'ocasion des contrats consentis par un fils de famille, qui aurait été l'objet d'une adoption proprement dite, et qui aurait contracté postérieurement à l'adoption. La raison est la même; nous avons encore ici un fils de famille, capable, à ce titre, d'une obligation civile. Telle sera également la position de celui qui a contracté après une émancipation, par laquelle il a essuyé une *cap. min.* Devenu *paterfamilias*, il jouit de la capacité la plus complète, et il présente plus de garanties qu'avant l'émancipation, puisqu'il acquiert désormais pour son propre compte.

Pour trouver un contractant incapable de s'engager civilement à raison d'une *cap. min.* antérieure au contrat, il faut, à notre avis, adopter l'explication proposée par M. de Savigny (1), et dire qu'Ulpien faisait allusion à l'individu qui était *in mancipio* lors du contrat. Nous savons par Gaïus, I, 162, que la *datio in mancipium* entraînait une *min. cap. min.*, si bien que, quand elle était répétée plusieurs fois, comme elle pouvait l'être chez le *filius*, il se produisait autant de *cap. minutiones* réitérées qu'il y avait de mancipations (2). Or, la condition

(1) *Traité de droit romain*, t. II, p. 82 de la traduction de M. Guénoux.

(2) Gaïus semble dire que la *cap. min.* est le résultat de ces deux actes réunis, mancipation et manumission (*ut quotiens quisque mancipetur ac manumittatur, totiens capite deminuatur*). Cependant il n'est

de l'individu *in mancipio* était calquée sur celle du *servus;* il était, disait on, *loco servi*, Gaï. I, 123, 138, III, 114 On conçoit dès-lors qu'il fût incapable d'une obligation civile, que le contrat passé avec lui ne pût fournir d'action, si la cause de l'incapacité n'était écartée. Le Préteur aurait donc dû, pour ménager une action au créancier, supposer que le débiteur ne se trouvait pas *in servili conditione*. Peu importe que l'individu *in mancipio*, si l'on fait abstraction de la *cap. min.* intervenue, dût être un *filiusfamilias* : cette condition, nous le savons, ne fait pas obstacle à la capacité d'être débiteur civilement (1).

L'explication fournie par M. de Savigny est loin cependant de faire disparaître toutes les difficultés. Ces difficultés résultent surtout du rapprochement avec notre

---

pas douteux que la manumission ne produisait pas une *cap. min.* Instit., § 4, *De cap. dem.* Si le jurisconsulte ne sépare pas les deux opérations, c'est que, dans la pratique, une manumission suivait immédiatement chaque mancipation. Mais la *cap. min.* n'avait d'autre cause que la mancipation. Seulement, la manumission, qui venait aussitôt après, ne détruisait pas la *cap. min.* antérieure.

(1) Cujas (Obs., VII-11,) interprète le passage d'Ulpien comme se référant à une femme qui se serait placée *in manu mariti*, et qui, en effet, au moyen de la *coemptio*, aurait subi une *cap. min.* Cette explication se lie à la doctrine fort contestable, d'après laquelle la *filiafamilias*, dont la femme *in manu* prenait en général la condition, aurait été incapable de s'obliger civilement. (Voir ce que nous avons dit à ce sujet, p. 108.) — D'ailleurs, si c'est une femme *alieni juris* qui a fait la *coemptio*, elle se trouverait, après la rescision de la *cap. min.*, *filiafamilias*, et incapable dans le système de Cujas. S'il s'agit d'une femme *sui juris* avant la *coemptio*, elle retomberait *in tutela*, en supprimant la *cap. min.*, position dans laquelle il lui était interdit de s'obliger sans l'*auctoritas tutoris*, Ulp., Reg., tit. XI, § 27.

hypothèse du § 80, Comm. IV de Gaïus. Malgré les lacunes qu'offre ici le manuscrit, on doit reconnaître que l'auteur y énonce la règle suivante : les contrats faits par un individu *in mancipio* donnaient ouverture à une action à laquelle était tenu de défendre *in solidum* celui qui avait le *mancipium*, sous peine de voir les créanciers se faire envoyer en possession des biens qui appartiendraient à leur débiteur, s'il n'était pas *in mancipio*. Remarquons d'abord que, sous ce rapport, le *mancipium* se sépare sensiblement de la *dominica potestas*, pour laquelle il était admis que l'esclave ne pouvait par ses contrats porter atteinte à la fortune du maître, sauf le cas où celui-ci aurait consenti à constituer un pécule. Le même danger, du reste, aurait existé (Gaï., *Ibid.*) pour celui qui avait la *manus*, à raison des contrats de la femme placée *in manu*, de sorte que cette puissance se distinguait aussi de la *patria potestas*, qui n'exposait pas le père à souffrir dans ses biens des obligations contractés par le fils (1).

Quant à la mise en pratique de la règle, l'exercice d'une action à la suite d'un contrat émanant d'une personne *in mancipio* nous paraît supposer comme préalable une rescision de la *cap. min.* On ne comprend pas, en effet, qu'une action soit dirigée contre quelqu'un, tant qu'il sera réputé esclave. Aussi la fin du § 80 parle-t-elle expressément de cette rescision, à propos d'une hy-

---

(1) Nous pensons, avec M. Walter (*Histoire du droit romain*, 3e édit., n° 504), que le § 80 de Gaïus ne peut s'entendre, d'après le sens naturel que présente le texte, que des contrats postérieurs à la mancipation. Cependant MM. Bœking et Huschke, cités par M. Walter, restreindraient la doctrine énoncée par Gaïus aux dettes contractées avant l'acquisition du *mancipium*.

pothèse qui reste dans le domaine des conjectures, vu l'état du manuscrit. Seulement Gaïus, au commencement du paragraphe, s'exprime de façon à nous faire penser que la concession d'une action formait en ce cas le droit commun (*ita jus dicitur*), tandis qu'Ulpien présenterait la chose comme une exception (*interdum*). On peut dire que ce dernier n'a en vue que la rareté de cette application d'une rescision de la *cap. min.*, mais qu'il n'entend pas la faire dépendre d'une appréciation du magistrat, qui aurait pu la refuser. — D'un autre côté, la conséquence de la rescision semblerait devoir faire revivre la puissance du père qui avait mancipé son fils, et qui dès lors aurait droit aux biens acquis depuis la mancipation. Probablement, la rescision n'était prononcée que dans l'intérêt des créanciers, et le père ne ressaisissait pas la puissance paternelle irrévocablement perdue. Les effets de la mancipation auraient donc été maintenus en principe, sauf que l'on en écartait les conséquences préjudiciables au point de vue des créanciers. En un mot, celui qui avait le *mancipium* devait accepter la charge des dettes contractées par le *mancipatus*; sinon, il ne profitait pas de son *mancipium*, et les biens acquis par le fait du *mancipatus* constituaient pour celui-ci, au détriment du chef, une sorte de patrimoine qui était le gage des créanciers.

Nous avons vu que l'adrogeant n'était pas exposé à des poursuites de la part des créanciers de l'adrogé, d'après cette règle du droit civil que les obligations contractées par un fils de famille n'atteignent pas le chef. Cependant, le droit prétorien s'était écarté de cette règle, en autorisant une action contre le père, dans le cas

où il aurait permis à son fils d'avoir cette espèce de patrimoine que l'on appelait pécule (1). Il y avait alors, d'après l'Édit, action directe contre le père, et condamnation possible à sa charge, sauf qu'elle ne dépassait pas le montant du pécule. La jurisprudence romaine, après des hésitations, finit par étendre l'action *de peculio* même aux dettes que l'adrogé avait contractées antérieurement à l'adrogation. Mais, avant d'examiner cette ressource ménagée aux créanciers du *cap. minutus*, ressource pour laquelle le préalable d'une rescision de la *cap. min.* est inutile, nous devons nous occuper un instant d'un texte, que les anciens commentateurs ont en général compris comme se référant à cette hypothèse, et qui, nous en sommes persuadé, lui est totalement étranger.

Nous voulons parler de la loi 45, D. *De adopt.* (LII), suivant laquelle les *onera* (telle est l'expression employée par Paul) qui pesaient sur l'adopté sont transférés au père adoptif. Cujas (2) et Pothier (3) entendent par ces *onera* les dettes dont était tenu l'adrogé; et pour expliquer comment l'adrogeant peut être attaqué, ils ont recours à la doctrine qui avait prévalu sur l'application à ce cas de l'action de *peculio*. — Cette interprétation a été justement critiquée par M. Pellat (4). Comme le fait observer cet auteur, le rapprochement de la loi 56, § 1 et 2, D. *De jur. dot.*, qui appartient au même jurisconsulte, détermine le sens précis qu'il faut attacher ici au mot *onera*. Il s'agit uniquement des *onera matrimonii*, et non des *onera æris alieni*. Paul n'avait en vue dans la loi 45,

(1) Voir plus haut, p. 138.
(2) T. I, c. 188, t. V, c. 158 et 159.
(3) *Pandect. Just.*, tit. *De adopt* , n° 29.
(4) *Textes sur la dot*, p. 253.

de même que dans la loi 56, que les charges du mariage, c'est-à-dire l'entretien de la femme et des enfants. Ce sont précisément les charges auxquelles doit subvenir la dot fournie au mari. Ces charges étant inhérentes à la dot, elles incombent à l'adrogeant, qui acquiert *per universitatem* les biens fournis à titre de dot à celui qu'il adroge, sans en excepter les immeubles dotaux italiques. Si la dot, comme le dit Paul dans la loi 56, § 1, doit être là où sont les charges du mariage, à l'inverse les charges du mariage doivent être là où se trouve la dot. Telle est la pensée exprimée dans la loi 45, qui signifie que la dot passe à l'adrogeant *cum sua causa*, avec les charges que la dot doit servir à défrayer à raison de sa destination. Du reste, la règle n'a rien de spécial à l'adrogation; il faudrait en dire autant, si un fils de famille marié, qui a reçu une dot, passait sous la puissance d'un père adoptif (1).

Quant à la voie de l'action *de peculio*, la loi 42, D. *De pecul.* (LIII), est positive pour établir que, dans l'opinion du moins de certains jurisconsultes, opinion approuvée par Ulpien (*quidam recte putant*), l'adrogeant était soumis à l'action *de peculio*. Il ne nous paraît pas être douteux qu'il ne s'agisse dans cette opinion, repoussée, il est vrai par les Sabiniens, d'étendre l'action *de peculio* aux dettes de l'adrogé contractées antérieurement à l'adrogation. Quoique les Basiliques (2) présentent la chose autrement, et appliquent le texte d'Ulpien aux contrats

---

(1) Notre collègue, M. Demangeat, dans l'excellent commentaire qu'il vient de publier sur le titre : *De fundo dotali*, enseigne la même doctrine sur la loi 1, § 1, p. 139,

(2) Liv. XVIII, tit. V, n° 33.

postérieurs à l'acquisition de la puissance paternelle, les expressions de ce texte se refusent à cette interprétation ; car il y est dit que Sabinus et Cassius ne voulaient pas accorder l'action *de peculio* EX ANTE GESTO. Ce dissentiment se conçoit sans peine : l'idée d'un pécule suppose en effet une personne *alieni juris ;* rigoureusement, il ne peut en être question pour des obligations contractées par un *paterfamilias*. Aussi voyons-nous, dans la loi 19, D. *De mort. caus. don.*, que d'après Julien, jurisconsulte Sabinien, l'action *de peculio* appartenait à celui qui aurait donné *mortis causa* à un fils de famille, tandis qu'elle n'aurait pas lieu si le donataire à cause de mort, qui était *sui juris* lors de la donation, avait subi une adrogation à l'époque où le donateur veut reprendre ce qu'il a donné. Pour fonder l'action *de peculio* contre l'adrogeant à raison des contrats passés par l'adrogé quand il était *paterfamilias*, il faut recourir à une fiction rétroactive, quant à l'existence de la puissance paternelle, et traiter comme un pécule le patrimoine ancien de l'adrogé, patrimoine qui, par l'effet de l'adrogation, est venu se fondre dans la fortune de l'adrogeant. Quelque forcé que cela puisse paraître, la doctrine conforme avait prévalu, suivant l'attestation d'Ulpien. C'était le moyen d'éviter le préalable d'une rescision de la *cap. min.*, pour aboutir, ce semble, au même résultat. Au lieu d'un envoi en possession qui eût livré aux créanciers les biens de leur débiteur considérés comme étant demeurés son patrimoine, on pouvait faire condamner le père *suo nomine*, sur son patrimoine. Mais la condamnation ne dépassait pas le montant de ce qu'il avait acquis par l'adrogation, et de ce qui lui en restait au moment où intervenait la condamnation.

L'identité du résultat n'était cependant pas absolue; et les créanciers pouvaient avoir intérêt à préférer la voie de la rescision à celle que leur offrait l'action *de peculio*. On sait, en effet, que, pour calculer les forces du pécule, il fallait déduire ce que le fils de famille devait au père, bien qu'il n'y eût place entre eux qu'à une obligation naturelle. Cette déduction est admise par Pomponius, l. 7, D. *De pec. leg.*, au cas où le débiteur aurait été adrogé par son créancier, et où ce dernier serait poursuivi *de peculio*, ce qui nous prouve que Pomponius partageait la doctrine énoncée dans la loi 42. Une semblable *deductio* n'était pas à craindre, au contraire, quand, par suite de la rescision de l'adrogation, les biens du débiteur étaient regardés comme formant encore son patrimoine.

On peut toutefois se demander si l'adrogeant ne devait pas au moins concourir avec les créanciers sur le prix obtenu par la *bonorum venditio*. Sans doute, la loi 2, § 4, D. *De cap. min.* (LI), décide que celui qui adroge son débiteur a perdu irrévocablement son droit d'action, et qu'il ne peut même pas prétendre à se le faire restituer, qnand une fois la puissance paternelle a cessé. Mais, du moment où le Préteur considère la *cap. min.* comme non avenue, est-il juste d'écarter les conséquences de cette fiction, quand elles seraient favorables en un point à celui au détriment duquel la fiction a été imaginée? La question peut être douteuse, parce que, à nos yeux, il n'y avait pas anéantissement absolu de l'adrogation. La rescision, concédée par le droit prétorien dans l'intérêt des créanciers, n'avait pas, croyons-nous, pour effet de libérer l'adrogé de la puissance à laquelle il était soumis. L'adrogeant restait toujours *pater* par rap-

port à celui qu'il avait adrogé; dès lors, il n'y avait à son égard qu'une obligation naturelle, qui ne lui permettait pas de prendre part au concours ouvert entre les créanciers.

Une dernière observation que nous présenterons à ce sujet est relative au cas où l'adrogé viendrait à décéder, *in adoptiva familia*, étant encore sous la puissance de l'adrogeant. La mort du *cap. minutus* ne privait pas les créanciers du droit de réclamer une action *utile*, sur le fondement de la rescision de la *cap. min.*; l'action devait alors être exercée contre les héritiers, d'après la loi 2, § 5 (LI). Seulement, dans cette hypothèse, en se plaçant à l'époque des jurisconsultes, il n'existe pas d'héritier, puisque le défunt était *filius familias*. C'est l'adrogeant qui garde les biens *jure patriæ potestatis*. On doit supposer que le Préteur le traitait comme s'il était réellement héritier, et autorisait, au moyen d'une fiction, des actions contre celui qui jouait, quant à l'émolument, le même rôle que s'il eût été héritier. D'ailleurs, dans la doctrine de ceux qui admettaient l'action *de peculio*, elle était possible encore, *intra annum*, contre l'adrogeant après la mort de l'adrogé.

TEXTES EXPLIQUÉS.

---

§ 3e. — Obligation naturelle survivant à la litiscontestation.

L. 29. *De novationibus et delegationibus, D.* (XLVI-II).

PAULUS, libro XXIV Quæstionum.

LIV. Aliam causam esse novationis voluntariæ, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis, et tutelæ si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelæ actio novetur, si id specialiter actum est, quod nemo dixit lite contestata : neque enim deteriorem causam nostram facimus, actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quæ tempore vel morte finiri possunt.

PAUL, Questions, livre 24e.

LIV. Les effets de la novation volontaire et ceux de la délivrance d'une formule d'action diffèrent sur beaucoup de points. Le privilége de la dot et celui de la tutelle périssent, si, postérieurement au divorce, la restitution de la dot est stipulée, ou si, après avoir atteint la puberté, le pupille nove son action de tutelle, pourvu que l'intention de nover soit formellement exprimée. Personne n'en dit autant à l'égard de la litiscontestation. En effet, quand nous exerçons une action, nous n'empirons pas, nous améliorons, au contraire, notre condition. C'est ce que l'on dit habituellement pour les actions susceptibles de s'éteindre par le temps ou par la mort.

L. 35. *De usuris et fructibus, etc. D.* (XXII-I).

PAULUS, libro LVII, Ad Edictum.

LV. Lite contestata usuræ currunt.

PAUL, sur l'Edit, livre 57e.

LV. Nonobstant la litiscontestation, les intérêts continuent à courir.

L. 13, § 1, *De jurisdictione, D.* (II-1).

ULPIANUS, libro LI ad Sabinum.

LVI. Magistratus autem, vel is qui in potestate aliqua sit, ut puta Proconsul, vel Prætor, vel alii qui provincias regunt, judicare jubere eo die, quo privati futuri essent, non possunt.

ULPIEN, sur Sabinus, livre 51e.

LVI. Un magistrat, ou une autre personne revêtue de quelque pouvoir, par exemple, un Proconsul, un Préteur, ou tous autres qui gouvernent les provinces, ne peuvent autoriser à juger pour une époque où ils seraient devenus simples particuliers.

L. 49, § 1, *De judiciis, D.* (V-1).

PAULUS, libro III Responsorum.

LVII. Judices a Præside dati solent etiam in tempus successorum ejus durare, et cogi pronuntiare, easque sententias servari. In eumdem sensum etiam Scævola respondit.

PAUL, Réponses, livre 3e.

LVII. Les juges nommés par un président conservent leurs pouvoirs, et sont obligés de statuer même sous le successeur de celui qui les a nommés. Leurs décisions doivent être observées. Scævola a répondu dans le même sens.

L. 8, § 1, *Ratam rem haberi, etc., D.* (XLVI-VIII).

VENULEIUS, libro XV Stipulationum. VÉNULÉIUS, sur les Stipulations, liv. 15e.

LVIII. Si procurator a debitore pecuniam exegerit, et satisdederi dominum ratam rem habere, mox dominus de eadem pecunia egit, et litem amiserit, committi stipulationem : et si procurator eamdem pecuniam domino sine judice solverit, condicturum. Sed cum debitor ex stipulatu agere cœperit, potest dici dominum, si defensionem procuratoris suscipiat,

LVIII. Si un procureur s'est fait payer par un débiteur, en garantissant avec fidéjusseurs que le *dominus* ratifierait, et que plus tard le *dominus* ayant agi pour la même somme, il y ait eu perte de l'instance, la stipulation est encourue. Si le procureur a remboursé le *dominus* sans l'intervention du juge, il peut répéter. Mais quand le débiteur veut agir en vertu de la

non inutiliter doli mali exceptione adversus debitorem uti, quia naturale debitum manet.

stipulation, on peut dire que si le *dominus* vient prendre la défense du procureur, il repoussera le débiteur par l'exception de dol, attendu qu'il subsiste une obligation naturelle.

L. 30, § 1, *Ad legem Aquiliam, D.* (IX-II).

PAULUS, libro XXII, Ad Edictum.

LIX. Pignori datus servus, si occisus sit, debitori actio competit.—Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit, quæritur. Sed hîc iniquum est et domino et creditori eum teneri, nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem, et, quod sit amplius consecuturus sit ab eo; vel ab initio in id quod amplius sit quam in debito debitori dandam actionem. Et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio, propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliæ actionem, ut prosit hoc debitori : ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliæ actio.

PAUL, sur l'Édit, livre 22e.

LIX. Si un esclave engagé a été tué, l'action (de la loi Aquilia) compète au débiteur. Mais doit-on accorder une action utile au créancier, qui peut y avoir intérêt, soit à raison de l'insolvabilité du débiteur, soit parce qu'il aurait laissé périmer l'instance? Il serait injuste que le meurtrier fût tenu à la fois envers le propriétaire et envers le créancier. Mais on peut dire que (l'action étant exercée par le créancier) le débiteur n'éprouvera aucune perte, puisque la condamnation lui profitera pour le libérer de ce qu'il doit, et que, si elle est supérieure au montant de la dette, il pourra réclamer l'excédant; ou bien on peut donner de suite l'action au débiteur pour ce qui dépasse la dette. Par conséquent, dans le cas où l'action doit être donnée au créancier, à raison de la pauvreté du débiteur, ou parce qu'il y a eu instance périmée, le créancier aura l'action jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, ce qui profitera au débiteur; et ce dernier aura l'action pour le surplus.

L. 18, *§* 4, *De dolo malo*, *D.* (IV-III).

PAULUS, libro XI, ad Edictum.

LX. Dolo cujus effectum est ut lis temporibus legitimis transactis pereat : Trebatius ait de dolo dandum judicium, non ut arbitrio judicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur quanti ejus interfuerit id non esse factum, ne aliter observantibus lex circumscribatur.

PAUL, sur l'Édit, livre 11e.

LX. Quelqu'un par son dol a amené la péremption de l'instance par l'expiration du délai légal. Trébatius pense qu'il y a lieu à donner une action *de dolo*, non pas dans le but d'arriver à une restitution de la chose d'après *l'arbitrium* du juge, mais afin que le demandeur obtienne la réparation du préjudice qu'il a éprouvé. Si on agissait autrement, la loi serait éludée.

L. 27, *De pignoribus et hypothecis, etc.*, *D.* (XX-I).

MARCELLUS, libro V Digestorum.

LXI. Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mox solvit; et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit : an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id quod deest persequendum? Quid si eum interfecisset, aut eluscasset? Ubi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur : ubi autem eluscasset, quasi damni injuriæ dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. Fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat : non existimo indignam rem animadversione et auxilio Prætoris. Ulpianus notat : Si, ut creditori

MARCELLUS, Digeste, livre 5e.

LXI. Quelqu'un, à raison d'une faute très-légère, a mis aux fers un esclave qu'il avait engagé, puis il l'a délié. A défaut de payement, le créancier a vendu l'esclave, et en a retiré un moindre prix. Faut-il donner contre le débiteur quelque action au créancier, qui ne pourrait, par l'action de sa créance, obtenir ce qui lui reste dû? Que devrait-on décider si le débiteur avait tué ou éborgné l'esclave? En cas de meurtre, il serait soumis à l'action *ad exhibendum;* s'il l'a éborgné, nous donnerons au créancier l'action utile du dommage causé à tort, dans la mesure du préjudice souffert, à raison de ce que le débiteur, en détériorant l'esclave ou en le mettant aux fers, a diminué la valeur du

noceret, tenebitur; si merenem, non tene bitur.

gage. Nous supposons que le créancier est privé par quelque déchéance de l'action attachée à sa créance. J'estime que le Préteur doit, après examen, venir au secours du créancier. Ulpien fait l'observation suivante : Si c'est en vue de nuire au créancier que le débiteur a enchaîné l'esclave, il sera tenu ; s'il l'a puni justement, il n'y aura pas d'action.

L. 25, De administratione et periculo, etc., D. (XXVI-VII).

ULPIANUS, libro XIII ad Edictum.

LXII. Si minoris actum fuerit cum tutoribus, adsistentibus curatoribus, et pupillus ob hoc egerit cum curatoribus, et ei sint condemnati in id quod sua intererat minoris tutores culpa eorum condemnatos non esse : an restitutio adversus tutores cesset? Et Papinianus Responsorum libro II ait nihilominus posse restituri : et idcirco curatores, si nondum judicatum fecerunt, posse provocantes per exceptionem doli consequi ut eis mandentur adversus tutores actiones. Quid tamen, si jam fecerunt judicatum curatores? Proderit hoc tutoribus, quoniam nihil minori abest, qui de præda magis quam de damno sollicitus est : nisi forte mandare actiones paratus sit curatoribus.

ULPIEN, sur l'Édit, livre 13e.

LXII. Si un adulte, ayant agi contre ses tuteurs avec l'assistance de ses curateurs, a obtenu moins que ce qui lui était dû, et que par suite il ait fait condamner les curateurs à l'indemniser du préjudice résultant de ce que les tuteurs ont été condamnés à une trop faible somme, on demande si les tuteurs sont à l'abri d'une restitution. Papinien, au livre IIe de ses Réponses, dit que la restitution est possible, et que les curateurs, s'ils n'ont pas encore exécuté la sentence, pourront, en invoquant l'exception de dol, se faire céder les actions contre les tuteurs. Qu'arrivera-t-il si les curateurs ont satisfait à la condamnation prononcée contre eux? Les tuteurs en profiteront, parce que le mineur est sans intérêt, et qu'il tendrait plutôt à réaliser un lucre qu'à éviter une perte. Si toutefois il est disposé à céder ses actions aux curateurs, il y aura restitution.

L. 46, § 5, *De administratione et periculo, etc.*, *D.* (XXVI-VII).

PAULUS, libro IX Responsorum.

LXIII. Tutelæ judicio tutor conventus edidit librum rationum, et secundum eum condemnatus solvit. Postea cum a debitoribus paternis, quorum nomina libro rationum non inerant, exigere vellet pupillus, et prolatæ sunt ab his apochæ tutoris, quæsitum est utrum adversus tutorem, an adversus debitores actio ei competat? Paulus respondit, si tempore administrandæ tutelæ tutori tutelam gerenti debitores solvissent, liberatos eos ipso jure a pupillo : sed si cum tutore actum esset, posse eumdem adolescentem propter eam causam tutelæ experiri, et adversus exceptionem rei judicatæ doli mali uti replicatione.

PAUL, Réponses, livre 9e.

LXIII. Un tuteur, poursuivi par l'action de tutelle, a produit son livre de comptes, et condamné conformément à ce livre, il a payé. Plus tard, le pupille ayant voulu se faire payer par des débiteurs paternels, à raison de créances qui ne figuraient pas sur le livre de comptes, ces débiteurs ont représenté des quittances du tuteur. On demande si le pupille aura action contre le tuteur ou contre les débiteurs. Paul a répondu que, si les débiteurs avaient payé au tuteur tandis qu'il gérait la tutelle, ils étaient libérés en droit civil. Mais, quoiqu'il ait déjà agi contre son tuteur, l'adulte peut, de ce chef, recourir de nouveau à l'action de tutelle, et user de la réplique de dol pour repousser l'exception de la chose jugée.

L. 4, *Depositi vel contra, C.* (IV-XXXIV).

Imperator GORDIANUS A. Timocrati.

LXIV. Si deposita pecunia is, qui eam suscepit, usus est, non dubium est etiam usuras debere præstare. Sed si cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri. Non enim duæ sunt actiones, alia sortis, alia

L'empereur GORDIEN, Auguste, à Timocrate.

LXIV. Si le dépositaire s'est servi de l'argent qu'il avait reçu en dépôt, il n'est pas douteux qu'il n'en doive payer les intérêts. Mais si ayant intenté l'action de dépôt, vous n'avez obtenu condamnation que pour le capital, vous ne pouvez agir en outre pour les intérêts. Il n'y a

usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta, iterata actio rei judicatæ exceptione repellitur.

pas, en effet, deux actions, l'une quant au capital, l'autre quant aux intérêts, mais bien une seule action ; et quand celle-ci a procuré une condamnation, si elle est renouvelée, elle sera repoussée par l'exception de chose jugée.

L. 20, § 1, *De dolo malo, D.* (IV-III).

PAULUS, libro XI ad Edictum.

LXV. Si persuaseris mihi nullam societatem tibi fuisse cum eo cui heres sum, et ob id judicio absolvi te passus sum, dandam mihi de dolo actionem Julianus scribit.

PAUL, sur l'Édit, livre 11e.

LXV. Si vous m'avez fait croire qu'il n'avait pas existé de société entre vous et celui dont je suis héritier, et que par suite je vous aie laissé absoudre, Julien décide qu'on doit me donner l'action de dol.

L. 25, *De dolo malo, D.* (IV-III).

PAULUS, libro XI ad Edictum.

LXVI. Cum a te pecuniam peterem, eoque nomine judicium acceptum est, falso mihi persuasisti tanquam eam pecuniam servo meo aut procuratori solvisses ; eoque modo consecutus es ut consentiente me absolvereris : quærentibus nobis an in te doli judicium dari debeat, placuit de dolo actionem non dari ; quia alio modo mihi succurri potest. Nam ex integro agere possum, et si objiciatur exceptio rei judicatæ, replicatione jure uti potero.

PAUL, sur l'Édit, livre 11e.

LXVI. Je vous demandais une somme d'argent, et j'avais obtenu à cet effet une action ; vous m'avez fait croire faussement que vous aviez payé à mon esclave ou à mon procureur, et, de la sorte, vous avez obtenu une absolution à laquelle j'ai consenti. J'ai demandé si l'action de dol devait m'être donnée contre vous. Il a été décidé que l'action de dol ne serait pas accordée, parce que j'avais une autre ressource. Je puis, en effet, agir de nouveau ; et si vous m'opposez l'exception de la chose jugée, j'aurai droit à une réplique.

L. 13, *Quibus modis pignus, vel hypotheca solvitur*, D. (XX-VI).

TRYPHONINUS, lib. VIII Disputationum.

LXVII. Si deferente creditore juravit debitor se dare non oportere, pignus liberatur: quia perinde habetur atque si judicio absolutus esset. Nam et si a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.

TRYPHONINUS, Disputes, livre 8e.

LXVII. Si le créancier ayant déféré le serment au débiteur, celui-ci a juré qu'il n'était pas obligé, le gage est libéré, parce qu'il en est de même que s'il y avait eu absolution. Or, quand le débiteur a été absous par le juge, même à tort, le gage n'en est pas moins libéré.

L. 60, *pr., De condictione indebiti*, D. (XII-VI).

PAULUS, libro III Quæstionum.

LXVIII. Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio, negabat solventem repetere posse: quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset. Licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet: similemque esse ei dicit, qui ita promisit, *sive navis ex Asia venerit, sive non venerit*, quia ex una causa alterius (1) solutionis origo proficiscitur.

(1) La Vulgate porte ; *alterutrius*.

PAUL, Questions, livre 3e.

LXVIII. Julien disait qu'un véritable débiteur, qui aurait payé après la litiscontestation, l'instance étant encore pendante, ne pouvait pas répéter, parce que la répétition lui serait interdite au cas d'absolution comme au cas de condamnation. Bien qu'absous, en effet, il reste néanmoins débiteur naturel. Il compare ce débiteur à celui qui aurait promis de la sorte : *Si tel navire arrive d'Asie, ou s'il n'en revient pas*, attendu que le payement est justifié par l'une des deux causes.

D. 28, *De condictione indebiti*, D. (XII-VI).

PAULUS, libro XXXII ad Edictum.

LXIX. Judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.

PAUL, sur l'Édit, livre 32e.

LXIX. Si le juge a absous à tort, et que celui qui a été absous paye volontairement, il ne peut pas répéter.

EXPLICATION.

§ 3e. — Obligation naturelle survivant à la litiscontestation.

Nous savons aujourd'hui d'une manière bien précise, par deux passages de Gaïus (III, 180 et 181, IV, 106 et 107), quelle était l'influence de la litiscontestation sur le droit d'action. Il fallait, à cet égard, faire une double distinction. En premier lieu, on séparait les *judicia* dits *legitima* de ceux appelés *imperio continentia*. D'un autre côté, parmi les *jud. leg.*, on mettait encore à part ceux qui étaient *in rem*, ou qui étant *in personam* ne présentaient pas une *intentio concepta in jus*.

Si nous supposons que le *jud. leg.* fût en même temps *in personam* et *in jus*, la conséquence de la litiscontestation, c'est-à-dire de la délivrance de la formule, était que l'obligation se trouvait anéantie *ipso jure*, de telle sorte que si le créancier avait voulu agir de nouveau, sa prétention était repoussée, sans que l'adversaire eût besoin de faire insérer une exception dans la formule. — S'agissait-il, au contraire, d'un *jud. imp. cont.*, ou même d'un *jud. leg.*, qui ne fût pas à la fois *in jus* et *in personam*, malgré la litiscontestation, le droit d'action n'était pas éteint. Toutefois, le défendeur était autorisé à écarter une nouvelle action, au moyen de l'exception *rei in judicium deductæ*, ou *rei judicatæ*, suivant que l'action était renouvelée avant qu'il n'y eût *res judicata* ou postérieurement.

Le motif de ces distinctions, en ce qui touche la diffé-

rence entre les *jud. leg.* et les *jud. imp. cont.*, tient sans doute à ce que, aux yeux des Romains, il n'y avait de *judicium* reconnu par le droit civil qu'autant qu'il réunissait les diverses conditions (voy. Gaï., IV, 106) nécessaires pour constituer le *jud. leg.* Les fragments du Vatican (§ 47) nous ont appris quelque chose d'analogue, quant au pouvoir de créer des droits réels efficaces, *jure civili*, pouvoir qui n'appartenait qu'au juge préposé à un *jud. leg.* Bien que ce texte ne parle que de l'*adjudicatio* en matière d'usufruit, il y a tout lieu de conjecturer que l'énergie de l'*adjudicatio* était restreinte de la même manière, quand il s'agissait d'autres droits réels (1). Si l'on veut aller plus loin, et expliquer pourquoi les *jud. leg.* étaient seuls munis de ces prérogatives, nous estimons que c'est un mystère renfermé, comme tant d'autres points restés obscurs, dans les ténèbres de la constitution politique romaine, et sur lequel on ne peut hasarder que des conjectures plus ou moins satisfaisantes.

Il est plus facile de se rendre compte de cette double exigence, suivant laquelle un *jud. leg.* n'anéantissait *ipso jure* le droit antérieur que si le *judicium* était à la fois *in personam* et *in jus*. Nous n'y voyons qu'une application des conditions de la novation, laquelle n'est autre chose qu'un mode d'extinction des *obligations*. La matière indispensable pour qu'une novation fût possible faisait également défaut, soit qu'il s'agît d'un droit réel, soit qu'il fût question de rechercher la vérité ou la fausseté d'un fait.

(1) Voyez en ce sens M. Pellat : *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété*, etc., introduction, n° 58, note 4.

Nous croyons, en effet, parfaitement légitime d'appeler novation le résultat produit par la litiscontestation, quand elle entraîne *ipso jure* l'extinction de l'obligation. Telle était la doctrine générale des anciens auteurs, suivie encore par la plupart des auteurs modernes, qui continuent à distinguer, comme on le faisait autrefois, la novation dite *nécessaire*, celle découlant de la litiscontestation, par opposition à la novation conventionnelle ou volontaire. Cependant l'application à la première hypothèse du terme de novation a été récemment critiquée, et considérée comme étrangère aux idées des Romains, qui auraient vu dans la litiscontestation un mode d'extinction *sui generis*, auquel ils n'étendaient pas le nom de novation. On a fait remarquer (1) que Gaïus, dans ses Commentaires, quand il expose les divers moyens d'extinction des obligations, après avoir traité de la novation, aborde la litiscontestation, qu'il semble bien considérer comme un moyen distinct, puisqu'il s'exprime ainsi (III, 180) : *Tollitur adhuc...* De même Vénuleius, dans la loi 31, § 1, *De novat.*, sépare le droit de *deducere in judicium* et celui de faire novation. Sans doute, il y a, dit-on, de l'analogie entre ces deux modes d'extinction, ce qui explique comment Paul les rapproche dans la loi 29, *De novat.* Mais, tandis que la novation proprement dite, celle qui a eu lieu par convention anéantit complétement l'ancienne obligation avec ses accessoires, la litiscontestation n'opère pas avec la même énergie, d'où il suit qu'on ne doit pas

(1) Consultez sur ce point le savant traité : ***Des obligations solidaires en droit romain***, publié par notre collègue M. Demangeat, p. 65 et suiv.

réunir ces deux modes sous un même nom. Ce qui est essentiel, ajoute-t-on, pour la novation, c'est l'*animus novandi*, qui ne se rencontre pas chez celui qui intente une action.

On peut dire assurément que, dans la langue des jurisconsultes romains l'expression novation était habituellement réservée au cas où la novation se faisait par convention (1). Nous reconnaissons aussi qu'il y avait lieu de distinguer entre les deux sortes de novation, soit quant aux personnes qui étaient autorisées à user de l'un ou l'autre de ces modes, soit surtout quant aux effets plus ou moins énergiques attachés à celui-ci ou à celui-là; par conséquent les jurisconsultes devaient traiter séparément chacun de ces moyens. Ainsi Paul, (l. 27, pr. D. *De pact.*), qui accorde à chaque *argentarius* la faculté de déduire *in judicio* la créance commune, n'admet pas pour chacun d'eux la faculté de nover, de même qu'on peut citer en sens contraire la capacité de nover par stipulation découlant de la *libera peculii administratio*, l. 34, pr. D. *De novat.* Ainsi, il est incontestable que les hypothèques et les priviléges ne périssaient pas à la suite de la litiscontestation, tandis qu'il en était autrement au cas de novation conventionnelle.

(1) Néanmoins cette expression est formellement employée, quant à l'effet de la litiscontestation, dans un texte de Papinien, § 263. *Vat. Fragm.* Javolenus, l. 60, D. *De fidej.*, suppose également qu'un fidéjusseur peut n'être libéré à la suite d'une novation que *exceptionis ope*, ce qui s'explique par une novation judiciaire invoquée au moyen de l'exception *rei judicatæ*. Enfin Ulpien, l. 11, § 1, *De novat.* dit que la délégation est possible soit par stipulation, soit par litiscontestation, ce qui laisse bien entendre qu'il y a identité dans le résultat, et que, si l'un des procédés produit incontestablement une novation, il doit en être de même pour l'autre.

Mais tout en faisant ces concessions, nous nous demandons ce qui manque aux effets de la litiscontestation, pour qu'on y puisse trouver les éléments de la novation. Celle-ci s'opère, suivant la définition d'Ulpien, l. 1, pr. D. *De novat.*, quand il y a transformation d'une précédente obligation en une nouvelle, la première disparaissant pour faire place à la seconde. Or tout cela n'existe-t-il pas quand il y a eu litiscontestation? Ecoutons ce que dit Gaïus III, 180 : *nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem reus teneri litiscontestatione.* Nous avons donc ici une obligation qui naît, pour se substituer à une autre qui s'évanouit. S'il n'y a pas là novation, il faut en changer la définition. En vain, dit-on que l'*animus novandi* est essentiel. Sans doute, quand un créancier se fait donner un autre débiteur qui contracte avec lui, il faut tenir compte de son intention, qui peut être d'ajouter une seconde obligation à la première, sans perdre celle-ci. Si telle est sa pensée, la novation fait assurément défaut, puisqu'il n'y a aucune obligation éteinte; la *transfusio atque translatio* exigée par Ulpien n'existe pas. Mais, en matière de litiscontestation, les effets de cet acte ne sont nullement subordonnés à la volonté des parties. Le demandeur est dépouillé malgré lui de son ancien droit, qui est remplacé par un droit nouveau. Les tempéraments apportés aux conséquences ordinaires de la novation n'ont certainement rien que de raisonnable. Il y a, si l'on veut, une novation mitigée; toutefois, nonobstant ces ménagements, en principe, l'ancienne créance disparaît, de sorte que je ne puis apercevoir quelle inexactitude il y aurait à qualifier de novation ce qui s'est passé.

La loi 29, D. *De novat.* (LIV) me paraît démontrer que nos anciens auteurs ne se sont pas trompés, en appelant novation judiciaire l'extinction de l'obligation que le droit romain faisait découler de la *deductio in judicium*. Le jurisconsulte mettant ici en parallèle le *judicium acceptum* avec la novation qu'il appelle *voluntaria*, c'est qu'il voit tacitement dans la litiscontestation une novation qui n'est pas volontaire. Car, comme le dit très-bien Doneau (1), il est inutile de parler d'une novation *volontaire*, si elle ne peut exister que de cette façon. Quant à la distinction entre les effets des deux novations, elle se comprend facilement. Celui qui fait novation de son plein gré, doit calculer les avantages et les inconvénients attachés à la résolution qu'il prend librement. Il lui suffit, d'ailleurs, de ne pas manquer de précaution, pour conserver les sûretés dont il jouissait. (Voyez l. 11, § 1. D. *De pign. act.*; l. 4. C. *De fidej.*). Quand, au contraire, un créancier, qui n'est pas payé, est forcé de recourir à des poursuites, il serait inique de le dépouiller des garanties qui accompagnaient son droit, et dont l'utilité se fait précisément sentir. Aussi, Paul nous dit-il que le créancier muni d'un *privilegium* ne le perdra pas, de l'aveu de tous, pour avoir obtenu une action contre son débiteur, tandis qu'il en serait autrement, s'il avait fait novation au moyen d'une stipulation.

La perte du *privilegium*, à la suite d'une novation conventionnelle, est appliquée par notre texte au cas où une femme, qui aurait l'action *rei uxoriæ*, ferait promettre au mari la restitution de la dot, de manière à acquérir une action *ex stipulatu*, et au cas où le pupille

(1) *Comm. de jur. civ.*, liv. XVI, ch. XX, § 36.

renoncerait à l'action *tutelæ*, pour se procurer également, contre son tuteur, une action *ex stipulatu*. Le jurisconsulte suppose que la stipulation, en vertu de laquelle il y aura novation et perte du *privilegium*, n'a eu lieu que *post divortium* ou *post pubertatem*, parce que la femme, durant le mariage, ne peut faire aucune convention qui compromette le sort de sa dot, de même que, en règle générale, l'impubère est incapable de rendre sa condition pire. Quant à la restriction indiquée par ces mots : *si id specialiter actum est*, il ne faut voir là, suivant la conjecture de Cujas (1), qu'une interpolation de Tribonien, qui a voulu mettre le fragment de Paul en harmonie avec le droit établi par une constitution de Justinien, la loi 8, C. *De novat.*, rapportée aux Institutes, § 4, liv. III, tit. XXIX, constitution qui est la source de l'art. 1275 C. N. Justinien avait exigé, en effet, pour qu'il y eût extinction de l'ancienne obligation, que les parties eussent formellement déclaré que telle était leur volonté, tandis qu'au temps des jurisconsultes, l'intention de nover était sans doute exigée, mais pouvait être admise, par voie d'interprétation, indépendamment d'une manifestation expresse.

---

(1) T. V, C. 1147, *sub. h. l.* La même interpolation se retrouve dans les mêmes termes, l. 31, § 1, D. *De novat.* On peut aussi supposer que les mots : *si hoc actum est*, dans la loi 27, § 2, D. *De pact.*, que nous avons précédemment expliquée, ont été ajoutés dans le même but par les compilateurs. Cependant ici l'absence de l'expression : *specialiter* permet de traduire simplement ce texte, comme nous l'avons fait, en se contentant de rechercher l'intention des parties, sans aller jusqu'à exiger une déclaration expresse.

Ce que la loi 29 dit à l'égard du *privilegium* (1), il faut le dire également en ce qui concerne les hypothèques. Ici, d'ailleurs, les intérêts du créancier étaient protégés par les termes de l'édit Prétorien, qui exigeaient pour l'extinction des hypothèques, le payement ou une autre satisfaction. Il eût été parfaitement équitable de décider de la même manière, au point de vue des *correi* ou des fidéjusseurs, ce qui, cependant, n'eut pas lieu jusqu'à Justinien, par des motifs que nous examinerons tout à l'heure. Mais, assurément, c'est là une des réformes les plus heureuses dont il faille faire honneur au bon sens de Justinien; et cette doctrine a été justement sanctionnée par les législations modernes.

Le parallèle établi entre le *judicium acceptum* et la *novatio voluntaria*, se termine dans la loi 29, par l'énoncé de cette règle générale, savoir : que l'exercice

---

(1) Le *privilegium dotis*, de même que le *privilegium tutelæ*, ne signifiait autre chose que le droit pour la femme ou le pupille de se faire payer sur les biens du mari ou du tuteur, par préférence aux créanciers ordinaires, à ceux que nous appelons chirographaires, qui n'avaient qu'une action personnelle. C'est ce que les commentateurs ont qualifié *privilegium exigendi, quod inter personales actiones vertitur*, comme dit la loi 74, D. *De jure dot.* Ce *privilegium* ne nuisait pas aux créanciers hypothécaires. — Ce n'est que sous Justinien, en 530, par la constitution *unic.* C. *De rei uxor. act.*, que la femme a obtenu une hypothèque tacite ou légale, qui, bientôt après, en 531, par la loi 12, C. *Qui pot. in pign.*, est devenue une hypothèque privilégiée. Quant à l'hypothèque tacite du pupille, la doctrine commune ne la fait pas remonter au delà de Constantin, en vertu de la loi 20, C. *De adm. Tut.* Quelques auteurs modernes lui assignent cependant une origine plus ancienne, et la regardent comme existant déjà, ce qui nous paraît fort douteux, à l'époque des jurisconsultes. Voir en ce sens M. de Vangerow, *Lehrb. der Pand.*, 6e édition, t. I, § 375, Obs. nº 2.

du droit d'action doit améliorer et non empirer la condition de celui qui agit. A l'appui de cette règle, le jurisconsulte invoque les effets que produit la litiscontestation à l'égard des actions susceptibles de s'éteindre, soit par un laps de temps, soit par la mort de l'une des parties. Elles échappent à la cause de déchéance dont elles étaient menacées, ce que Gaïus (l. 139, pr. D. *De reg. jur.*) exprime en disant : *Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ in judicio salvæ permanent.*

Pour les actions, *quæ tempore pereunt*, on comprend sans peine que le créancier, auquel un délai était imparti pour faire valoir son droit, le conserve, quand il n'a pas laissé passer ce délai sans recourir à l'autorité judiciaire. Mais, relativement aux actions, *quæ morte pereunt*, la théorie romaine est plus difficile à justifier. L'application la plus importante de cette théorie, se trouve dans cette proposition bien connue, formulée de la sorte aux Institutes, liv. IV, tit. XII, § 1 : *est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei non competere, veluti furti*, etc.... (1). S'il

---

(1) D'après les termes de la règle, l'action, pour pouvoir s'éteindre *morte*, doit être à la fois *ex maleficio* et *pœnalis*. Ainsi, la *condictio furtiva*, bien que tirant son origine d'un fait délictueux, passait contre les héritiers, en sa qualité d'action *rei persecutoria*. Certaines personnes la regardent même comme naissant *quasi ex contractu* (voyez M. de Savigny, *Traité de droit romain*, t. V, append. XIV, n° 12). A l'inverse, il semble qu'il faudrait dire qu'une action pénale, quand elle se rattache à un contrat, peut être exercée contre les héritiers. Cependant nous voyons que l'action *depositi in duplum*, en cas de dépôt nécessaire, n'était donnée avec ce caractère pénal que contre le dépositaire déloyal, et non contre l'héritier innocent de dol, Instit., § 17, *De action.*, l. 18, D. *Depos.* Il est vrai que, suivant les Institutes, les actions dé-

est juste, en effet, que la peine n'atteigne que le coupable, si elle doit être épargnée à l'héritier innocent des méfaits de son auteur, pourquoi, grâce à la litiscontestation, le châtiment va-t-il perdre le caractère de personnalité qui lui appartient raisonnablement? — Les Romains nous paraissent ici s'être laissé entraîner à consacrer une iniquité, en s'attachant trop strictement à cette idée que la litiscontestation produisait une novation. A la suite de la *deductio in judicium*, l'obligation née d'un délit était transformée, de manière à devenir une obligation *ex contractu*, qui devait dès lors obéir aux règles ordinaires des obligations de cette na-

---

rivant des contrats ne devraient pas être intentées contre l'héritier, qui ne se trouverait pas enrichi à la suite du dol commis par son auteur. Mais cette prétendue exception, comme le fait observer M. de Savigny, t. V, § 212, note *d*, n'est autre chose qu'une modification maladroite apportée par les rédacteurs des Institutes à un passage de Gaïus (IV, 113), où il était question de la *sponsio* et de la *fidepromissio*, sorte d'*adpromissio* tombée en désuétude au temps de Justinien. La transmissibilité de l'action *ex contractu* contre l'héritier, quand le contractant est coupable de dol, indépendamment de tout enrichissement, est, en effet, consacrée par des textes bien formels (voy. l. 12 et 49, D. *De oblig. et act.*, l. 157, § 2, D. *De reg. jur.*). C'est à tort que Théophile mentionne à cette occasion le contrat de dépôt; la règle ordinaire, quant à la responsabilité *in simplum*, s'applique ici (voy. l. 12, D. *De oblig.*, l. 7, § 1. D. *Depos.*). — On ne peut essayer de justifier le texte des Institutes, en disant que l'obligation des hériters *ex contractu*, à raison du dol de leur auteur, n'est vraie que pour les contrats, *in quibus doli præstatio inest*, l. 152, § 3, D. *De reg. jur.*, tandis que, dans les contrats de droit strict, il faut recourir à l'action *De dolo*, l. 7, § 3, D. *De dol. mal.* Ce n'est pas, en effet, par l'action du contrat, c'est au moyen d'une action pénale, *ex delicto*, que la réparation du dommage est poursuivie dans les contrats de droit strict. Dès lors, l'héritier innocent échappe à l'action; ce qui prouve l'utilité, quand on stipule, d'insérer la *clausula doli*, grâce à laquelle il y aura lieu à une action *ex contractu*, transmissible contre les héritiers.

ture, pour lesquelles la transmissibilité contre les héritiers formait le doit commun.

Ce point de vue est indiqué assez nettement dans un texte d'Ulpien, la loi 3, § 11, D. *De pecul.*, à l'occasion d'un autre résultat, que la logique des jurisconsultes, rigoureuse jusqu'à être impitoyable, comme dans l'exemple précédent, avait su tirer de ce caractère de novation reconnu à la litiscontestation. Il était admis qu'un *pater familias*, en constituant un pécule, qu'il mettait à la disposition d'une personne soumise à sa puissance, n'exposait les valeurs ainsi confiées qu'à répondre des obligations *licites* provenant du fait du gérant de ce pécule, tandis que les obligations *ex maleficio* n'autorisaient de la part du créancier qu'une action noxale, aux effets de laquelle le chef pouvait se soustraire, en abdiquant son droit de puissance. Toutefois, si le délinquant était un fils de famille, comme l'action *ex delicto* était possible contre un fils de famille, capable de figurer *in judicio*, à la différence d'un esclave, il y avait moyen d'obtenir une condamnation contre le débiteur. Or, une fois armé de l'action *judicati*, le créancier pouvait désormais atteindre le père, possesseur légal du pécule. La raison en était que le droit primitif de ce créancier avait subi une métamorphose. Il ne se présentait plus en vertu d'une obligation *ex maleficio*, mais bien *ex eontractu*. (1). *Nam sicut in stipulatione*, dit Ulpien, *contrahitur cum filio, ita judi-*

(1) Il importe peu que l'on soutienne avec Doneau, *Comment. de jur. civ.*, lib. XII, cap. XIV, nos 6-9, qu'il y a dans la litiscontestation un véritable contrat, ou que l'on y voie seulement une sorte de contrat, à raison de ce que la volonté de s'obliger n'est point libre; distinction exacte, indiquée par plusieurs textes (voir les lois 22, D. *De*

cio contrahi; proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati veluti obligationem.

La différence des effets de la novation volontaire, par opposition à la litiscontestation, se montre encore relativement aux intérêts que produirait la créance à l'occasion de laquelle survient l'un ou l'autre de ces faits. Paul nous dit, dans la loi 18, D. *De novat.*, que la novation régulièrement faite (*legitime facta*), c'est-à-dire de la part de celui qui a le droit de nover, en même temps qu'elle éteint les hypothèques et les gages, arrête aussi le cours des intérêts (1). Le jurisconsulte entend assurément par novation, suivant le langage ordinaire, celle qui a lieu volontairement, et non la novation judiciaire, qui, nous le savons, ne porte aucune atteinte aux gages ou aux hypothèques. Il y a tout lieu de croire que Paul avait rapproché sous ce rapport la *novatio voluntaria* et le *judicium acceptum*, et que la loi 35, D. *De usur.* (LV) extraite, comme la loi 18, *De novat.*, du livre 57 *ad Edictum*, était destinée à mettre en saillie cette différence. Les compilateurs des Pandectes, en séparant ces deux fragments, qui sous la plume de leur auteur se complétaient et s'expliquaient l'un par l'autre, ont donné à la proposition iso-

---

tut. et rat., et 83, § 1, D. *De verb. oblig.*). Les obligations *quasi ex contractu* sont, en effet, gouvernées, en général, par les mêmes principes que les obligations *ex contractu* proprement dites.

(1) Papinien, l. 27, D. *De novat.*, fait une application de cette doctrine au cas où le débiteur d'un prix de vente, dette qui porte intérêts de plein droit après la tradition, serait délégué par le vendeur, et s'engagerait sur stipulation à tout ce dont il était tenu *ex vendito*. L'obligation nouvelle, suivant les règles des contrats de droit strict, ne produisait pas d'intérêts. Il faudrait, en cette matière, que les intérêts eussent été l'objet d'une stipulation particulière.

lée formant aujourd'hui la loi 35 un sens équivoque. Par suite, quelques auteurs ont invoqué la loi 35, pour établir cette doctrine depuis longtemps controversée, et controversable en effet, que la litiscontestation aurait eu pour résultat en droit romain de faire courir les intérêts même dans les actions de droit strict. L'argument, on le voit, perd toute sa force, quand on considère l'origine du fragment allégué. Aussi M. de Savigny, qui, après avoir soutenu la négative sur cette question (1), s'est rallié à l'opinion contraire (2), reconnaît-il qu'on ne saurait tirer parti en ce sens de la loi 35, dont l'interprétation la plus vraisemblable est d'y voir cette idée que les intérêts *continuent* à courir, et non pas *commencent* à courir après la litiscontestation. D'ailleurs, un autre texte, la loi 1, *C. De judic.*, vient à l'appui de cette interprétation, en décidant que l'organisation du *judicium* est sans influence pour arrêter le cours des intérêts qui auraient été stipulés.

Après avoir vu comment les Romains, en ce qui concerne la novation judiciaire, modifiaient les effets ordinaires de la novation, de manière à ménager les intérêts du créancier, il nous reste à nous demander pourquoi on s'écartait de ce système si équitable, en n'accordant à celui qui avait plusieurs débiteurs *correi* qu'une seule action à exercer contre l'un d'eux, quelque fût l'insuccès de cette action. Cette doctrine, dans son application aux fidéjusseurs, considérés comme *correi* du débiteur principal (3), était certainement exorbitante, et défigurait

---

(1) *Traité de droit romain*, t. V, append. XIII, n° III.
(2) T. VI, § 270.
(3) *Fidejussor rei locum obtinet*, l. 4, § 1, D. *De fidej.*

étrangement le caractère de la fidéjussion, à l'égard de laquelle on disait qu'elle avait pour but *ut diligentius cautum sit*. La théorie romaine ne devient pas, à notre gré, plus raisonnable, quand on l'explique, en qualifiant les débiteurs *correi* de débiteurs *alternatifs*. Comme nous l'avons fait observer ailleurs (1), ce n'est pas là une manière de résoudre le problème; ce n'est qu'une façon plus crue d'exprimer le résultat singulier de l'interprétation donnée à une obligation qui frappe plusieurs personnes *correaliter*.

Cette interprétation, nous le reconnaissons, a l'avantage de maintenir intacte la règle énoncée par Paul, à la fin de la loi 29, *De novat.* La *deductio in judicium* ne devant pas amoindrir le droit du créancier, l'honneur de la règle est sauvé, si l'on admet que ce droit existait *à priori* tel qu'il apparaît après la litiscontestation, c'est-à-dire comme ne pouvant engendrer qu'une seule action. La litiscontestation n'aura pas ainsi *réduit* le droit du créancier; elle n'a servi qu'à le *déterminer*. Il y avait, avant la litiscontestation, une créance unique, flottant sur plusieurs têtes; désormais elle s'est fixée, elle s'est assise sur l'une de ces têtes.

Quant à la valeur de cette explication, l'idée d'une *alternativité*, et par suite d'une simple *electio*, d'un choix à faire entre plusieurs débiteurs, nous apparaît effectivement dans certaines obligations corréales, dans celles qui pèsent sur divers héritiers, en vertu d'un legs *per damnationem*. Ici le testateur a pu employer une formule qui confère au légataire seulement la faculté de s'adresser à tel ou à tel héritier. *Lucius Titius heres meus*,

(1) *Textes sur la possession*, etc., p. 162.

aut Mœvius heres meus decem Seio dato, porte la loi 8, § 1, D. *De legat.*, I, qui ajoute que les héritiers sont alors *quasi duo rei promittendi* (1). En matière de stipulation, procédé le plus habituel pour faire naître la corréalité, ce rapport d'alternativité n'existe pas, puisqu'il était nécessaire de recourir à des interrogations distinctes. On aurait dû dire, par conséquent, que l'un *et* l'autre, et non pas l'un *ou* l'autre, se trouvaient obligés. Cependant, dans l'opinion, qui nous paraît contestable, suivant laquelle la corréalité exigeait qu'il y eût *continuité* entre les diverses interrogations, on conçoit encore que l'on pût envisager l'opération comme ne produisant qu'une seule obligation, indéterminée quant au sujet qu'elle atteindra; et c'est bien en ce sens que Julien et Ulpien, dans la loi 62, pr. *Ad leg. Falcid.*, semblent caractériser la dette corréale, quand ils disent qu'elle restera *in pendenti* jusqu'au moment où le créancier agira. Mais cette ressource fait défaut, alors qu'il s'agit d'un *reus* et d'un *fidejussor*, à l'égard desquels la *contemporanéité* dans la création de l'obligation n'était nullement nécessaire.

Il faut donc trouver une explication qui nous rende compte de la doctrine romaine, soit pour le *correus*, soit pour le fidéjusseur. Cette raison, commune aux deux hypothèses, nous croyons qu'elle réside dans l'*identité*, quant à l'objet de l'obligation, identité exprimée par les termes dont on usait, chacun d'eux promettant la même chose que celle qui était due par un autre. La formule d'interrogation, quant au *correus* et quant au *fidejussor*, était toujours celle-ci : *idem pro-*

(1) Voyez aussi les lois 16, *De legat.*, II, et 25, pr. *De legat.*, III.

mittis? pr. Instit. De duob. re., Gaï, III, 116. L'*unité* d'obligation, que divers textes établissent entre les *correi*, se rencontrant également entre le *reus* et le *fidejussor*, nous ne voyons aucune impossibilité de créér cette unité, si telle est l'intention des parties, relativement à deux personnes, qui s'engageraient successivement et avec trait de temps, à titre de codébiteurs principaux (1).

Nous sommes loin, assurément, d'approuver les conséquences exagérées que les Romains avaient tirées de cette identité. La règle : *bis de eadem re ne sit actio* n'est raisonnable que pour empêcher quelqu'un de réclamer une seconde fois ce qu'une première action lui a déjà procuré. Aussi la jurisprudence classique fit-elle justice de cette règle, et accorda-t-elle, après quelque hésitation cependant, au cas où le même fait donnait lieu à plusieurs actions *rei persecutoriæ*, le droit d'obtenir, par l'exercice d'une seconde action, ce que la première n'avait pu faire obtenir. Une saine interprétation de la véritable portée de l'obligation corréale, aurait dû amener les jurisconsultes à admettre le résultat que Justinien a consacré en vertu de son pouvoir législatif.

Sans doute la manière dont on traitait le créancier, qui avait plusieurs débiteurs *correi*, le mettait dans la même position que si ces débiteurs n'avaient été tenus qu'alternativement. Le terme *electio* est même appliqué ici, comme pour les obligations alternatives dans leur ob-

---

(1) Sur ce point controversé, voyez, pour l'affirmative, Cujas, t. IV, c. 682, et M. de Vangerow, t. III, § 573, p. 72; pour la négative, M. de Savigny, *Das Obligation enrecht*, § 17, *a*, et surtout M. Demangeat, qui a traité avec détail cette question, *Obligations solidaires*, p. 103 et suiv.

jet. Voyez notamment Paul, *Sent.* liv. II, tit. XVII, § 16 (1). Mais, à nos yeux, c'est l'identité de la dette qui a été la considération déterminante. Aussi suffisait-il de rompre cette identité, pour se ménager un recours contre le débiteur accessoire, à défaut de poursuites utiles contre le débiteur principal. Quand la pratique, afin d'échapper aux inconvénients de la doctrine rigoureuse que nous avons signalée, eut inventé ce que les commentateurs ont appelé *fidejussio indemnitatis*, les jurisconsultes, pour justifier une seconde action, font observer qu'il n'y avait pas identité entre les deux dettes. *Non enim sunt duo rei ejusdem obligationis*, dit Paul, l. 116, D. *De verb. oblig.* (2). — Remarquons également

---

(1) Le simple droit d'une *electio* à faire entre le *reus* et les fidéjusseurs est encore énoncé dans un texte du Code de Justinien, la loi 1, C. *De fidej. tut.*, bien que la constitution qui a réformé cette doctrine, la loi 28, C. *De fidej. et mand.*, soit antérieure à la publication du Code. Nous ne pouvons admettre que l'ancien droit eût été maintenu à l'égard d'un créancier qui méritait toute faveur, et qui même était mieux traité que les autres, puisqu'il n'avait pas à craindre le bénéfice de division de la part des fidéjusseurs, l. 12, D. *Rem pupill.* C'est sans doute par inadvertance que les compilateurs de Justinien ont admis sans modification la constitution d'Alexandre Sévère. Aussi Cujas fait-il observer que la loi 1, C. *De fidej. tut.*, a été écartée par les auteurs des Basiliques.

(2) Si les *correi* ou le *reus* et le fidéjusseur n'étaient obligés qu'alternativement, cela signifierait qu'il n'y aura jamais eu d'obligé que celui qui sera poursuivi; et dès-lors, on devrait dire, pour celui qui est laissé en dehors de l'action, que sa libération aura toujours lieu *ipso jure*, puisque la condition mise à son obligation ne s'est pas réalisée. Cependant, soit qu'il s'agisse de *correi*, comme le prouve la loi 51, § 4, D. *De evict.*, soit qu'il s'agisse du fidéjusseur, comme le prouvent les lois 60, D. *De fidej.*, et 7, § 1, D. *De except. præscr., etc.*, la libération peut n'avoir lieu que *exceptionis ope*, ce qu'on explique ordinairement par la nécessité de l'exception *rei judicatæ*, toutes les fois que le *judicium* n'était pas *legitimum*. C'est donc l'influence de la novation judi-

que le maintien des gages et des hypothèques se concilie très-bien, à notre point de vue, avec ce qui était décidé quant à la fidéjussion. L'identité de dettes ne se rencontrait pas ici, puisqu'il y avait d'une part une action personnelle, et de l'autre un droit réel. On peut en dire autant relativement aux intérêts, qui, bien que stipulés en même temps que le capital, étaient regardés comme l'objet d'une stipulation distincte, l. 75, § 9, D. *De verb. oblig.* Nous ajouterons enfin, que l'idée de novation, attachée à la litiscontestation, n'a pas été sans influence sur l'extinction de l'obligation du fidéjusseur à la suite de la formule délivrée contre le *reus*, ou *vice versa*. Ce qui le prouve, c'est que le choix consommé par le créancier, qui a essayé de se faire payer *in solidum*, sur les biens du fidéjusseur, en se présentant au concours ouvert sur les biens de celui-ci, ne l'empêche pas, comme l'enseigne Papinien, l. 3, § 1, D. De *separat.*, de poursuivre le *reus* pour le reliquat. Cette décision doit être évidemment restreinte, au cas

---

ciaire, suivant qu'elle est directe ou non, qui décide de la position du co-débiteur non poursuivi, de même qu'elle règle le sort du débiteur poursuivi. Que ce dernier soit libéré, tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*, on le conçoit, puisque c'est la litiscontestation qu'il invoque. Si l'on veut, au contraire, que le co-débiteur ne puisse se prévaloir précisément de la litiscontestation, mais bien du défaut d'*electio* à son égard, n'est-il pas admis à prétendre que l'*intentio dare oportere* est fausse vis-à-vis de lui, puisqu'il ne devait que sous une condition qui fait défaut? — Comment concilier également avec l'idée d'alternativité, d'une obligation *in pendenti*, la responsabilité des faits de chacun des *correi* imposée à l'autre, suivant la loi 18, D. *De duob. re.?* Celui qui n'a pas commis le *factum*, grâce auquel la dette est perpétuée, et qui pourtant sera choisi par le créancier, va donc répondre du fait d'un individu qui, par l'effet de l'*electio*, se trouve étranger à l'obligation, c'est-à-dire répondre du fait d'un tiers.

où il n'y a pas eu d'action exercée. Tant que l'effet désastreux de la novation judiciaire n'apparaît pas, le créancier peut impunément s'adresser à l'un, pour réclamer tout ce qui lui est dû. Il a fait une *electio* cependant; mais, dans cette *electio*, ne se rencontre pas l'élément de la novation.

Nous devons suivre maintenant le sort de l'ancienne obligation, qui, par l'effet de la litiscontestation, tantôt a disparu *ipso jure*, tantôt ne pourra plus s'exercer, sans échouer en présence de l'exception *rei in judicium deductæ* ou *judicatæ*. Ne faut-il pas dire encore ici, que le droit d'action seul a été perdu, et qu'il y a une obligation naturelle survivant à la litiscontestation?

Pour justifier une réponse affirmative à cette question, les auteurs ont souvent invoqué (1) les lois 8, D. *De compens.*, et 50, § 2, D. *De pecul.* Ni l'un, ni l'autre des arguments tirés de ces textes ne nous touche. La loi 8, *De compens.*, permet au créancier, qui aurait obtenu une formule, et qui serait ensuite attaqué à son tour par son adversaire, d'opposer, à titre de compensation, la créance pour laquelle il y a déjà eu litiscontestation, ce qui serait, dit-on, une application de la faculté de compenser attachée aux obligations naturelles, aux termes de la loi 6, *eod. tit.* Nous croyons que c'est faire trop bon marché du droit du demandeur, que de le réduire immédiatement à n'être qu'une obligation naturelle. Ce droit est plus efficace, puisqu'il pourrait amener une condamnation sur la pre-

(1) Voyez Keller, *Uber Litiscontestation, etc.*, § 10, et de Vangerow, t. I, § 160.

mière instance. Seulement, pour plus de simplicité, le créancier est autorisé, sur la seconde instance, à faire examiner à la fois les deux prétentions, comme il aurait pu le faire, si son adversaire eût été plus actif que lui. Il ne faut pas, dit très-bien Gaius, qu'une personne, pour s'être montrée diligente, se trouve dans une position plus mauvaise, et soit obligée à soutenir un double procès. — Quant à la loi 50, § 2, *De pecul.*, qui a été expliquée plus haut, elle ne signifie point que l'obligation *de peculio* contre le maître, obligation garantie par une action, se transforme après la litiscontestation en une obligation naturelle. Elle a pour but uniquement de faire ressortir une conséquence de la distinction que nous avons établie entre l'obligation du maître sanctionnée par le droit prétorien, et l'obligation propre à l'esclave, qui n'est reconnue que par le droit naturel. Cette dernière, à raison de son indépendance par rapport à la première, dont elle se sépare complètement, demeure intacte, malgré la modification que subit l'autre obligation à la suite de la *deductio in judicium*. Elle reste ce qu'elle était auparavant, une simple obligation naturelle. Mais les effets de la litiscontestation survenue quant à la dette du maître ne la concernent pas. *Naturalis obligatio,* QUAM ETIAM SERVUS SUSCIPERE VIDETUR, *in litem translata non est*, dit Papinien; d'où il suit que les fidéjusseurs, qui seraient intervenus pour l'esclave, ne pourraient se prétendre libérés.

Toutefois, si les textes précédents ont été invoqués à tort pour fonder cette doctrine, elle n'en doit pas moins être acceptée, parce qu'il est facile de l'étayer sur d'autres preuves. Nous citerons d'abord un fragment d'Ulpien, la loi 8, § 3, D. *De fidej.*, suivant lequel une fidéjussion

est possible, même *post litem contestatam*. Le motif donné aussitôt après est : *quia et civilis et naturalis subest obligatio*. L'obligation est encore civile, parce qu'elle peut aboutir à une condamnation ; et, dans ce cas, les fidéjusseurs, qui ne seraient pas engagés *tantum litis exercitationis*, fait observer le jurisconsulte, resteraient tenus à l'exécution de la condamnation.

Ulpien ne nous apprend pas, et c'est ce que nous avons à rechercher, quelles peuvent être l'utilité et l'efficacité de cette obligation naturelle. A quoi sert-elle au demandeur, qui est à la veille d'obtenir une condamnation ? Ce ne peut être pour retenir dans les liens de leur obligation les fidéjusseurs originaires ; car Scævola, qui admet que la survivance d'une obligation naturelle suffit à maintenir la fidéjussion, l. 60, D. *De fidej.*, reconnaît en même temps qu'à la suite de la novation judiciaire les fidéjusseurs, qui ne seraient pas libérés *ipso jure*, peuvent du moins invoquer une exception.

Un premier effet de l'obligation naturelle qui nous occupe se présente dans le cas où le demandeur n'aurait pas obtenu une condamnation, parce qu'il aurait laissé écouler le temps pendant lequel elle pouvait être prononcée par le juge. Nous avons vu comment, à l'époque classique, la durée du *judicium* ne dépassait pas dix-huit mois, quand il était *legitimum*, ni l'expiration des pouvoirs du magistrat, quand il était *imperio continens* (1).

(1) On trouve des allusions évidentes à cette péremption d'instance dans divers passages des Pandectes. *Tempore quo lis perit*, lit-on dans la loi 2, D. *De div. temp.*; *litem mori*, dans la loi 3, § 1, D. *Quæ in fraud. cred.*

Le demandeur n'avait donc reçu, en échange de son droit primitif, qu'une obligation civile précaire quant à sa durée. Si cette obligation cessait d'être efficace, la voie de l'action étant régulièrement fermée, il devenait important pour le créancier de pouvoir prétendre du moins aux avantages propres à l'obligation naturelle.

Cette péremption d'instance, dont Gaius nous a fait connaître les règles, et qu'il expose comme un droit encore pratique, n'avait-elle pas cessé d'être en vigueur dès le temps des jurisconsultes? On trouve sur ce point, dans les Pandectes, deux textes qui semblent se contredire, et dont la conciliation a embarrassé les commentateurs. D'une part, Ulpien, dans la loi **13**, § **1**, D. *De jurisd.* (LVI), nous dit que tout gouverneur de province, quelque nom qu'il porte, Proconsul, Préteur, ou autre, n'a pas le droit d'autoriser à prononcer une sentence à une époque où il sera redevenu simple particulier. Ce sont bien là les prescriptions de procédure indiquées par Gaius. Remarquons que le magistrat, en nommant un *judex*, est libre de lui impartir un délai, pourvu qu'il ne dépasse point le *legitimum tempus* (**1**),

(1) La loi 32, D. *De judic.*, où nous voyons que le juge pouvait être circonscrit dans un délai (*judex, cui certa tempora præstituta erant*), nous apprend que, en cas de décès du juge, le successeur qui lui sera désigné aura tacitement le même délai, si toutefois le *legitimum tempus* ne doit pas expirer auparavant. La mention de ce *legitimum tempus*, qui, dans la pensée d'Ulpien, se référait aux dix-huit mois de la loi Julia, était, en général, avant la découverte des commentaires de Gaïus, considérée comme une interpolation de la part de Tribonien, qui aurait fait allusion à la loi 13, C. *De judic.*, par laquelle Justinien décida que tous les procès devaient être terminés en trois ans. C'est l'opinion admise par Pothier, Pand. Justin., tit. *De judic.*, n° LXXXIII, note *b*.

quand le *judicium* est *legitimum*, ni la durée dans l'avenir de ses fonctions, quand le *judicium* est *imperio continens*. Ulpien, dans la loi 13, § 1, ne s'occupe que des *judicia* organisés en province. Si l'affaire se passait à Rome, ou dans l'étendue du premier mille autour de Rome, avec les conditions qu'exigeait le *judicium legitimum*, rien n'empêchait le magistrat de laisser au juge un délai plus long que le temps pendant lequel il devait rester en charge, puisque, à défaut d'une restriction expresse l'instance pouvait subsister pendant dix-huit mois, à partir du moment où elle avait été réglée *in jure*.

Tandis qu'Ulpien refuse aux gouverneurs des provinces la faculté d'autoriser, au moyen d'une concession expresse, les juges à statuer, après l'expiration des fonctions de celui qui les a constitués, Paul, dans la loi 49, § 1, D. *De judic.* (LVII) énonce comme une règle ordinaire (*solent*), à l'égard des juges nommés par les *Prœsides*, la continuation de leurs pouvoirs, bien que le *Prœses* qui les a désignés ait reçu un successeur. Ils n'en doivent pas moins prononcer sur l'affaire, et leur sentence doit être observée. Comment peut-on mettre d'accord les décisions d'Ulpien et de Paul?

Il est d'abord évident qu'on ne doit pas songer à une conciliation historique, en disant que le droit aurait varié d'un jurisconsulte à l'autre, puisqu'ils sont con-

---

Cujas a varié à cet égard : tantôt il croit à une interpolation, tantôt il enseigne qu'autrefois les procès ne devaient durer qu'un an. Brisson, *De verb. signif.* V° *Legitimus*, § 15, avait rencontré juste, en disant : *Legitimum tempus in l.* 32. *De judiciis ad judicandum lege, credo Julia judiciaria præstitutum*; sur quoi Bynkershoeck, Obs, VII-23, avait fait cette observation : *Sed ego non credo, nisi testem, quem non habet, adferat idoneum*. Aujourd'hui Gaïus est le témoin *idoneus* requis par Bynkershoeck.

temporains, et que d'ailleurs Paul n'indique pas quelque chose de nouveau, mais au contraire un usage constant à son époque, usage en faveur duquel il invoque l'autorité d'un jurisconsulte antérieur, plus ancien qu'Ulpien, et plus récent que Gaius, de Scævola, le maître de Papinien.

D'après Cujas (1), dont l'opinion a été suivie par Bynkershoeck (2), il faudrait distinguer si le juge a été nommé sans qu'un délai lui ait été fixé, cas auquel s'appliquerait la loi 49, § 1, ou si un délai lui a été accordé, qui s'étendrait au delà des limites du temps pendant lequel le magistrat doit encore exercer ses fonctions. Dans cette dernière hypothèse, les pouvoirs du juge ne devraient pas moins cesser à la même époque que ceux du magistrat.

Cette distinction nous paraît inacceptable. La première proposition est contraire aux règles exposées par Gaius. La durée des *judicia* dans les provinces étant liée à celle des pouvoirs du gouverneur, il est clair que l'omission de toute fixation de délai est impuissante à procurer au juge une prorogation pour des pouvoirs, dont le terme est réglé à l'avance d'une manière fatale. Sans doute le magistrat n'a pas le droit d'autoriser formellement une extension des pouvoirs du *judex* limités par un principe constitutionnel; mais il ne peut pas davantage lui conférer tacitement par son silence des pouvoirs qui ne seraient pas en harmonie avec ce principe.

L'explication qui nous semble la meilleure avait été déjà indiquée par Keller, qui ne s'y arrête pas cepen-

(1) T. VI, c. 517.
(2) Obs. VII-23.

dant (1) ; elle a été reprise ensuite par Puchta (2). Elle doit se tirer de la différence de régime auquel étaient soumises d'une part les provinces du peuple ou du sénat, d'autre part les provinces de l'empereur.

En ce qui concerne les premières, l'usage du renouvellement annuel des gouverneurs nommés par le sénat se continuait encore au temps des jurisconsultes, tandis que, dès le commencement de l'empire, la durée des fonctions pour les gouverneurs des provinces impériales dépendit de la volonté du prince (3). On conçoit que le système, d'après lequel la durée des instances était subordonnée à celle des fonctions du magistrat, ne pouvait pas subsister, alors que ces fonctions eurent perdu toute limite fixe, et que d'un instant à l'autre elles furent révocables au gré de l'empereur. Les historiens nous disent que les plaideurs s'empressaient au commencement de l'année d'obtenir une formule, afin d'avoir le plus de temps possible, usage auquel fait allusion ce vers de Juvénal :

Expectandus erit, qui lites inchoet, annus.

Sat. XVI, v. 42.

---

(1) *Uber Litiscontestation*, § 19. L'auteur penche à adopter le système de Cujas et de Bynkershoeck, qui est également suivi par Zimmern, *Traité des actions*, § 228.

(2) *Curs. der Instit.*, t. I, § 93, note *i*.

(3) La distribution des provinces faite par Auguste entre le peuple et l'empereur avait pour but de faciliter l'assujettissement des provinces les moins soumises, où le poids de l'autorité militaire devait le plus se faire sentir. Pour atteindre ce but, il fallait que les gouverneurs ne fussent pas trop souvent changés. La pensée qui dicta cette division des provinces nous est ainsi expliquée par Suétone, *Octav.*, ch. XXIII et ch. XLVII : *Præsidibus provinciarum propagavit imperium, ut et a peritis et assuetis socii continerentur, — Provincias validiores, et quas annuis magistratuum imperiis regi nec facile, nec tutum erat, ipse suscepit.* Voyez aussi Tacite, Ann. I-80, et Suétone, Tib., ch. XII.

Dans les provinces impériales, les plaideurs n'auraient pu se mettre à l'abri d'une déchéance toujours imminente, puisque rien n'indiquait à l'avance quand expireraient les fonctions du Président. L'ancienne règle dut donc forcément être abandonnée, ce qui sans doute eut lieu tacitement, comme l'indique le texte de Paul.

Il est permis de conjecturer qu'Ulpien, dans la loi 13, § 1, ne songeait qu'aux provinces du peuple. Il parle du Proconsul, dénomination propre aux provinces du peuple, et spécialement à celles d'Afrique et d'Asie, où étaient envoyés d'anciens Consuls. Pour les autres, les gouverneurs étaient pris parmi les anciens Préteurs (1), ce qui n'avait rien d'exclusif, le gouvernement des provinces étant quelquefois confié à des personnages que l'empereur élevait au rang de *Prætorii* (2). Au contraire, le titre de *Præses* était, dans l'origine, réservé aux *Legati Cæsaris*, à ceux qui administraient les provinces de l'empereur. Si ce titre a fini par s'appliquer indistinctement à tous les gouverneurs de provinces, comme le dit, l. 1. D. *De offic. Præs.*, Macer, l'un des derniers jurisconsultes, il n'en fut ainsi qu'à l'époque où l'uniformité de régime, qui tendait de plus en plus à s'établir dans l'empire romain, eut décidément prévalu. Les jurisconsultes plus anciens séparent le *Proconsul* du *Præses*, comme le fait Julien, l. 8, D. *De offic. Præs.* Vénuleius, l. 12, pr. D. *De accusat*, et Papinien, l. 20, D. *De off. Præs.*, appellent *Præses* particulièrement le *Legatus Cæsaris*. C'est dans

---

(1) Quelques auteurs ont proposé de substituer le mot : *Proprætor* à celui de *Prætor*, dans la loi 13, § 1, ce que Noodt, *Probab.*, 1-6, juge inutile, à raison de la signification large qu'on donnait au mot *Prætor*.

(2) Voy. Dion Cassius, liv. LIII, ch. 13 et 14.

le même sens que Paul a dû employer cette expression dans la loi 49, § 1. Aussi les Pandectes contiennent-elles deux titres distincts, l'un *De officio Proconsulis* (I-XVI), l'autre *De officio Præsidis* (I-XVIII). — Remarquons enfin qu'Ulpien, dans la loi 13, § 1, parle du magistrat proprement dit. Il entend par là les *magistratus populi romani*, auxquels on oppose dans plusieurs textes (1) les *Præsides*, qui étaient les représentants de l'autorité impériale.

Nous devons, par conséquent, admettre comme une règle, assez générale encore au temps des jurisconsultes, la péremption de l'instance, par suite de la cessation des fonctions du magistrat qui avait organisé le *judicium*. En dehors des provinces impériales, pour lesquelles cette règle avait été abandonnée, elle était en vigueur dans les provinces du peuple, dans toute l'Italie, à l'exception de Rome et de sa banlieue, et à Rome même ou dans la distance du premier mille, quand le *judicium* n'était pas *legitimum*. Ici d'ailleurs la péremption n'était pas écartée, elle était seulement reculée. Il pouvait donc arriver assez fréquemment qu'un demandeur se trouvât déchu du droit d'agir, faute d'avoir réussi à obtenir une condamnation en temps utile. La survivance d'une obligation naturelle, en pareil cas, peut être induite de différents textes, qui reçoivent ainsi une interprétation plus satisfaisante que

---

(1) Voir Gaï., II, 24, l. 7, § 1, D. *Quod met. caus.*, l. 12, pr., D. *De accusat.* Les *alii, qui provincias regunt*, mentionnés par Ulpien, sont les *Legati*, sur lesquels les Proconsuls se déchargeaient d'une partie de leurs fonctions. Ces *Legati* recevaient ordinairement la *mandata jurisdictio*, sauf en ce qui concernait le *jus gladii*, l. 6, pr., et § 1, D. *De offic. Proc.* Ils pouvaient donc organiser une instance civile; mais ils n'avaient pas la *Legis actio*, l. 2, § 1, et l. 3, D. *eod. tit.*

celle qui leur était donnée par les anciens commentateurs.

Nous pensons qu'il faut entendre de la sorte la loi 8, § 1, D. *Rat. rem hab.* (LVIII). Il s'agit ici d'un procureur qui s'est fait payer par un débiteur, après avoir fourni la caution *de rato*. Peu importe qu'il ait obtenu ce payement après poursuites, ou *sine judice*, comme le prouve la loi 22, pr. et § 1, *eod. tit.* (1). Plus tard, le *dominus* intente une action contre le débiteur à raison de la même somme ; et il est arrivé, suivant les expressions de notre texte, que ce *dominus litem amiserit*. La stipulation *de rato* se trouve encourue, suivant Vénuleius ; et le procureur, qui aurait remboursé volontairement le *dominus*, a le droit de répéter, en exerçant contre ce dernier la *condictio sine causa*. Il peut, en effet, lui tenir ce langage : Vous m'avez désavoué, vous ne pouvez conserver ce que j'ai touché comme votre procureur, et ce que je suis obligé de restituer. Toutefois, quand ce procureur est attaqué (2), si le *dominus* est disposé à défendre contre l'action intentée, il pourra, nous dit-on, le repousser au moyen de l'exception de dol. Le fondement de l'exception est énoncé formellement par le jurisconsulte : c'est

---

(1) Autrefois le *cognitor*, à la différence du *procurator*, n'était pas obligé de donner caution ; quand il poursuivait, la litiscontestation engagée avec lui produisait le même effet que si elle avait eu lieu avec le *dominus*, Gaï., IV, 98 et 100. Sous Justinien, le *cognitor* a disparu ; mais celui qui veut agir comme *procurator* doit, en général, fournir caution, toutes les fois que l'ancien motif subsiste, et qu'on peut dire : *periculum est ne iterum dominus de eadem re experiatur*.

(2) Suivant Pothier, *Pandect. Just.*, *h. tit.* nº XXVI, note *b*, le débiteur agit, parce qu'il n'a pas obtenu la ratification du paiement de la dette dont il reste tenu naturellement. Il est beaucoup plus simple de dire qu'il agit pour se faire rembourser, parce que la condition de l'obligation contractée envers lui s'est accomplie.

qu'il subsiste encore une obligation naturelle, *quia naturale debitum manet*.

Pour rendre compte de cette obligation naturelle, Cujas, en divers passages de ses écrits (1) et Pothier (2) après lui supposent qu'il y a eu erreur de la part du juge. Mais il est fort douteux qu'un débiteur absous, même à tort, soit exposé à échouer en présence de l'exception de dol, qui remettrait en question ce qui a été déjà jugé. C'est un point sur lequel nous aurons à revenir plus loin, en examinant le point de savoir si le mal jugé laisse subsister une obligation naturelle. La chose est, au contraire, fort simple, si l'on admet que le *dominus* a laissé périmer l'instance, ce qui est la traduction exacte des mots: *litem amittere* (3). Le véritable sens de cette expression est d'ailleurs confirmé par la loi 30, § 1, D. *Ad leg. Aquil.* (LIX).

L'espèce prévue dans cette loi est celle où il y aurait eu meurtre d'un esclave qui était l'objet d'un droit de gage. A la suite de ce fait, l'action de la loi Aquilia compète sans difficulté au débiteur, qui est resté propriétaire nonobstant le *pignus*. La règle était effectivement que cette action appartenait au propriétaire: *hero competit hoc est domino*, dit la loi 11, § 6, *h. tit.*, en conformité de la teneur du plébiscite, dont les termes se retrouvent dans la loi 2, pr. *ibid.* (*tantum æs dare do-*

---

(1) T. IV, c. 1199, V, c. 477 et 941, VI, c. 386.

(2) *Loc. cit.*

(3) Cette explication, proposée en 1826 par Francke, *Civ. Abhand*, p. 76, a été reproduite par Keller, dans son *Traité de la litiscontestation*.

mino damnas esto). Mais le créancier, s'il ne peut prétendre à l'action directe, ne doit-il pas du moins avoir une action *utile?* Divers textes nous apprennent que l'action *damni injuria dati* était étendue, soit à l'aide d'une fiction, soit au moyen d'une rédaction *in factum* de la formule, à ceux qui sous certains rapports étaient traités comme propriétaires, par exemple, au possesseur de bonne foi, l. 11, § 8, l. 17, *pr.*, ou qui n'avaient qu'un démembrement de la propriété, tels que l'usufruitier, l'usager, l. 11, § 10; enfin, par analogie, au créancier hypothécaire, qui avait un *jus in re*, *dict.* l. 17, *pr.* L'intérêt qu'il y a pour le créancier à pouvoir exercer l'action apparaît dans deux circonstances distinctes, soit parce que le débiteur serait insolvable, soit quand ce créancier, dit le jurisconsulte, *litem tempore amisit.*

Sur ce dernier cas, les anciens auteurs, Cujas (1), Noodt (2), Pothier (3), Glück, (4) s'accordaient pour supposer que l'action n'avait pas été intentée assez tôt, qu'il y avait eu prescription. Nous aurons à examiner plus loin si le *pignus* subsistait malgré la prescription de l'action. Mais est-il besoin d'insister, pour démontrer que Paul ne se serait pas exprimé de la sorte, s'il avait voulu faire allusion à la prescription extinctive de l'action, assez rare, du reste, de son temps? L'effet de la prescription est précisément de mettre obstacle à ce qu'il y ait une *lis*, une instance; ou du moins, si un débat s'engage, parce qu'il y a con-

(1) T. V, c. 326.
(2) *Ad leg. Aquil.*, cap. XI, *in fine.*
(3) *Pandect. Justin., in not. ad h. l.*
(4) T. XI, § 704, p. 373, note 14. Ce volume a été écrit en 1808, avant la découverte de Gaïus.

troverse sur le point de savoir si la prescription est acquise, le résultat de ce débat, favorable au débiteur, sera que le créancier aura perdu *tempore* sa créance, et non point la *lis* proprement dite. S'il s'agit, au contraire, d'une péremption d'instance, rien de plus exact que de dire qu'il y a eu *lis tempore amissa*. Il n'est guère permis d'hésiter entre les deux interprétations. En outre, si on rapproche les expressions de Vénuleius dans la loi 8, § 1 *(litem amiserit)*, de celles de Paul dans notre loi *(litem tempore amisit)*, on est bien autorisé à conjecturer que les deux jurisconsultes [avaient en vue la même hypothèse; et le dernier de ces textes éclaire le précédent, en indiquant la cause de la perte de la *lis (tempore)*.

Il n'est pas douteux aux yeux de Paul qu'il ne faille accorder l'action au créancier. Malgré la péremption d'instance, il est toujours créancier naturel, comme nous l'a dit Vénuleius. Si la chose engagée existait encore, il pourrait user de l'action hypothécaire, à laquelle suffit l'existence d'une obligation naturelle, l. 14, § 1, D. *De pignor.*, et qui ne périt pas en même temps que l'actionpersonnelle, l. 2, C. *De luit. pign.* La préoccupation du jurisconsulte est seulement de savoir comment on conciliera les droits du créancier et ceux du débiteur.

Il ne serait pas juste, fait-il observer, que le meurtrier fût exposé à une double action, tant de la part du *dominus* que de la part du créancier. Pour éviter cette injustice, il y aurait, ajoute-t-il, deux moyens à prendre. On peut songer d'abord à donner l'action *in solidum* au créancier. Le débiteur n'éprouverait aucun préjudice, parce que le montant de la condamnation servirait jusqu'à due concurrence à éteindre la dette garantie par le *pignus*; et

quant à l'excédant, le créancier devrait en tenir compte au débiteur, qui serait fondé à exercer de ce chef l'action *pigneratitia directa*. Les choses se passeraient de la même manière qu'au cas où il y aurait eu *furtum* de la *res pignerata*. L'action *furti* était alors à la disposition du créancier (1), qui devait restituer au débiteur tout ce qui dépassait sa créance, l. 15, pr. D. *De furt.* — Le second moyen, auquel s'arrête le jurisconsulte, consiste à diviser l'action, de façon à ce qu'elle ne soit exercée par le créancier que jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, et pour le surplus, par le débiteur, qui sera en outre libéré de sa dette par l'effet de la condamnation qu'aura obtenue le créancier.

Si l'on procède ici autrement qu'en matière de *furtum*, c'est que le créancier gagiste, tenu de la *custodia*, est responsable du *furtum*, du moins quand il a eu lieu par sa faute (2). Par conséquent, c'est lui qui a intérêt à exercer l'action *furti*. Quant au *damnum injuria datum*, il était considéré comme un cas fortuit, dont la responsabilité n'incombait pas à celui qui devait la *custodia* (3). Dès-lors, la mesure de l'intérêt du créancier à user de l'action de la loi *Aquilia* ne dépassait pas le montant de la dette.

Les textes que nous venons d'analyser prouvent que, malgré la litiscontestation, l'ancienne obligation sub-

(1) Il n'était pas besoin de recourir à une action *utile*. L'action directe appartenait au créancier gagiste, d'après la règle suivie en cette occasion : *furti actio ei competit cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit*, Instit., liv. IV, tit. I, § 13.

(2) L. 14, § 6, D. *De furt.*

(3) L. 19, D. *Commod. vel. cont.*

sistait à titre d'obligation naturelle au profit du demandeur qui avait laissé périmer l'instance. Quant aux effets de cette obligation, nous avons vu qu'elle autorisait le droit de rétention. En cas de payement, la *condictio indebiti* eût été repoussée, parce qu'il y avait dol de la part du débiteur à redemander ce qui avait été payé. Par voie d'analogie, nous déciderions qu'il y avait ici place à la compensation, laquelle opère également au moyen de l'exception de dol, et n'est autre chose que le droit de rétention appliqué non à la dette même, mais à une quantité pareille que le créancier garde par devers lui, en se dispensant de débourser ce qu'il aurait à payer. Nous avons vu aussi que l'hypothèque relative à la dette continuait à subsister. Il n'est pas douteux qu'une hypothèque nouvelle pût être constituée; et s'il est vrai que les fidéjusseurs primitifs ont été libérés par l'effet de la litiscontestation, nous pensons qu'une fidéjussion nouvelle serait obligatoire, puisqu'elle est admise toutes les fois que la *condictio indebiti* est interdite, l. 6. § 2, et l. 7, D. *De fidej*. Enfin le constitut et la novation seraient valables, en vertu du principe général qui reconnaît la validité de ces actes à propos de l'obligation naturelle.

Le créancier reste donc seulement désarmé en ce qui concerne le droit d'action. Celui-ci, selon les circonstances, fera défaut *ipso jure* ou *exceptionis ope*. Cependant, si la péremption avait été amenée par le dol de l'adversaire, la jurisprudence romaine venait au secours du demandeur, en lui accordant l'action de dol, ce dont la loi 18, § 4, D. *De dol. mal.* (LX), nous fournit un exemple.

Ce texte suppose que par des manœuvres fraudu-

leuses le défendeur (1) a réussi à produire ce résultat que le délai légal expirât sans qu'il y eût une décision (*ut lis temporibus legitimis transactis pereat* (2). Trébatius, dont l'avis est approuvé tacitement par Paul, accordait en ce cas l'action de dol. Mais la position du demandeur ne sera pas la même que s'il n'était pas déchu de sa première action. Il n'y aura pas lieu à une restitution d'après l'*arbitrium* du juge, restitution qui eût été possible dans l'instance périmée, et qui est autorisée aussi habituellement dans l'action *de dolo*, l. 18, *h. t.* Le juge ne devra condamner qu'à la réparation du véritable dommage éprouvé, et qu'il appréciera par lui-même. Dans l'opinion qui admet qu'à l'époque classique, dans les actions arbitraires, le *jussus judicis* était en général exécutoire *manu militari*, le demandeur sera privé de la faculté d'arriver à une restitution en nature. Tout au moins, dans l'opinion contraire, il ne pourra pas obtenir une condamnation sur une base déterminée par son *juramentum in litem*. Si on traitait ce plaideur comme il eût dû être traité dans la première instance, la loi Julia se trouverait, dit-on, éludée. Le demandeur subira donc jusqu'à un certain point les conséquences de sa crédulité : on fait assez pour lui en le mettant à l'abri de toute perte.

---

(1) D'après l'ensemble de la loi 18, § 4, on doit penser que c'est l'adversaire même qui s'est rendu coupable de dol. Dans le cas où le dol serait émané d'un tiers, ce dernier n'échapperait pas, du reste, à l'action *de dolo*.

(2) Ces expressions sont trop claires pour qu'il y ait lieu de douter qu'il s'agit d'une péremption d'instance. Dans l'espèce, le *judicium* était *legitimum*, et pouvait durer dix-huit mois, d'après la loi *Julia judiciaria*. Il faut donc rejeter l'explication de Pothier et d'autres auteurs, qui admettent encore ici une prescription extinctive de l'action.

Quelle était la nature de l'action qui a été perdue? Était-elle réelle ou personnelle? Keller (1) estime qu'il s'agissait d'une revendication. Pour repousser cette supposition, il semble qu'on pourrait dire qu'elle n'est pas en harmonie avec l'expédient employé en vue d'écarter le préjudice sous le coup duquel se trouve le demandeur. En effet, dans les principes du droit romain, l'action *de dolo* était subsidiaire; elle ne se donnait qu'à défaut de tout autre moyen. Or, pour les actions *in rem*, la novation ne se produisant pas à la suite de la litiscontestation, le droit subsistait, et la revendication n'aurait-elle pas pu être renouvelée, sauf à écarter l'exception *rei judicatæ* par la réplique de dol, procédé dont nous rencontrerons plus loin des applications? Comme la loi Julia devait avoir une sanction, on ne pouvait sans doute user de ce moyen, qui eût replacé le demandeur dans la même condition que s'il n'y avait pas eu péremption. Il fallait donc, en l'honneur de la loi Julia, exposer le défendeur à subir l'infamie, plutôt que de laisser intenter l'ancienne action. Voyez cependant la loi 7, § 1, D. *De in int. rest.*

Nous croyons, pour nous, qu'il n'est nullement nécessaire de donner à cette ancienne action le caractère d'action *in rem*, à raison de ce qu'elle admettait la possibilité d'une restitution d'après l'*arbitrium* du juge. Cette particularité n'était pas incompatible avec les actions personnelles, et même avec les actions *bonæ fidei*. L'opinion développée par M. de Savigny (2), suivant laquelle les actions personnelles tendant à une restitu-

(1) § 17, p. 145 et suiv.
(2) *Traité de droit romain*, t. V, § 222.

tion, comme celles de dépôt, de commodat, etc., auraient été arbitraires, nous paraît fort raisonnable, et reposer sur des preuves suffisantes. En vain objecterait-on que la ressource de la revendication appartient au déposant, au commodant. D'abord, il peut se faire que l'un ou l'autre ne soit pas propriétaire, et quand même il le serait, pourquoi lui imposer, vis-à-vis le dépositaire ou le commodataire, la charge de prouver sa propriété pour obtenir une restitution? La théorie de M. de Savigny est surtout précieuse, quand on admet, comme nous y sommes fort enclin, que le *jussus* pouvait être exécuté malgré la résistance de l'adversaire, système repoussé cependant par M. de Savigny. Nous n'avons pas le dessein d'entrer dans la discussion de ce point. Nous voulons seulement constater que la décision de la loi 18, § 4, n'offre rien qui oblige à dire qu'il y fût question d'une action réelle. Au surplus, la ressource indiquée dans ce texte ne doit pas plus être refusée à un créancier déchu de son action par le dol de son adversaire qu'à un revendiquant qui, pour la même cause, se trouverait réduit à cette position. Dans les deux cas, il y aura action *de dolo*, de sorte que le créancier aura conservé plus qu'une obligation naturelle.

Chez les Romains, celui qui abordait l'arène judiciaire n'avait pas seulement à se préoccuper d'obtenir promptement une condamnation. Son attention devait surtout être éveillée au moment où il se présentait *in jure*, et venait solliciter la nomination d'un juge. Il y avait plus d'un écueil à éviter, quand il s'agissait de régler la formule destinée à donner une physionomie nouvelle au droit déduit *in judicium*.

Ne pouvait-on agir par soi-même, il fallait s'assurer qu'il vous était permis de plaider par un tiers, ou que la personne qu'on choisissait pour lui confier ses intérêts était du nombre de celles qui étaient autorisées à se charger de cette mission. Sinon, on était exposé, pour l'un ou l'autre de ces motifs, à voir l'action repoussée au moyen d'une exception dite *cognitoria* ou *procuratoria*, Gai., IV., 124; et, bien que cette exception fût appelée *dilatoria*, elle n'opérait pas moins radicalement qu'une exception *peremptoria*, si une fois elle avait été insérée dans la formule, Gai., *ibid*. Le demandeur avait il plusieurs contestations à vider avec le même adversaire, il devait, d'un seul coup, réclamer une action pour tous ses procès; sinon, il s'interdisait la faculté d'agir, à raison des prétentions qu'il avait réservées, jusqu'à l'expiration des fonctions du magistrat par lequel avait été organisé le premier *judicium*, sous peine d'être écarté par l'exception *litis residuæ*, Gai., IV, 122. N'y avait-il qu'une seule prétention à débattre, on pouvait, sans doute, diviser sa demande, quand elle donnait lieu à une *intentio certa*, sans compromettre l'avenir, pourvu qu'on s'abstînt d'agir quant au reliquat *intra ejusdem prætoram*, faute de quoi, dans une seconde action trop précipitée, on succombait en présence de l'exception *litis dividuæ*, Gai., IV, *ibid*.

Dans ces divers cas, nous n'hésitons pas à décider que le droit d'action seul était perdu, et qu'il subsistait encore une obligation naturelle. Suivant nous, c'est à de pareilles hypothèses qu'il faut restreindre ce que nous avons vu dans la loi 59, pr. D. *Ad SCtum Trebell.* (XLVIII), c'est-à-dire que l'action hypothécaire survit, bien que l'action personnelle se trouve *amissa per exceptionem*. Le

bénéfice résultant pour le débiteur de ces rigueurs de procédure était tellement considéré comme constituant un *strictum jus* que, suivant la loi 29, § 4, D. *Mand.* (1), il n'était pas permis d'imputer à faute au fidéjusseur de n'avoir pas invoqué, par exemple, une exception *procuratoria*, à côté de laquelle les termes de la loi supposent qu'il en existe d'autres ayant le même caractère, et que le fidéjusseur a pu loyalement dédaigner, sans se rendre coupable de fraude. Cette espèce d'obligation naturelle nous paraît devoir être traitée aussi largement que possible. Non-seulement elle autoriserait un payement valable, un constitut, une novation, une fidéjussion; nous serions encore disposé à lui donner effet malgré la mauvaise volonté du débiteur, quand ce but peut être atteint indépendamment d'une action, et par voie d'exception, au moyen de la compensation.

Un danger particulier se présentait, quand le droit du créancier était de nature à se formuler dans une *intentio certa;* c'était celui de pécher par plus-pétition. Le demandeur devait alors avoir le soin de contenir sa prétention dans les limites exactes qui la circonscrivaient. La condition mise à la condamnation étant ici rigoureusement déterminée, une solution affirmative était impossible, toutes les fois qu'il y avait la moindre exagération dans l'*intentio*. Le juge était obligé de répondre négativement, de prononcer en faveur de l'absolution; et, par suite des effets ordinaires de la litiscontestation, il n'y

(1) *Quædam tamen etsi sciens omittat fidejussor, caret fraude : utputa, si exceptionem procuratoriam omisit, sive sciens, sive ignarus. De bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit, necne.*

avait pas moyen de recommencer utilement, en se restreignant cette fois dans les justes bornes de son droit. Le secours d'une restitution prétorienne était ordinairement refusé, si l'on était majeur de vingt-cinq ans, à moins qu'on n'eût commis une erreur que l'homme le plus avisé n'aurait pu éviter, Gai., IV, 53, Inst. liv. IV, tit. VI, § 33.

La plus-pétition pouvait être encourue de diverses manières : 1° *re*, si l'on demandait tant soit plus qu'il n'était dû ; 2° *tempore*, si l'on agissait avant l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition (1);

(1) Le texte des Institutes met sur la même ligne celui qui agit *ante tempus* et celui qui agit *ante conditionem*. Il n'y a pas de difficulté pour le premier cas. La dette à terme existe immédiatement, et ne donne pas lieu à répétition, dans les idées romaines, eût-elle été payée par erreur, l. 10, D. *De cond. indeb.* Aussi voyons-nous, dans la loi 76, § 1, D. *De verb. oblig.*, que la *deductio in judicium* porte même sur ce qui est *futurum*. — Relativement à la dette conditionnelle, on disait, au contraire, qu'il n'y avait pas dette *pendente conditione*, mais seulement *spes debitum iri*, § 4, Instit., *De verb. oblig.* Par suite, la répétition était accordée, s'il y avait eu payement par erreur, l. 16, pr., D. *De cond. ind.* On comprend, dès lors, qu'il ait pu y avoir dissidence entre les jurisconsultes sur le point de savoir si la *deductio in judicium* était possible à l'égard d'une dette qui n'existait pas encore. Aussi Julien, l. 36, D. *De solut.*, décide-t-il que le fils, dont le père est décédé laissant sa femme enceinte, qui agirait pour le tout à une époque où il est incertain s'il sera héritier unique, n'a perdu que la part (fixée à un quart d'après Julien) pour laquelle il est regardé comme héritier durant la période d'incertitude. De même, Paul, l. 43, § 9, D. *De ædil. edict.*, permet au créancier, qui aurait agi inutilement avant l'arrivée de la condition, d'agir de nouveau, quand une fois la condition s'est réalisée. Marcien, l. 13, § 5, D. *De pignor.*, donne la même solution à l'égard d'un créancier hypothécaire conditionnel ; *rursus agere poterit*. Il nous paraît difficile d'entendre ces textes avec MM. Schrader et Ortolan du cas où le créancier n'aurait fait qu'une tentative pour exercer son action, et se serait ravisé avant d'obtenir une formule. Mais si l'on songe à l'effet rétroactif de l'accomplissement de la condition, on conçoit que d'autres jurisconsultes

3° *loco*, si l'on poursuivait ailleurs que dans le lieu fixé lors du contrat pour le paiement ; 4° enfin *causa*, toutes les fois que la prétention était énoncée de manière à priver le débiteur de l'un des avantages qui lui appartenaient. Il fallait veiller, comme le dit Gaïus, IV, § 53, à reproduire dans l'*intentio* la teneur fidèle de la stipulation : *Sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulæ concipi debet.* Ainsi, il y aura *plus petitio causa*, si on réclame un objet précis, tandis qu'entre plusieurs l'un était dû alternativement au choix du débiteur, ou bien un corps certain (*species*), alors que le défendeur n'était tenu qu'à fournir un *genus*, une chose qui n'était pas individuellement déterminée. — L'expression, qui paraît avoir été usitée pour désigner l'irrégularité tenant à la plus pétition, était vraisemblablement celle-ci : *causa cadere*, qu'on trouve toujours employée, chaque

---

sultes aient pu considérer comme ayant été l'objet d'une *deductio in judicium* prématurée la dette conditionnelle, pour laquelle le créancier aurait agi *pendente conditione*. Aussi Javolenus, l. 36, D. *De reb. cred.*, après avoir exprimé cette idée que le créancier conditionnel ne peut agir, ajoute-il que, s'il a agi, *ante tempus petere videtur*. C'est probablement l'opinion qui a prévalu et qui a été consacrée par les rédacteurs des Institutes. — Toutefois on distinguait le légataire conditionnel de celui qui, en contractant, avait acquis une créance conditionnelle. Le dernier seul était considéré comme *creditor pendente conditione*, et aurait compromis son droit en agissant, distinction indiquée par Ulpien, dans la loi 42, pr., *De obligat.* C'est dans le même sens que, suivant la loi *Unic.*, § 4, D. *Quand. dies ususf.*, le légataire à terme d'un usufruit *nihil facit*, quand il agit *ante diem*. En effet, le terme apposé à un legs d'usufruit rendait le droit conditionnel, puisqu'il dependait de la survie du légataire à l'arrivée du *dies*. — Du reste, la décision de Marcien, dans la loi 13, § 5, aurait dû être acceptée par tous les jurisconsultes. On devait ici appliquer la règle : *verum est non esse solutam pecuniam, nec satisfactum.*

fois qu'il est question d'une pareille faute (1), bien qu'on ne puisse nier que les mots : *causa cadere* peuvent avoir une portée plus large.

Cette hypothèse offre beaucoup d'analogie avec celles dont nous avons parlé tout à l'heure, et doit, à notre gré, être traitée de la même façon. L'obligation naturelle, qui reste au créancier déchu de son action pour plus-pétition, mérite autant de faveur que si la demande avait échoué par suite d'une exception *procuratoria*, ou de l'exception soit *litis residuæ*, soit *litis dividuæ*. La plus-pétition *tempore* peut avoir été encourue parce que le défendeur a opposé l'exception *pacti conventi ad tempus*; et nous rangerions encore cette hypothèse au nombre de celles que Paul avait en vue dans la loi 59. Nous ne trouvons de décision formelle, quant aux effets dont est susceptible en ce cas l'obligation naturelle, qu'en ce qui concerne le *pignus* attaché à la créance. La loi 27, D. *De pignor* (LXI), reconnaît le maintien de l'hypothèque, et la faculté d'en tirer parti en faveur d'un créancier *qui causa ceciderat*.

Marcellus suppose qu'un esclave hypothéqué (2) a été mis aux fers par le débiteur, bien qu'il n'eût commis qu'une faute très-légère. Plus tard, ce débiteur ne payant

---

(1) Voyez Gaï., IV, 53 et 68; Paul. Sent., liv. I, tit. X, *liv. II, tit. V*, § 3; *Instit. De action*, § 33.

(2) Le texte parle d'un esclave *pignori datus*, ce qui impliquerait une transmission de la possession au créancier, et ne permettrait pas au débiteur d'exercer de mauvais traitements sur l'esclave, ainsi qu'il l'a fait. On peut dire que le mot *pignus* est employé comme synonyme d'*hypotheca*, ou bien encore qu'il y avait *pignus* proprement dit, mais que le créancier avait abandonné la possession au débiteur en vertu d'un *precarium*, ce qui était fort habituel, d'après le témoignage d'Ulpien, l. 6, § 4, D. *De precar*.

point, le créancier vend l'esclave, et n'en retire qu'un prix moins élevé, par suite de la dépréciation qu'a fait éprouver à l'esclave le supplice auquel il a été soumis (1). La question est de savoir si le créancier aura droit à une action contre le débiteur à raison de cette détérioration, ce qui serait important, si l'action de la créance était impuissante à faire obtenir ce qui reste dû. Comme, en général, toute créance munie d'une action procure une condamnation égale au montant de l'obligation, le jurisconsulte faisait allusion au cas où l'action aurait été perdue; et plus loin, en effet, il indique formellement que telle était la position du créancier.

Avant de résoudre l'espèce même qu'il s'est proposée, Marcellus s'occupe de cas où le droit d'obtenir une réparation ne serait pas douteux, parce qu'il s'agirait de faits plus graves que celui qui est reproché ici au débiteur. Ce dernier, par exemple, aura tué l'esclave hypothéqué, ou bien lui aura crevé un œil. Dans la première hypothèse, l'action *ad exhibendum* serait accordée sans difficulté; elle appartient, en effet, à quiconque a intérêt à se faire exhiber une chose, l. 3, § 9 et 10, D. *Ad exhib.*, et contre quiconque possède ou a cessé par dol de posséder. Si le débiteur, en blessant grièvement l'esclave, en l'éborgnant, l'avait détérioré physiquement (2), l'action

---

(1) Dans les mœurs romaines, un esclave mis aux fers perdait beaucoup de sa valeur. Cette circonstance constituait pour cette sorte de marchandise un vice dont il était dû garantie à l'acheteur, s'il avait ignoré ce fait, l. 48, § 4, D. *De Ædil. edict.*

(2) C'est sans doute par une erreur du copiste que les mots : *aut vinciendo* se trouvent placés à côté de ceux-ci : *quod debilitando*. Marcellus ne mettait pas sur la même ligne le cas où il y avait eu *eluscatio* et celui d'une simple *vinctio*. S'il les avait assimilés, pour donner pareillement à la suite de l'un ou l'autre de ces faits l'action *utile* de la loi

utile de la loi Aquilia (*quasi damni injuriæ actio*) serait donnée au créancier, ainsi que nous l'avons vu en expliquant la loi 30, § 1 (LIX).

Après avoir traité ces cas non douteux, le jurisconsulte revient à celui qu'il s'était d'abord proposé; et cette fois il indique comment le créancier était dépourvu de l'*actio crediti;* il l'avait exercée, mais il s'en était laissé décheoir (*forte causa ceciderat*). Ici Marcellus n'autorise une action qu'après examen de la part du magistrat. Ce qui l'arrête sans doute, comme le pense Pothier (1), c'est l'absence d'une détérioration corporelle, rentrant sous le texte de la loi Aquilia : il n'y avait eu ici qu'une dépréciation morale. Cependant, comme le préjudice souffert était aussi sensible que s'il y avait eu en réalité une dégradation physique, la jurisprudence romaine accordait pour la réparation du dommage une action *in factum*, comme on en voit un exemple aux Institutes, liv. IV, tit. III, § 16 *in fine*. — Ulpien, dans une observation ajoutée à la décision de Marcellus, fait remarquer que l'examen du magistrat doit se porter sur un autre point. Il doit rechercher si le maître a agi pour nuire au créancier, en punissant arbitrairement un esclave qui ne le méritait pas, ou s'il s'est borné à user d'un droit de correction, dont l'exercice de la part du maître, quand

---

Aquilia, la question principale qu'il voulait traiter eût été résolue en ce sens que l'action de la loi Aquilia eût dû être accordée *de plano*; et on ne concevrait pas que le jurisconsulte se fût immédiatement rétracté, en faisant dépendre à la fin du texte la concession d'une action de l'*animadversio prætoris*.

(1) *Pandect. Justin., ad tit. De præscr. verb.*, nº XXV.

la répression est justement appliquée, ne constitue pas une *injuria*, un acte illicite (1).

Ce texte prouve, on le voit, que, dans le cas où un créancier *causa cecidit*, la créance n'est pas complétement éteinte. Le *pignus* subsiste, le créancier conserve le droit de vendre la *res pignerata;* il peut même se plaindre des atteintes portées à son gage par des faits qui en diminuent la valeur.

Dans le cas où le droit du créancier donnait lieu à une action avec *intentio incerta* (*quidquid paret dare facere oportere*), l'inconvénient de la plus-pétition n'existait pas en général (2). Toutefois il faut se garder de croire

---

(1) On peut admettre que telle était aussi la pensée tacite de Marcellus, qu'Ulpien se serait borné à préciser; car le droit à la réparation d'un dommage en dehors des termes mêmes de la loi Aquilia n'était pas l'objet d'un doute sérieux.

(2) Malgré la manière dont s'exprime Gaïus, IV, 54, où il semble exclure absolument la plus-pétition dans les *formulæ incertæ* (*illud satis apparet, in incertis formulis plus peti non posse*), nous regardons comme fort douteuse la théorie qui, dans les actions de cette nature, ne laisserait aucune ouverture à la plus-pétition. Qu'il en soit ainsi, quant à la *plus petitio re*, la chose va de soi; et c'est uniquement à cette hypothèse de plus-pétition que l'on peut appliquer directement ce qu'ajoute Gaïus pour établir sa proposition : *Quia, cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere oporteat intendatur, nemo potest plus intendere.* Nous pensons également que l'action *incerta* ne se prête pas à une *plus petitio loco*. On sait, en effet, que l'action *de eo quod certo loco*, imaginée pour parer au danger de cette sorte de plus-pétition, était inutile dans les contrats de bonne foi, où le juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation *ex æquo et bono*, devait naturellement tenir compte de la différence de valeur, suivant les localités, l. 7, *pr.* D. *De eo quod cert.* Même dans les actions de droit strict, dont l'*intentio* était *incerta*, il suffisait que la prétention du demandeur fût formulée d'une manière indéterminée pour que le juge ne se trouvât pas obligé à condamner précisément à la valeur qu'avait la chose due

qu'un plaideur imprévoyant fût à l'abri de tout préjudice, et qu'il ne fût pas ici encore exposé à compromettre sa position par une procédure mal dirigée.

Il pouvait se faire que le demandeur eût droit à des prestations diverses, échelonnées à des échéances successives. S'il voulait alors poursuivre le paiement de ce qui était dès à présent exigible, il devait recourir à une précaution particulière, afin de conserver intactes ses prétentions à venir. Cette précaution consistait à faire insérer dans la formule une clause spéciale, dite *præs-*

---

dans le lieu où l'action était exercée; et l'on peut invoquer la loi 43, D. *De judic.*, comme établissant aussi en pareil cas l'inutilité de l'action *de eo quod certo loco*. Enfin la plus-pétition *causa* doit encore être écartée dans les *actiones incertæ*, puisque l'indétermination de l'*intentio* ne permet pas de dire que le demandeur ait cherché à priver son adversaire de quelqu'un des avantages qui lui appartenaient. Mais, quand il s'agit de la plus-pétition *tempore*, à raison de ce que le demandeur poursuivrait avant l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition, comment concilier ces deux idées, d'une part que la dette future ou conditionnelle a été déduite *in judicio*, et de l'autre, que le juge ne peut condamner qu'à ce qui est dû actuellement? La loi 37, D. *De verb. sign.* veut que le juge apprécie l'*oportere ad veritatem*; or, pour une dette à terme, il n'y a rien qui soit dû, en ce sens que *peti non potest, nulla præstatio est*, suivant Gaïus lui-même, IV, 131. C'est la même doctrine qu'exprime Javolénus, l. 35, D. *De judic.*, quand il dit qu'un *judicium* ne peut exister *in pendenti, de futuro*, qu'il ne peut être efficace et aboutir à une condamnation, *antequam aliquid debeatur*. Tout au plus pourrait-on admettre que, dans une action *bonæ fidei*, le juge, en vertu de la latitude de ses pouvoirs, serait autorisé à prononcer une condamnation, pour l'exécution de laquelle il accorderait au condamné le bénéfice du temps ou la chance de la condition, qui lui appartiennent d'après le contrat, ce qui ne nous paraît pas cependant exempt de difficultés. Au contraire, en matière d'action de droit strict, où le juge doit apprécier rigoureusement s'il est dû ou non au moment où l'action est intentée, nous ne voyons pas comment il pourrait se dispenser d'absoudre le débiteur poursuivi avant l'échéance du terme, ou tandis que la condition est encore en suspens.

criptio, à raison de la place qu'elle occupait (Gaï., IV, 132), et qui était ainsi conçue : *ea res agatur cujus rei dies fuit* (Gaï., IV, 131). Par là, il restreignait la portée de ce qui était déduit *in judicium*, de manière à n'y comprendre que ce qui était déjà échu. S'il omettait cette réserve, le demandeur, à raison de la nature de son droit, qui se ramenait à une *intentio incerta*, par l'énoncé général de cette *intentio* (*quiquid paret*), déduisait *in judicium* sa créance tout entière, même pour ce qui n'était pas encore échu, Gaï., *ibid.* Dès-lors, bien qu'il ne pût obtenir de condamnation que jusqu'à concurrence de ce qui lui était dû actuellement, il n'avait plus d'action désormais, soit qu'elle fît défaut *ipso jure*, soit qu'elle dût être repoussée par l'effet de l'exception *rei in jud. ded.*

Remarquons que la nécessité de cette *præscriptio pro actore* n'était point propre aux actions de droit strict ; les actions de bonne foi étaient soumises à la même règle. Gaius, effectivement, après avoir parlé d'un créancier qui aurait stipulé *aliquid annuum* (1), cite comme

---

(1) Dans le cas d'un *legatum annuum*, à la différence d'une *stipulatio annua*, le créancier pouvait agir à l'occasion d'une annuité non payée, en demandant simplement ce qui était échu, sans avoir à se préoccuper de réserver ses droits à venir. Cette distinction est indiquée dans la loi 16, § 1, D. *De verb. oblig.* Les Romains disaient que la stipulation d'une prestation annuelle était *una* et *incerta*. Ils n'admettaient pas qu'une interrogation unique pût donner naissance à une série indéfinie d'obligations à échéances diverses. Cependant, si le nombre des annuités était limité, l'opinion, qui prévalut après quelque difficulté, était que le créancier serait considéré comme ayant stipulé plusieurs sommes payables chacune à une époque différente, ainsi que l'atteste la loi 140, § 1, D. *De verb. oblig.* Dans l'espèce prévue par ce texte, il ne s'agissait que de trois termes. On n'alla pas plus loin ; et, quand la rente devait être servie, soit à perpétuité, soit pendant la vie du stipulant, on s'en tint à l'idée qu'il n'y avait là qu'une seule obliga-

2e exemple le cas d'une vente, à la suite de laquelle l'acheteur ne pourrait, à défaut de la même précaution, user plusieurs fois de l'action *emti*, s'il avait diverses prétentions à faire valoir successivement contre son vendeur. Ainsi, nous dit-il, l'acheteur, qui recourrait à l'action *ex emto*, afin d'obtenir la mancipation (1) du fonds qui lui a été vendu, devrait avoir soin d'indiquer par une *præscriptio*, en ces termes : *ea res agatur de fundo mancipando*, qu'il n'entend se servir de l'action du contrat qu'au point de vue de la mancipation. Sinon, il ne pourrait plus tard renouveler l'action *emti*, pour réclamer la *vacua possessio* (2) de la chose vendue, dont le

---

tion, qualifiée *incerta*. — En matière de legs, au contraire, l'interprétation plus libre, dont on usait quant aux dispositions testamentaires, fit admettre un système beaucoup plus rationnel. Le legs se décomposait en une série de legs divers, le premier pur et simple, les autres conditionnels, subordonnés pour leur nombre à celui des années pendant lesquelles le légataire survivrait, l. 4, D. *De legat. ann.* Il suffisait même, pour qu'un nouveau legs se répétât, que le légataire existât encore après un nouvel anniversaire du décès du testateur, *ingressu anni*, l. 8, *eod. tit.*

(1) On peut induire de ce passage de Gaïus, confirmé d'ailleurs par un texte de Paul, Sent., liv. II, tit. XVII, § 3, que si le vendeur en droit romain n'était pas tenu de transférer la propriété, il ne pouvait du moins prétendre se la réserver, quand elle lui appartenait. Il devait se dessaisir de tous ses droits au profit de l'acheteur; il n'y aurait pas eu vente, comme le dit la loi 80, § 3, D. *De cont. emt.*, si l'affaire eût été conclue de façon à ne pas autoriser à se faire céder la propriété.

(2) Le vendeur a pu, pour éviter une condamnation, satisfaire l'acheteur, en consentant à une mancipation, qui aura seulement opéré transmission de la propriété, sans investir l'acheteur de la possession. La mancipation d'un immeuble pouvait même se faire, sans qu'il fût nécessaire de se transporter sur les lieux, Gaï., I. 121, Ulp. Reg., tit. XIX, § 6. — Gaïus faisait allusion à une hypothèse, où le vendeur s'était réservé un certain temps de jouissance. Une application plus fréquente de la *præscriptio pro actore* en matière de vente était relative

vendeur se serait réservé la jouissance pendant un certain temps. Le motif de cette déchéance, développé par Gaius, est le même qu'à l'égard de la *condictio incerti*. L'action *emti*, comme toutes les actions *bonæ fidei*, avait une *intentio incerta* (*quidquid ob eam rem ex bona fide dare facere oportet*). Au moyen de cette *intentio*, énoncée sans aucune restriction, l'obligation entière découlant la vente se serait trouvée *deducta in judicium*. Elle aurait été transformée en une obligation nouvelle basée sur le quasi-contrat judiciaire ; et cette dernière obligation ne pouvait aboutir à faire obtenir autre chose que ce qui était exigible au moment de la litiscontestation.

Par suite de cette idée qu'une seule action était accordée, même pour des créances multiples, se rattachant à un seul rapport obligatoire (contrat ou quasi-contrat), le demandeur, qui, au moment où il agissait, aurait eu, *ex eadem causâ*, plusieurs chefs de prétention à faire valoir, devait avoir soin de ne rien oublier pendant le cours des débats, et d'édifier le juge sur tous les éléments qui pouvaient contribuer à former la condamnation unique à obtenir. Il fallait donc se garder de pécher par omission. Dès que le juge avait ramené le *quidquid ob eam rem oportet* de l'*intentio* à un chiffre précis fixé dans la condamnation prononcée, il avait épuisé ses pouvoirs ; *semel officio functus est*. Une condamnation supplémentaire n'était pas possible de sa part ; et il fal-

---

au danger possible d'une éviction, que devait prévoir l'acheteur obligé d'user de l'action *emti* pour se faire mettre en possession. On pouvait, du reste, demander au juge de l'action *emti* qu'il fît prendre un engagement au vendeur en vue de l'éventualité d'une éviction. Voyez, par analogie, la loi 38, pr., D. *Pro. soc.*

lait renoncer à la solliciter d'un nouveau juge, puisque le droit d'agir avait été consommé.

Les vices de procédure que nous venons de signaler, en faisant perdre au créancier le droit d'action, lui laissaient incontestablement la qualité de créancier naturel. S'il était muni de quelque *pignus*, la ressource de l'action hypothécaire ne lui aurait pas fait défaut, puisqu'il n'y avait pas eu satisfaction complète, et que l'hypothèque, à raison de son indivisibilité, ne s'éteint pas tant qu'une partie de la dette subsiste. Le débiteur, libéré de la menace d'une condamnation, pour des termes futurs non garantis par une *præscriptio*, ou pour des chefs omis dans l'instance close par une *sententia*, vient-il à payer à raison de l'une ou l'autre de ces causes, la répétition sera certainement interdite; et à côté du refus de la *condictio indebiti*, il faut placer le cortége ordinaire des obligations, qui, une fois exécutées, n'autorisent pas le droit de répéter : (validité d'une hypothèque, d'une fidéjussion, d'un constitut, d'une expromission). Nous serions tentés également, bien que des arguments de textes manquent ici, à notre connaissance, d'admettre la compensation en faveur de ce créancier imprudent. Ne peut-on pas dire, en effet, qu'il y a dol de la part du débiteur à retenir ce qu'il devrait payer, s'il était consciencieux; et ce dol ne peut-il pas être invoqué, du moins à titre d'exception ?

Quant à la ressource d'une action, elle ne serait possible qu'au moyen d'une *restitutio in integrum*, voie extraordinaire, qui sera ouverte sans difficulté dans le cas où le créancier lésé serait un mineur de 25 ans. Des lois positives prévoient un préjudice de cette nature, éprouvé par un adulte, qui n'a pas tiré de l'exercice de l'action *tutelæ*

tout le profit qu'elle aurait dû lui procurer. Il est curieux toutefois de rapprocher sous ce rapport deux fragments, qui nous présentent, à l'occasion de la même hypothèse, une procédure différente, ce qui donne lieu à la question de savoir pourquoi la même marche n'était pas suivie constamment. Nous voulons parler des lois 25 (LXII), et 46, § 5 (LXIII) *De adm. et peric. tut.*

Dans le premier de ces textes, il s'agit d'un adulte, qui, ayant, avec l'assistance de ses curateurs, poursuivi ses tuteurs pour la reddition du compte de tutelle, n'a obtenu qu'une condamnation insuffisante (*minoris actum fuerit*). Les curateurs sont responsables de la faute qu'ils ont commise, et, en conséquence, l'adulte les fait condamner (1) à l'indemniser du préjudice qu'il a subi. S'ensuit-il que les tuteurs ne peuvent être inquiétés, ou n'y a-t-il pas lieu néanmoins à une restitution à leur encontre. Telle est la question que se pose Ulpien, et qu'il résout en invoquant l'autorité de Papinien, qui s'était prononcé dans ses *réponses* en faveur de la restitution. Cette décision de Papinien se trouve rapportée dans un autre passage des Pandectes, dans la loi 20, § 1, D. *De tut. et rat.* (2). Bien que les intérêts de l'adulte soient garantis

---

(1) Le droit romain ne connaissait pas une action propre à la curatelle. C'était au moyen de l'action *negotiorum gestorum*, dite *utilis*, c'est-à-dire étendue en dehors de son application directe, qu'étaient réglées les obligations respectives qui s'établissaient entre le curateur et celui dont il avait administré la fortune. Voyez l. 4, § 3, D. *De tut. et rat.*, l. 17, C. *De neg. gest.*, l. 7, C. *Arbit. tut.*

(2) *Non idcirco actio, quæ post viginti quinque annos ætatis intra restitutionis tempus adversus tutorem minore pecunia tutelæ judicio condemnatum redditur, inutilis erit, quod adolescenti curatores ob eam culpam condemnati sunt. Itaque si non judicium a curatoribus factum est, per doli exceptionem curatores consequi poterunt eam actionem præstari sibi.*

par la condamnation qu'il a obtenue contre ses curateurs, cependant l'action de tutelle, qui peut de nouveau être intentée contre les tuteurs, grâce à une restitution sollicitée en temps utile, ne devait pas être écartée, suivant Papinien. Elle profitera effectivement aux curateurs, qui parviendront ainsi à faire retomber sur les véritables débiteurs la charge du reliquat dû à l'ex-pupille, à raison de l'administration de ses biens pendant qu'il était en tutelle.

Quant au moyen dont les curateurs doivent user, pour contraindre l'adulte à leur céder l'action qu'il peut recouvrer en se faisant restituer, et par laquelle ils se dédommageront de la condamnation qu'ils ont encourue, Papinien indique seulement la voie de l'exception de dol, qui sera, dit-il, à la disposition des curateurs, en supposant qu'ils n'aient pas encore exécuté la sentence prononcée contre eux. Ulpien, dans notre texte, mentionne également l'exception de dol, pour le cas où les curateurs n'auraient pas satisfait à la condamnation ; mais il ajoute qu'ils arriveront à ce résultat par une *provocatio* (*provocantes*). Si l'on prend cette expression dans le sens ordinaire, comme signifiant la voie de l'appel, il est difficile de lier ensemble les deux idées. L'appel, en effet, se portait devant le magistrat, qui décidait par lui-même ; et, comme il n'y avait pas alors de formules, la ressource d'une exception proprement dite ne se comprend pas. Aussi Favre (1) a-t-il pensé qu'Ulpien faisait allusion à deux voies différentes ouvertes aux curateurs, et qu'il faudrait lire : *Provocantes* AUT *per exceptionem*. Quelque ingénieuse que soit cette supposition, nous préférons

(1) *Conject.*, liv. XI, ch. X.

l'interprétation de Cujas (1), qui donne au mot *provocare* un sens plus large que celui d'interjeter appel, et qui l'entend de tout exercice de ses droits de la part d'un plaideur, alors même qu'il ne prendrait pas l'initiative, et qu'il se bornerait à se défendre.—Remarquons que le texte invoqué par Ulpien, qui évidemment adopte l'opinion de Papinien, ne parle que de l'exception de dol. Cette exception sera employée par les curateurs, quand l'adulte, voulant faire exécuter la sentence, sollicitera l'action *judicati*. Leur prétention n'est pas de remettre en question ce qui a été jugé ; ils entendent bien laisser au mineur le bénéfice de la condamnation qu'il a obtenue. Ils lui demandent seulement de ne pas conserver des actions qui lui appartiennent, qui seraient inutiles dans ses mains, tandis qu'elles seront fort avantageuses aux curateurs. Il y aurait fraude de la part de l'adulte à ne pas accéder à cette demande, de sorte qu'un refus de sa part paralyserait l'exercice de l'action *judicati*. Modestin, dans la loi 41, § 1, D. *De fidej*, accorde la même ressource à celui des *mandatores* qui a été condamné *in solidum*. Telle était sans doute la pensée de Papinien et d'Ulpien ; et on conçoit que, pour être à même d'user de cet expédient, les curateurs doivent n'avoir pas encore exécuté la condamnation.

Toutefois Ulpien ne se borne pas à reproduire la décision de Papinien ; il s'occupe, en outre, du cas où les curateurs auraient payé le montant de la condamnation. Désormais ces curateurs seraient à la discrétion du mineur. Celui-ci, une fois désintéressé, ne pourrait sans doute réclamer pour son propre compte une action à

(1) T. IV, c. 904.

exercer contre ses tuteurs ; il songerait ainsi à réaliser un gain plutôt qu'à éviter une perte, puisqu'il voudrait se faire payer deux fois la même chose. Cependant les tuteurs sont toujours sous le coup d'une restitution, que l'adulte a le droit de solliciter, si bon lui semble, pour en transmettre le profit aux curateurs. — Quelque positif que soit le texte d'Ulpien, doit-on admettre d'une manière absolue que le sort des curateurs dépende de la bonne ou mauvaise volonté de l'adulte, qui pourra à son gré laisser les tuteurs s'enrichir indûment au détriment des curateurs? N'y a-t-il aucun moyen d'empêcher un résultat si peu équitable?

Papinien, dans un autre texte, dans la loi 95, § 10, D, *De solut.*, prévoit une hypothèse fort analogue. Il s'agit d'un tuteur condamné pour n'avoir pas recouvré une créance du pupille, de même que, dans notre espèce, les curateurs sont responsables d'un acte de mauvaise administration, qui consiste à ne pas avoir exigé des tuteurs tout ce que devaient ces derniers. Papinien admet que le tuteur, bien qu'il ait payé après condamnation, aura la ressource de l'action *contraria tutelæ*, afin de se faire céder par le pupille l'action qui subsiste toujours contre le débiteur ; et il présente cette doctrine comme étant généralement reçue (*etiam dici solet*). Cujas (1) enseigne que l'action *neg. gest. contraria utilis* doit procurer aux curateurs le même avantage ; et nous sommes fort disposé à partager son avis. Il y a, sans doute, entre les deux hypothèses cette nuance, que, dans la loi 95, § 10, il s'agit de la cession d'une action qui existe encore *ipso jure*, tandis que, dans la loi 25, l'action

(1) *Loc. cit.*

est éteinte en droit civil, et nécessite pour revivre une *restitutio in integrum*. Le mineur est intéressé à réclamer la restitution, tant qu'il n'est pas payé, parce qu'il a à craindre que les curateurs ne lui opposent l'exception de dol sur l'action *judicati*. Après le paiement, au contraire, la restitution aurait lieu, peut-on dire, uniquement en faveur des curateurs ; cependant on ne tient pas compte de ce défaut d'intérêt pécuniaire chez le mineur, puisqu'on lui acccorde, s'il le désire, une restitution dont il ne doit pas profiter lui-même. Rien de plus raisonnable, à notre sens, que de ne pas subordonner à son caprice le droit à la restitution, et de l'obliger par la voie de l'action *neg. gest.* à ce que la bonne foi exige de sa part dans ses rapports avec les curateurs.

Nous venons de voir que le préalable d'une restitution était nécessaire pour faire revivre l'action *tutelæ*, dans le cas où elle n'aurait amené qu'une condamnation insuffisante. Cependant le jurisconsulte Paul, dans la loi 46, § 5, D. *De adm. et peric.* (LXIII), à l'occasion de faits identiques, autorise l'exercice à nouveau de la même action, sauf à paralyser au moyen d'une réplique de dol l'exception *rei judicatæ* qui serait invoquée par le tuteur. Ici encore l'ex-pupille n'avait pu obtenir tout ce qu'il pouvait exiger. Le tuteur avait produit son livre de comptes, sur lequel étaient omis certains débiteurs ; et c'était sur la foi de ce livre incomplet que le juge avait réglé la condamnation. Plus tard, l'ex-pupille découvre l'existence de ces créances; et quand il veut se faire payer, les débiteurs exhibent des quittances émanant du tuteur. Paul est consulté sur le point de savoir si c'est contre le tuteur ou contre les débiteurs que l'ex-

pupille devra agir. Il répond que les débiteurs sont libérés en droit civil (*ipso jure*) (1), s'ils ont payé entre les mains du tuteur, pendant que celui-ci était en fonctions. C'est au tuteur que devra s'adresser l'adulte, en intentant une seconde fois l'action *tutelæ;* il n'aura pas à craindre l'exception *rei judicatæ*, qu'il repoussera par une réplique de dol.

Une décision analogue se rencontre dans la loi 2, C. *De judic.* (2); la même procédure s'y trouve indiquée. Après avoir exercé l'action *tutelæ*, le pupille s'aperçoit qu'une omission a eu lieu lors de la liquidation des comptes : il s'agit d'un chef de créance qui n'a pas été soumis au premier juge. Les empereurs Sévère et Antonin accordent au mineur lésé le droit de recourir itérativement pour ce chef au *judicium tutelæ*, en écartant encore par une réplique de dol l'exception *rei judicatæ.*

Ce dernier texte, par la manière dont il s'exprime, nous donne la clef de la diversité de procédure qu'offre la comparaison des lois 25 et 46, § 5. On lit dans cette constitution : *Ipso jure actio tutelæ sublata non est.* Or,

---

(1) Ces mots : *ipso jure* font allusion à la ressource de la *restitutio in integrum*, par suite de laquelle le pupille, qui participait aux prérogatives de la minorité de vingt-cinq ans, pouvait, d'après le droit prétorien, ressaisir sa créance contre un débiteur qui aurait payé entre les mains du tuteur, pour le cas où l'insolvabilité de celui-ci aurait rendu ce payement préjudiciable au pupille. On sait que Justinien a ménagé sous ce rapport, aux débiteurs des pupilles ou des adultes, un moyen de se mettre à l'abri de la restitution, et d'obtenir en payant *plenissimam securitatem*. Voyez *Instit.*, liv. II, tit. VIII, § 2.

(2) *Licet judice accepto, cum tutore tuo egisti, ipso tamen jure actio tutelæ sublata non est; et ideo si rursus eumdem judicem petieris, contra utilem exceptionem rei judicatæ, si de specie, de qua agis, in judicio priore tractatum non esse allegas, non inutiliter replicatione doli mali uteris.*

pour qu'il en fût ainsi, du moins entre citoyens romains, à la suite de l'exercice de l'action *tutelæ*, qui était à la fois *in jus* et *in personam*, il faut supposer que le *judicium* avait été organisé à plus d'un mille de Rome, ou que plusieurs juges avaient été nommés, dernière circonstance qui ne paraît pas avoir été usitée dans l'action de tutelle. En un mot, pour une cause ou pour l'autre, l'ensemble des conditions, dont la réunion était exigée pour constituer un *jud. leg.*, faisait défaut dans l'espèce, de sorte que la première instance n'avait été qu'un *jud. imp. cont.* Dans ce cas, Gaïus nous apprend (IV, 106) que, nonobstant la litiscontestation, le droit subsistait *ipso jure*, de manière à autoriser une nouvelle action : *Postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest.* C'est assurément en vue d'une hypothèse de cette nature qu'a été émise la loi 2, C. *De judic.* S'il est vrai, en effet, que l'exception *rei judicatæ* n'était pas sous-entendue dans les actions de bonne foi, comme le prouverait cette constitution, il ne s'ensuit pas qu'elle fût toujours nécessaire pour échapper à une action de bonne foi dirigée contre un défendeur, qui aurait déjà subi une première fois cette action. Si le procès primitif s'était produit dans des circonstances telles que le *judicium* eût été *legitimum*, l'ancienne créance ayant été éteinte *ipso jure*, l'*intentio* du demandeur devait être déclarée mal fondée, sans que le juge eût besoin d'être autorisé, au moyen d'une addition à la formule, à tenir compte du premier *judicium*.

Le contraste entre les effets de la litiscontestation, suivant que le *jud.* était *leg.*, ou *imp. cont.*, est, par conséquent, ce qui explique la différence que présente la réponse de Paul, rapprochée de la décision de Papinien

et d'Ulpien. Dans l'espèce soumise au premier de ces jurisconsultes, il s'agissait d'un *jud. imp. cont.*, tandis que les autres jurisconsultes faisaient allusion à un cas où le droit s'était trouvé éteint *ipso jure*, parce que le précédent *judicium* était *legitimum* (1).

Doit-on maintenant généraliser ce qui est admis par Paul, en faveur d'un mineur de 25 ans, dans la loi 46, § 5, où il accorde le droit de recommencer l'action, sans qu'il y ait restitution proprement dite? Doit-on décider, même à l'égard d'un majeur, que, si l'action *incerta*, par laquelle il n'a pas obtenu du premier coup tout ce qui lui était dû, constituait un *jud. imp. cont.*, il était recevable à agir de nouveau, et autorisé à écarter par une réplique de dol l'exception *rei judicatæ?* L'affirmative sur ce point est soutenue par M. Huschke (2). Nous ne pouvons adopter cette doctrine, bien qu'elle ait l'avantage de réduire considérablement les cas où la consommation du droit par la litiscontestation aurait privé de la faculté d'agir derechef celui qui n'avait pas tiré de son action tout le profit qu'elle eût pu lui fournir. Si cette doctrine était vraie, il y aurait eu une inégalité flagrante de condition, entre les citoyens romains et ceux qui ne l'étaient pas, au préjudice des premiers, et, parmi les Romains eux-mêmes, entre ceux qui avaient le malheur de plaider à Rome ou dans le voisinage, et ceux qui auraient plaidé, au contraire, à quelque distance de la capitale. La circonstance que plusieurs juges

(1) Voyez en ce sens Keller, § 61, p. 334.
(2) *Gaïus, Beiträge zur kritik*, etc., IV, 121, p. 184.

auraient été nommés, au lieu d'un seul, aurait aussi, sans qu'il y eût un motif raisonnable de différence, modifié la position de ceux qui s'engageaient dans un procès.

Toutes ces distinctions auraient été évidemment fort arbitraires, ce qui est un premier motif pour les repousser. D'ailleurs, si elles avaient existé, elles auraient laissé quelque trace dans les écrits des jurisconsultes; et M. Huschke n'a pu en relever aucune. Gaïus nous parle toujours de l'exception *rei judic.* ou *rei in jud. ded.* comme produisant le même résultat que celui qui, pour les *jud. leg.*, avait lieu *ipso jure*, sans laisser soupçonner que l'efficacité de l'exception fût susceptible d'être paralysée d'une manière aussi générale par une réplique de dol.

Sans doute on peut trouver rigoureux un système de procédure hérissé d'autant de causes de déchéance que l'était celui des Romains. Mais l'esprit de leur jurisprudence était de se montrer sévère à l'égard des irrégularités commises par les plaideurs. Si le demandeur n'avait pas poursuivi avec activité, et qu'il eût laissé périmer l'instance, s'il avait péché par plus-pétition d'une façon quelconque, il ne pouvait que difficilement obtenir une restitution, ce que Gaïus (IV, 53) nous dit positivement pour ce dernier cas. Or, la position du plaideur, dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, offrait assez d'analogie avec la position de celui qui aurait consommé son droit, en oubliant de réclamer tout ce qu'il pouvait exiger dès à présent, ou de garantir l'avenir par une *præscriptio*. Il y aurait eu autant de raison pour relever les uns que les autres des fautes dans lesquelles ils étaient tombés. Les textes que nous avons

expliqués n'ont trait qu'à des mineurs de 25 ans, qui étaient, on le sait, protégés contre tout préjudice par eux encouru. La mesure, qui consiste à paralyser l'exception *rei judic.* par une réplique de dol, n'était autre chose qu'une restitution sous une forme particulière. De même que la restitution proprement dite, quand il fallait y recourir, devait être sollicitée *intra tempus* (l. 20, § 1, D. *De tut. et rat.*), de même la réplique de dol, quand il y échéait, n'était probablement accordée que durant le délai ordinaire. La nécessité, en effet, d'observer ce délai était appliquée au cas où la restitution s'opérait par la concession d'une exception, tout aussi bien que si c'était une action qui fût réclamée, voy. l. 9, § 2, D. *De jurej.* Il n'en devait pas être autrement, quand la restitution s'effectuait par la voie d'une réplique.

Nous trouvons, du reste, à une époque où déjà le système formulaire était à son déclin, une application de cette déchéance radicale encourue par celui qui n'avait pas obtenu une condamnation s'élevant à la totalité de ce dont il était créancier. Une constitution de l'empereur Gordien, la loi 4, C. *Depos.* (LXIV), à l'occasion du dépôt d'une somme d'argent, que le dépositaire avait employée à son profit, reconnaît que le déposant est fondé dans ce cas à exiger des intérêts. Mais si ce déposant a omis de faire statuer à cet égard par le juge de l'action *depositi*, et qu'une condamnation ait été prononcée pour le capital seulement, désormais il ne pourra prétendre à actionner de nouveau son débiteur quant aux intérêts. Dans l'hypothèse résolue par l'empereur, il s'agissait cependant d'un *jud. imp. cont.*, par l'effet duquel le droit n'avait pas été éteint *ipso jure*. La consti-

tution, en effet, nous dit que, au cas où l'action serait intentée une seconde fois, elle serait repoussée au moyen de l'exception *rei judicatæ* (1).

Le même texte fait observer que, à la suite d'un dépôt, il n'y a pas au profit du déposant deux actions distinctes, l'une quant au capital, l'autre quant aux intérêts. Il en était autrement, en matière de stipulation, où le créancier, qui s'était fait promettre un capital et des intérêts, était pourvu de deux actions, comme l'indique la loi 75, § 9, D. *De verb. oblig.*, savoir une *condictio certi* pour le capital, et une *condictio incerti* pour

---

(1) L'exception *rei judicatæ*, qu'on rencontre si souvent dans les textes des jurisconsultes, pouvait être invoquée par celui qui avait subi un premier procès dans lequel il avait été absous, bien que l'absolution ne tînt pas à un défaut de justification du droit du demandeur. C'est ce que les Allemands ont l'habitude d'appeler la fonction *négative* de l'exception *rei judic.*, consistant à faire obstacle à la réitération de la même question, par cela seul qu'elle a été déjà l'objet d'une précédente instance. Il pouvait arriver que, sous ce rapport, l'exception de chose jugée eût précisément pour effet de contrarier l'autorité de ce qui avait été décidé par le premier juge. Alors, de son côté, le demandeur avait le droit de se prévaloir, sous forme de réplique, de la *res judicata*. Ainsi, dans la revendication, dans l'action hypothécaire, dans l'action *ad exhibendum*, qui toutes supposaient comme condition de la condamnation la possession chez le demandeur, il suffisait, malgré la vérification de l'*intentio*, que le défendeur établît, qu'il avait perdu la possession sans dol ni faute, pour que l'instance dût aboutir à une absolution. Si plus tard le même individu se retrouvait en possession, et que, l'action étant de nouveau intentée contre lui, il voulût s'appuyer sur l'exception *rei judic.*, l'adversaire était, à son tour, fondé à répliquer *de re secundum se judicata*. C'est par ce double jeu de la *res judicata*, invoquée dans sa fonction négative par le défendeur, et dans sa fonction positive par le demandeur, que doit s'expliquer la loi 16, § 5, D. *De pignor.* L'espèce d'énigme que présente ce texte est facile à comprendre, si on le rapproche des lois 9, § 1, 16, 17, 18, D. *De except. rei judic.*, et de la loi 8, pr. D. *Ratam rem*.

les intérêts. Dans les contrats de bonne foi, les intérêts devaient être demandés par la même action que la dette principale (voir l. 13, C. *De usur.*); et il fallait avoir soin de les faire comprendre dans la condamnation sollicitée au principal, sous peine de ne pouvoir les obtenir ensuite. Aussi, bien que les intérêts d'un prix de vente fussent dus par cela seul qu'il y avait eu *mora,* si l'acheteur avait une fois soldé son prix, l'action *emti* n'étant plus possible quant à ce prix, il n'y avait pas moyen de se faire payer les intérêts, attendu qu'il n'y avait pas d'action spéciale à ce sujet. Ils ne pouvaient être alloués que *ex officio judicis*, suivant la loi 49, § 1, D. *De act. emt.*, comme accessoires de la créance du prix, laquelle se trouvait éteinte par le payement.

On pourrait objecter que cette manière d'envisager la dette des intérêts, à propos d'un contrat de bonne foi, laisse sans force l'argument que nous empruntons à la décision contenue dans la loi 4, C. *Depos.* Si l'action est refusée, dira-t-on, au déposant pour les intérêts, c'est qu'il s'agit d'une créance qui ne peut se produire toute seule, mais uniquement en s'étayant sur l'action relative à la dette principale. Nous répondrons que, à la suite d'un payement, l'action *emti* est éteinte *ipso jure,* et qu'alors toute base manque pour renouveler l'instance. Quand il n'y a eu, au contraire, qu'une litiscontestation, dans les conditions d'un *jud. imp. cont.*, l'obligation subsiste encore *ipso jure*. Sans doute, l'exception *rei judicatæ* servira incontestablement à repousser l'action, en tant que la prétention du demandeur serait d'obtenir ce qui lui a déjà été accordé ; mais s'il était vrai que cette exception reste impuissante, toutes les fois qu'elle serait employée déloyalement, ne devrait-on

pas dire que, pour la demande des intérêts, cette exception serait annihilée par l'effet d'une réplique de dol? Y aurait-t-il difficulté, par exemple, à procéder ainsi, si c'était un mineur de 25 ans qui eût négligé de faire porter dans la condamnation les intérêts attribués à sa créance (1)?

Poursuivons l'examen du sort que subit le droit du créancier après sa *deductio in judicium*. Nous supposerons que ce droit a bien été soumis au juge avec toute la portée qui lui appartenait. Une fois que l'obligation prétendue par le créancier a été appréciée par le juge, si le résultat de cette épreuve est défavorable au demandeur, si l'instance se termine par une absolution, cette décision anéantit-elle complétement le droit de celui qui a succombé? Faut-il encore, sous prétexte que cette décision serait contraire à la vérité, qu'elle consti-

(1) Il est assez embarrassant de concilier avec les règles du système formulaire qui, sauf la réserve d'une *præscriptio*, n'accordait qu'une seule action pour les divers chefs de créances se rattachant à une même cause d'obligation, la décision énoncée par Ulpien dans la loi 23, D. *De except. rei jud.* D'après ce texte, le créancier, en vertu d'un contrat de bonne foi, pourrait agir à raison de certains intérêts échus, sans compromettre ses droits à venir pour des intérêts ultérieurs. Un vendeur, par exemple, a donné terme à son acheteur; bientôt après, les intérêts étant à Rome exigibles mensuellement, ce vendeur est fondé à poursuivre pour des intérêts non acquittés. C'est l'action *emti* qui devra être intentée; et, dès lors, si le demandeur réclame *quidquid ex empto dare facere oportet*, sans aucune restriction, comment pourra-t-il agir de nouveau, soit pour les intérêts futurs, soit pour le capital? Suivant la loi 23, il n'y aurait pas plus à craindre, en pareil cas, l'exception *rei judic.*, que si, après une demande d'intérêts, à l'occasion d'un contrat de droit strict, le capital était ensuite exigé. Cette comparaison n'est pas en harmonie avec ce que nous avons établi tout à l'heure, savoir

tuerait un mal jugé, admettre que, à raison de l'erreur dont a été victime celui qui aurait été injustement renvoyé de sa demande, il existe toujours à son profit une obligation, au moins naturelle ?

Mettons d'abord de côté le cas où l'absolution prononcée mal à propos serait le résultat d'un dol commis par le défendeur. On conçoit que le débiteur ne doit pas pouvoir tirer parti de la ruse, grâce à laquelle il a surpris une décision inique. Mais, quant au moyen mis à la disposition du créancier, afin d'obtenir réparation du préjudice qu'il éprouve, deux fragments du titre *De dolo malo* aux Pandectes, qui appartiennent l'un et l'autre au même jurisconsulte, et qui sont extraits de la même source, du livre XI des commentaires de Paul sur l'Edit, nous présentent à ce sujet deux voies différentes.

D'une part, la loi 20, § 1 (LXV) nous dit que, si un

---

que dans une stipulation les intérêts donnaient lieu à une action distincte de celle relative au capital, tandis que pour les contrats de bonne foi on disait : *non duæ sunt actiones, sed una.* La conjecture proposée par Keller, § 61, p. 528, nous paraît assez vraisemblable. Ulpien avait voulu sans doute exprimer un contraste entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi ; mais son texte aura été remanié par les compilateurs des Pandectes, du temps desquels les rigueurs tenant à la rédaction des formules n'avaient plus de raison pour subsister. — Une autre trace de la nécessité d'une réserve explicite, sous le système formulaire, pour ne pas engager tous ses droits dans une première action, se trouve encore dans la loi 48, § 7. *De ædil. edict.* Il y est dit que celui qui agit en résolution de la vente d'un esclave pour tel vice rédhibitoire, et qui, en cas d'échec, veut conserver la faculté d'agir pour un autre vice qui se découvrirait plus tard, doit énoncer cette réserve au moyen d'une *prædictio* : *prædicere ut, si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur.*

associé, poursuivi par l'héritier de celui avec lequel il avait été en société, a fait croire à son adversaire qu'il n'avait pas existé de société entre lui, défendeur, et l'auteur du demandeur, et que ce dernier, induit de la sorte en erreur, ait laissé absoudre son débiteur, il pourra recourir à l'action *de dolo*. Il est vrai que Paul, dans ce texte, se borne à rapporter l'opinion de Julien; mais, comme il s'abstient de la critiquer, on est autorisé à supposer qu'il l'approuve tacitement. — D'une autre part, nous trouvons dans la loi 25 (LXVI) une hypothèse fort analogue à la précédente. Ici, c'est un créancier qui a obtenu une action pour faire condamner quelqu'un à lui payer une certaine somme. Le défendeur parvient à persuader faussement à son adversaire qu'il s'est acquitté entre les mains de l'esclave ou du mandataire du demandeur. Par suite de cette croyance erronée, ce dernier consent à l'absolution de son débiteur. Plus tard, le mensonge étant découvert, il consulte Paul sur le point de savoir s'il lui est permis d'exercer l'action de dol. La réponse qui lui est faite est que cette action doit être écartée, attendu qu'une autre ressource lui est ouverte. Cette ressource consiste à intenter de nouveau l'ancienne action, sauf à repousser par une réplique de dol l'exception *rei judicatæ* qui serait invoquée par son adversaire.

Nous tenons pour extrêmement vraisemblable que l'explication de cette diversité de moyens doit être demandée aux effets différents que produisait la litiscontestation, selon que le *judicium* était *leg.* ou *imp. cont.* Rappelons-nous que la concession de l'action *de dolo* était évitée en droit romain, toutes les fois que la chose était possible, afin d'épargner au défendeur l'infamie

qu'eût entraînée une condamnation subie en pareil cas (l. 1, § 4, D. *De dol. mal.*); à tel point que, si la victime du dol pouvait se protéger par la voie d'une exception, elle était non recevable à réclamer la délivrance de l'action *de dolo* (*Dict. l.* 1, § 4). L'instance, dans laquelle le débiteur avait réussi par son dol à obtenir une absolution, constituait-elle un *jud. leg.*, la possibilité de renouveler la même action n'existait pas, puisque la créance avait été entièrement détruite, comme s'il y avait eu une novation conventionnelle. Si l'on suppose, au contraire, que le premier *judicium* était *imp. cont.*, la règle, d'après laquelle l'obligation continuait à subsister en droit civil, nonobstant la litiscontestation, permettait de laisser de côté la ressource extrême de l'action *de dolo*. Il suffisait de paralyser l'exception *rei judicatæ*, qui ordinairement prévenait alors le retour de la même action; en donnant au demandeur une réplique de dol, dont les conséquences, bien qu'il y eût condamnation, n'entraînaient pas infamie. Le défendeur, en effet, était condamné, non pas directement comme ayant commis un dol, mais comme étant encore débiteur en vertu de la créance qui servait de base à l'action.

La solution si simple que fournissent aujourd'hui les Commentaires de Gaïus, ne pouvait être donnée par les anciens auteurs, qui étaient loin de soupçonner qu'on n'attribuât pas toujours la même valeur à l'exercice du droit d'action. Les conciliations n'avaient cependant pas manqué, pour mettre d'accord les deux textes que nous avons rapprochés. Mais tous les efforts des commentateurs n'étaient pas parvenus à rendre compte de la différence qui éclate entre les décisions contenues dans les lois 20, § 1, et 25.

Cujas s'est occupé plusieurs fois de cette difficulté, à propos de laquelle Accurse, dit-il, s'est beaucoup tourmenté, mais sans aucun succès; de sorte qu'il faut rejeter absolument tout ce que contient la Glose à ce sujet (1). Toutefois Cujas ne s'arrête pas à un système bien fixe; il propose deux explications, dont chacune peut être considérée comme servant de réfutation à l'autre. La discussion que l'on trouve dans les commentaires des Livres de Paul sur l'Edit (2), est remarquable en ce que l'auteur commence par toucher la vérité, quand il énonce d'abord cette idée qu'une obligation, en droit romain, n'était pas éteinte *ipso jure* par la sentence absolutoire du juge, mais que l'exception *rei judicatæ* était nécessaire, et qu'à son tour cette exception pouvait être écartée par une réplique de dol. Seulement, Cujas ne tire point parti de cet effet incomplet attribué à la *res judicata*, qui n'était exact d'ailleurs qu'en tenant compte des caractères qu'avait le *judicium*. Oubliant bientôt la règle qu'il avait posée, il s'attache à la distinction suivante, qu'il reproduit ailleurs, et qui a été adoptée par Pothier (3): Le débiteur a-t-il été absous comme ayant payé, ou comme n'ayant jamais été débiteur? L'absolution basée sur un payement prétendu, mais inexact en fait, n'entraînerait pas libération, tandis qu'il en serait autrement si l'absolution était fondée sur cette raison que la dette n'aurait jamais existé. — Qui

---

(1) Voyez t. V., c. 152, *Comment. in lib. XI Pauli ad Edictum*, sub l. 20, D. *De dol. mal.*: *Accursius, qui in eo laborat mirum in modum et torquet se, nec quidquam facit, adeo ut obliteranda sit tota glossa.*

(2) *Loc. sup. cit.*

(3) *Pandect. Justin. ad tit. De dol. mal.*, n° XVI, note *n*.

ne voit que l'autorité de la chose jugée est toujours la même, quels que soient les motifs qui ont amené le juge à répondre négativement, à décider qu'il n'y a pas dette, soit qu'il la tienne comme ayant été éteinte, soit qu'il la considère comme n'ayant jamais pris naissance !

Antoine Favre (1) a cherché à expliquer chacune des décisions de Paul, à l'aide d'une certaine différence dans les expressions employées par le jurisconsulte, différence qui prouverait que la conduite tenue par le demandeur n'a pas été identique dans les deux cas. Tantôt il s'était contenté d'adhérer passivement à l'absolution (*absolvi te passus sum*, l. 20, § 1); tantôt il aurait donné un consentement formel à l'absolution (*consentiente me absolveris*, l. 25). — Mais il importe peu que le demandeur se borne à ne pas contredire l'allégation du défendeur qui soutient qu'il ne doit rien, ou qu'il la reconnaisse d'une manière positive. Dans l'une et l'autre hypothèse, le *judicium* aboutit à une absolution, dont l'effet doit être le même.

Enfin Voët (2) a développé une conciliation proposée par Pacius (3), inspirée par la loi 7, § 9. D. *De dol. mal.* (4), dont l'idée première se trouve dans le Commentaire de Cujas sur le titre des Pandectes

---

(1) *Rational. ad l.* 20, D. *De dol. mal.*

(2) *Ad Pandect. in tit. De dol. mal.*, § 19.

(3) *Cent. II. Qu.* 80.

(4) *Si dolo malo procurator passus sit vincere adversarium meum, ut absolveretur : an de dolo mihi actio adversus eum qui vicit competat, potest quæri? et puto non competere, si paratus sit reus transferre judicium sub exceptione hac,* SI COLLUSUM EST. *Alioquin de dolo actio erit danda ; scilicet si cum procuratore agi non possit, quia non esset solvendo.*

De dolo malo (1). On voit dans ce texte que, si le *dominus* se plaint de ce que son procureur a laissé absoudre son adversaire en colludant avec celui-ci, et que l'action *mandati* soit illusoire contre le procureur qui serait insolvable, le débiteur absous peut échapper à l'action de dol, pourvu qu'il consente à laisser renouveler le procès contre lui, à condition que le demandeur ne réussira qu'en prouvant qu'il y a eu effectivement collusion. — Remarquons, à ce sujet, comment les circonstances relevées par Ulpien, auteur de ce fragment, font ressortir le caractère subsidiaire de l'action de dol. Elle est refusée au *dominus*, quand ses intérêts sont garantis par la responsabilité qui incombe au procureur, responsabilité qui sera efficace à raison de la solvabilité du procureur. Même au cas d'insolvabilité de ce dernier, l'action de dol sera encore écartée, si l'adversaire, par le consentement qu'il donne *in jure*, autorise à son égard une obligation subordonnée à la preuve de la collusion. Ce n'est qu'à défaut de cette double ressource qu'on se décide à délivrer l'action *de dolo*. —La doctrine d'Ulpien, dans la loi 7, § 9, est conforme à celle de Paul, dans la loi 20, § 1, sauf le tempérament résultant de l'arrangement qui peut être pris *in jure*, tempérament que Paul sans doute n'aurait pas repoussé. Quant à l'espèce de la loi 25, on ne peut pas dire que l'action de dol est laissée de côté, parce que le défendeur aurait adhéré à l'expédient indiqué par Ulpien. Pour réaliser, en effet, cette sorte de transaction, il n'y aurait pas lieu à compliquer la formule, en y ajoutant l'exception *rei judicatæ*, suivie d'une réplique de dol. Il suffit d'allonger

(1) T. I, c. 977.

l'*intentio*, en obligeant le demandeur à établir non seulement qu'il est créancier, mais en outre que l'absolution a été surprise par dol (1).

La distinction, à l'aide de laquelle nous croyons qu'il faut concilier les lois 20, § 1, et 25, D. *De dol. mal.*, doit peut-être servir aussi à expliquer la différence de procédure mentionnée dans la loi 19, C. *De transact.* (2). Ce texte, après avoir établi qu'une transaction conclue de bonne foi ne saurait être rescindée par ce motif que l'une des parties aurait retrouvé des titres qui lui manquaient au moment de la transaction, excepte le cas où ces titres, décisifs pour le gain du procès, auraient été

---

(1) Quand Ulpien, l. 7, § 9, dit que le *judicium* sera organisé de nouveau, *sub exceptione hac*, SI COLLUSUM EST, il ne faut pas voir là la mention d'une exception proprement dite, dans le sens qu'a ordinairement cette expression, comme moyen allégué par le défendeur. Ce qu'Ulpien appelle ici une exception est conçu en termes positifs, et non d'une manière négative, caractère habituel de l'exception véritable, invoquée par le défendeur. La charge de la preuve, pour cette addition à la formule, incombera au demandeur, et non au défendeur suivant l'usage : car ce qu'il faut démontrer, c'est qu'il y a eu une collusion. Le magistrat ne dira pas seulement : *si paret dare oportere;* il ajoutera : *et si collusum est.* Au fond, il y a ici, comme à l'occasion d'une exception proprement dite, une restriction mise à la condition dont dépend la condamnation. Celle-ci n'est pas subordonnée uniquement à la justification de l'existence de la dette, mais encore à celle d'une collusion pratiquée; de sorte que cette addition joue le même rôle qu'une exception ordinaire, à part l'intervertissement quant à la charge de la preuve.

(2) *Sub prætextu instrumenti post reperti, transactionem bona fide finitam rescindi jura non patiuntur. Sane si per se, vel per alium subtractis instrumentis, quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur; si quidem actio superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio removetur : si vero jam perempta est, intra constitutum tempus tantum actionem de dolo potes exercere.*

soustraits par le fait de l'autre partie. Si la transaction a été ainsi déloyalement extorquée, celui qui a été victime de la fraude, tantôt pourra, dit la loi 19, intenter l'action attachée à la créance sur laquelle il a transigé, en écartant l'exception de pacte par une réplique de dol; tantôt devra réclamer l'action de dol dans le délai ordinaire. La première marche sera suivie, *si quidem actio superest;* il faudra recourir à la seconde, *si jam actio perempta est*. Doneau (1), pour rendre compte de cette distinction, suppose que, dans un cas, les transigeants se seront bornés à régler leur accord par un simple pacte, dont l'effet est seulement d'engendrer une exception sans détruire l'action; que, dans l'autre cas, il y a eu extinction de la créance primitive au moyen d'une stipulation. Cette explication n'est pas inacceptable; elle s'appuie d'ailleurs sur la version des Basiliques et sur les scholies qui l'accompagnent. Toutefois le texte de la constitution semble indiquer que la transaction n'est intervenue qu'après l'action intentée (*decisionem litis extorsisse*). Or, s'il y avait eu effectivement une instance engagée, et non pas simplement règlement d'un débat non encore soumis au juge, nous retrouverions ici les effets différents de la litiscontestation, qui quelquefois anéantissait le droit *ipso jure* (cas où l'action de dol serait nécessaire); d'autres fois, au contraire, laissait subsister l'obligation, et ne fournissait qu'une exception contre une nouvelle action. Seulement, dans l'espèce, l'exception de pacte, mentionnée dans la loi, est à la disposition du défendeur, à côté de l'exception *rei in jud. ded.*; mais l'une ou l'autre échouerait par l'effet de la réplique de dol.

(1) *Comment. in Cod.* ad. tit. *De transact. sub* l. 19.

Nous abordons actuellement une question célèbre, qui a de tout temps divisé les auteurs (1). Le défendeur à une action personnelle a obtenu une absolution, sans recourir à des manœuvres frauduleuses. Mais le demandeur, dont la prétention a échoué, soutient qu'il y a eu erreur de la part du juge, que la *res judicata* est contraire à la vérité. Peut-il encore, sous ce prétexte, et à condition de démontrer qu'il y a eu mal-jugé, dire qu'il existe en sa faveur une obligation naturelle?

Il importe de bien préciser le véritable objet de ce débat. Qu'après une absolution prononcée là où il aurait dû y avoir condamnation, le débiteur, reconnaissant l'injustice de la sentence, renonce au bénéfice de la position légale qui lui appartient; que, pour obéir à sa conscience, il paye volontairement ce qu'il pourrait se dispenser de payer, il aura tenu une conduite honnête, il aura satisfait à une obligation morale, que l'on peut même qualifier obligation naturelle. Il est certain, en effet, que l'acte qu'il a accompli doit être appelé un payement, qu'il n'y a pas eu de sa part une libéralité, et que les règles particulières aux donations devront être écartées. — Mais est-il possible de donner à l'obligation qui survivrait à un mal-jugé une sanction indépendante de l'adhésion du débiteur, d'élever cette obligation au rang de celles que le droit romain appelle obligations naturelles, en ce sens que, à défaut de la ressource

---

(1) Cette division, qui remonte aux Glossateurs, subsiste encore aujourd'hui. On trouvera dans M. de Vangerow, *Lehrb. der Pand.*, t. I, § 173, p. 305, la liste des auteurs qui se sont occupés de ce point. La plupart des ouvrages indiqués par M. de Vangerow, pour la littérature moderne, n'étaient pas à notre disposition. Nous citerons, dans le cours de la discussion, en examinant les arguments produits de part et d'autre, les commentateurs que nous avons pu consulter.

d'une action, le créancier peut du moins, à la faveur de certaines circonstances, triompher de la mauvaise volonté du débiteur? Ainsi le payement aura été fait par erreur, de manière à autoriser la *condictio indebiti*, en supposant l'absence de toute dette. Ici le créancier n'a pas besoin d'agir; il lui suffit de se défendre, de retenir ce qu'il possède. Sera-t-il admis à prétendre qu'il y a dol chez celui qui veut répéter, à raison de ce que celui-ci aurait été à tort déclaré non débiteur? — On peut également prévoir le cas où le débiteur absous deviendrait plus tard créancier de celui qui n'a pas réussi à le faire condamner dans un précédent procès. La compensation, on le sait, depuis le rescrit de Marc-Aurèle, pouvait être invoquée *ex alia causa*, au moyen de l'exception de dol; et une obligation naturelle suffisait pour fonder cette exception. Devra-t-elle être accordée à celui qui établirait l'erreur judiciaire dont il a été victime; et le résultat acquis par l'absolution sera-t-il ainsi enlevé au débiteur malgré lui?

Le premier des deux points que nous venons d'indiquer est celui sur lequel s'est concentrée la controverse, parce que les Pandectes contiennent un texte qui se prête assez facilement à une interprétation, d'après laquelle la *condictio indebiti* serait refusée d'une manière générale à la suite d'une décision absolutoire obtenue par un débiteur réel. Mais, si cette doctrine était celle du droit romain, si, à l'occasion de l'exercice de la *condictio indebiti*, le demandeur qui a échoué pouvait remettre en question ce qui a été jugé contre lui, il n'y aurait pas de bonne raison pour ne pas accorder la même faveur à celui qui serait poursuivi à son tour par celui-là même qui, précédemment, comme défendeur, a échappé à une

action dirigée contre lui. La position serait effectivement la même. La ressource d'une action est dans les deux cas inutile, de sorte que, s'il est permis, en se défendant, de critiquer l'autorité de la chose jugée, il y a inconséquence à ne pas donner le même droit à deux individus qui, l'un et l'autre repoussent une attaque, qu'ils disent injuste, en offrant de le prouver. Cependant M. de Savigny distingue entre les effets ordinaires de l'obligation naturelle, quand il s'agit de celle qui survivrait à un mal-jugé; il autorise la rétention de ce qui a été payé, et refuse la faculté de compenser (1). Nous ne pouvons expliquer ce défaut d'harmonie que par l'extension exagérée, suivant nous, que donne cet auteur à la loi 60, pr. D. *De cond. indeb.*, tandis que, n'étant gêné par aucun texte, en ce qui concerne la compensation, il applique alors les véritables règles qui gouvernent la chose jugée, règles qu'il a si nettement exposées dans le VIe volume de son *Traité du droit romain* (2).

---

(1) *Das Obligationenrecht*, t. I, ch. 1, § 11, p. 94. M. de Savigny, qui avait déjà admis sommairement, pour le cas qui nous occupe, la *non repetitio soluti*, *Traité de droit romain*, t. V, § 249, note *c*, est revenu avec détail sur cette question dans l'excellent exposé que contient sur les obligations naturelles en droit romain l'ouvrage récemment publié par l'illustre auteur, sous le titre *Das Obligationenrecht*. V. ch. I, § 11, p. 81 et suiv.

(2) Non-seulement il y a absence de textes pour favoriser la prétention au droit de compeuser de la part de celui qui se plaindrait d'une absolution injuste; mais encore, d'une part, la loi 14 D. *De compens.* exclut en termes généraux la faculté de compenser en se basant sur une obligation qui pourrait être écartée par une exception; d'autre part, la loi 2, C. *De compens.* décide que celui qui devait *ex causa judicati* ne peut faire entrer en compensation ce qu'il a payé à ce titre, en soutenant, doit-on sous-entendre, que la condamnation constituait une erreur. Si le défendeur condamné ne peut compenser, le demandeur renvoyé de son action ne le peut davantage (*propter auctoritatem rei judicatæ*).

Pour justifier l'opinion à laquelle il a prêté l'appui de son talent, M. de Savigny reproduit un argument déjà invoqué par les partisans de son système (1). Cet argument consiste à dire que l'autorité concédée aux jugements est une institution purement positive, de droit civil uniquement, et tout à fait étrangère au *jus gentium*. La preuve de cette idée, que l'exception *rei judic.* n'était pas, aux yeux des Romains, conforme à l'équité, résulterait indubitablement, ajoute M. de Savigny, de la différence de rédaction que présente le titre XIII du livre IV des *Institutes*. Après avoir qualifié d'*iniqua* la prétention du demandeur, pour toutes les exceptions énumérées jusqu'au § 5, les rédacteurs des *Institutes* ne répètent pas cette expression, alors qu'il s'agit de l'exception de la chose jugée. Or, l'obligation naturelle étant celle qui est admise par le *jus gentium* (l. 84, D. *De reg. jur.*), elle doit exister toutes les fois qu'elle n'est contrariée que par une règle de pur droit civil.

Nous croyons que cette objection est facile à réfuter; et pour le faire, il suffit d'appliquer ici cette observation fort juste, que M. de Savigny lui-même indique plusieurs fois (1). Certaines lois positives peuvent avoir, dit-il, une nature tellement impérieuse que le droit civil entreprenne sur le *jus gentium*, pour l'annihiler. Il faut même dire, en pareil cas, comme Cicéron (2) l'a fait remarquer, avec un

---

(1) Voyez Favre, *Ration. ad Pandect.*, l. 60, D. *De cond. ind.*

(2) *Das Obl. R.*, t. I, p. 43 et 108.

(3) *De part. orat.*, ch. XXXVII, *Atque etiam hoc imprimis, ut nostros mores legesque tueamur, quodammodo naturali jure præscriptum est.* Ce passage est cité par M. de Savigny, *Traité de droit romain*, t. 1, § 22, précisément pour établir la doctrine sur laquelle nous nous appuyons.

sens profond, qu'alors le *jus gentium* s'efface, pour se plier au droit civil. Ainsi, bien que le *jus gentium* recommande généralement la foi aux conventions, cette règle ne va pas jusqu'à rendre obligatoires *jure gentium* les conventions que le législateur a cru devoir proscrire comme dangereuses. Quand la loi, par exemple, défend l'usure, le jeu, les transactions privées sur aliments, la promesse de rester dans l'indivision, il ne doit pas subsister une obligation naturelle au profit de celui qui a enfreint ces prohibitions (1). La nullité de la convention pourra alors être invoquée par un *peregrinus* tout aussi bien que par un Romain. — Le même caractère doit être reconnu au principe si important, qui consacre une présomption de vérité, pour l'attacher aux décisions judiciaires. Le respect dû à cette présomption, à l'abri de laquelle repose si souvent la fortune des citoyens, ne permet pas de donner carrière à une obligation naturelle, qui, pour produire ses effets, devrait se mettre en opposition avec ce principe tutélaire.

La législation romaine n'avait pas manqué de donner cette valeur irréfragable à l'autorité de la chose jugée. C'est à elle que nous avons emprunté les formules à l'aide desquelles on a l'habitude d'exprimer la portée de cette institution et les limites qui la circonscrivent. *Res judicata pro veritate accipitur*, l. 207, D. *De reg. jur.*; *Res inter alios judicatas aliis non præjudicare*, l. 63. pr. D. *De re judic.* Ce qui a été jugé doit être tenu pour vrai; il n'y a pas possibilité d'en démontrer la fausseté, de la part de celui qui a succombé. Cette fiction légale n'est

---

(1) Voyez plus haut, p. 77.

pas moins fondée, quelle qu'ait été l'issue de l'instance engagée, qu'il y ait eu absolution ou condamnation. Désormais, il est interdit au vaincu de remettre en question ce qui, quant à lui, a été souverainement décidé par le juge. *Post rem judicatam ..... nihil quæritur.....* dit la loi 56. D. *De re judic.*

C'est contre cet obstacle qu'échouent nécessairement les efforts de ceux qui essayent d'attribuer à une obligation, déclarée inexistante par un jugement, une force qu'elle ne peut avoir qu'à la condition de renverser la première sentence qui est intervenue. Doneau (1) a très-bien fait ressortir qu'il y a là un écueil insurmontable; et le judicieux M. de Vangerow (2) insiste avec raison sur ce point fondamental. Comment serait-il possible de concilier avec l'autorité de la chose jugée la faculté de compenser, que certains auteurs reconnaissent au profit du demandeur, qui dit avoir été injustement renvoyé de sa demande? Si on lui accorde une réplique de dol, pour écarter l'exception *rei judic*, il ne pourra évidemment triompher qu'en établissant l'erreur commise par le premier juge. La même difficulté se présente, quand on veut refuser la *condictio indebiti* à la suite d'un payement. On doit supposer, en effet, que les circonstances nécessaires pour fonder la *condictio indebiti* se trouvent réunies. C'est par une erreur de fait que le payement a eu lieu; c'est l'héritier du débiteur qui a payé, dans l'ignorance du jugement absolutoire obtenu par son auteur. Quand il invoquera la décision judiciaire, pour démontrer que son auteur ne devait pas, sa prétention doit être

(1) *Comment. De jur. civ.*, liv. XIV, ch. XII.
(2) *Lehrb. der Pandect.*, t. I, § 173.

acceptée comme exacte ; et ici encore le succès de l'exception de dol n'est possible qu'à la condition de sacrifier la présomption de vérité qui appartient à la *res judicata*.

Cujas, qui est au nombre des adversaires de la *condictio indebiti* dans notre hypothèse, a senti la force de cette objection, et il cherche à l'écarter, en disant que le juge de cette action aura à examiner si de la part du débiteur absous il y a un motif pour répéter (1). Mais comment ce motif n'existerait-il pas, si l'on tient pour vraie, comme on doit le faire, la réponse donnée par le premier juge, qui a dit : *Non paret dare facere oportere?* — Cujas s'appuie, en outre, sur la loi 8, § 1, D. *Rat. rem hab.* (LVIII). Cet argument n'a pas de valeur, ainsi que le reconnaît du reste M. de Savigny (2). Nous l'avons déjà réfuté, en expliquant le sens de ce texte, qui s'applique à une espèce où il n'y avait pas eu absolution. Nous en dirons autant de la loi 27, D. *De pignor.* (LIX), que quelques auteurs ont rapportée également au cas où il y aurait eu erreur judiciaire, mais qui doit aussi, comme nous l'avons établi plus haut, rester étrangère à la question qui nous occupe.

Doneau, dans la discussion que lui a fournie ce sujet, fait un rapprochement qui nous paraît concluant

---

(1) Voici comment il s'exprime, dans ses *Commentaires* sur les *Questions de Paul*, à l'occasion de la loi 60, D. *De cond. indeb.*, t. V, C. 941 : *Posterior judex non cognoscit de sententia prioris judicis, qui a debitore peti vetuit, quive debitorem pronuntiavit non debere, neque retractat rem ab eo judicatam, sed cognoscit tantum de causa repetendæ solutæ pecuniæ.*

(2) § 14, note *d*, p. 81.

pour démontrer quel était le véritable système du droit romain. Ce rapprochement est d'autant plus légitime qu'il est emprunté aux jurisconsultes eux-mêmes. Aussi M. de Vangerow s'est-il emparé, pour le développer, de cet argument que Doneau s'était borné à effleurer. — On ne peut nier qu'il ne fût habituel aux jurisconsultes d'assimiler entre eux les effets du serment déféré, et ceux de la *res judicata* (1). Ulpien, dans la loi 1, pr. D. *Quar. rer. act.* (2), explique ce parallèle, en faisant observer que celui qui s'en rapporte à la conscience de son adversaire le choisit pour juge, de même que ceux qui reçoivent du magistrat un juge, sur la nomination duquel ils devaient tomber d'accord, d'après les règles de la constitution romaine, se soumettent par une sorte de contrat à accepter la décision qui interviendra. Il y a sans doute cette différence que celui qui a l'imprudence de déférer le serment ne doit s'en prendre qu'à lui, s'il rencontre un adversaire peu délicat; il a renoncé à la ressource que présente ordinairement la voie de l'appel pour réparer les injustices d'un premier juge. Mais, à part cette nuance, il est certain que la comparaison ne manque pas d'exactitude.

Or, les décisions sont nombreuses, et elles émanent uniformément de jurisconsultes des diverses époques, pour établir que, une fois le serment prêté par le débiteur, non-seulement il est à l'abri d'une action, mais encore il peut répéter ce qu'il aurait payé. C'est là ce

---

(1) Voyez l. 26, § 2; l. 35, § 1, D. *De jurej.*; l. 56, D. *De re judic.*

(2) *Jusjurandum vicem rei judicatæ obtinet; non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei jusjurandum.*

qui est reconnu deux fois par Julien, dans les lois 39 et 40, D. *De jurej*. C'est ce qu'enseigne également Pomponius dans la loi 42, pr. *eod. tit.*, où il déclare qu'après le serment il y a extinction de l'obligation naturelle, ce qui profitera au fidéjusseur qui aurait accédé à une promesse faite par un pupille sans l'*auctoritas tutoris*. Enfin Paul, dans la loi 43, D. *De cond. ind.*, est d'accord avec Julien et Pomponius; il autorise de même la *condictio indebiti*. — Peu importe que le serment prêté constitue peut-être un parjure. L'opinion de Labéon, qui accordait en pareil cas l'action *de dolo*, a été repoussée, comme nous l'apprend Pomponius, l. 21, D. *De dol. mal.* Il suffit, ajoute Paul, l. 22, *ibid.*, que le coupable soit exposé à la peine du parjure; et Julien, l. 15, D. *De except.*, nous dit aussi que la réplique de dol n'est pas concédée contre l'exception *jurisjurandi* (1).

Ce parallèle se retrouve encore dans la loi 13, D. *Quib. mod. pign.* (LXVII), qui nous semble bien propre à faire comprendre comment les Romains envisageaient le droit du créancier, dont la prétention avait été déclarée mal fondée par le juge. Tryphoninus, auteur de ce texte, commence par décider que le créancier hypothécaire est privé du *pignus* qui lui aurait été consenti, quand le débiteur, sur le serment à lui déféré, a juré qu'il ne devait pas; solution conforme à celle donnée par Julien, dans la loi 40, D. *De jurej*. Tryphoninus ne s'en tient pas là; il ajoute que le créancier est dans la même position que si le débiteur poursuivi *in judicio* avait obtenu une absolution. En

(1) Cette doctrine a passé dans notre droit. (V. art. 1363, C. Nap.).

vain, cette absolution serait-elle injuste, aurait-elle eu lieu *per injuriam ;* le *pignus* n'en périt pas moins : *tamen pignus liberatur.*

La conclusion à tirer de ce texte se présente naturellement. C'est une règle constante en droit romain, dont nous avons rencontré plus d'une fois l'application, que le *pignus* ne s'éteint pas, tant qu'il subsiste une obligation naturelle, l. 14, § 1, D. *De pignor.* Dès lors, si le *pignus* disparaît en présence d'une absolution, il est impossible d'échapper à cette conséquence, qu'il n'y a pas ici d'obligation naturelle, susceptible du moins de quelque effet forcé à l'égard du débiteur, toutes les fois que celui-ci entend se prévaloir de l'autorité de la chose jugée. L'exercice de l'action hypothécaire, comme la résistance à la *condictio indebiti* par la voie de l'exception de dol, remettrait nécessairement en question ce qui a été une fois décidé. Il ne suffit pas, en effet, pour triompher sur l'action hypothécaire, que le demandeur établisse qu'il y a eu une convention d'hypothèque. Il faut, en outre, et cela se conçoit sans peine, que l'existence d'une dette soit constatée. *Intentio dati pignoris... non aliter tenebit quam si de fide debiti constiterit,* dit une constitution des empereurs Sévère et Antonin (1). Or, l'allégation de l'existence d'une dette, sans laquelle toute base manque à l'hypothèque, ne peut pas être écoutée, sans méconnaître la *res judicata.* La raison péremptoire, qui s'y oppose, est toujours la même. Nous savons que *post rem judicatam, nihil quæritur,* suivant l'expression

(1) Cette constitution figure deux fois, avec les mêmes termes, dans la compilation de Justinien; elle forme la loi 1, C. *De non num. pec.* (IV-30), et la loi 1, C. *Si pign. conv.* (VIII-33).

d'Ulpien, l. 56, D. *De re judic.*, de même qu'après un serment prêté, il n'y a plus de débat possible, *ab omni contentione disceditur*, comme l'atteste Julien, l. 40, D. *De jurej.*

Cette négation de l'obligation, sur laquelle il ne saurait plus désormais y avoir de controverse, ne permet pas d'invoquer la règle de l'Edit, qui maintient l'hypothèque à défaut de payement ou d'une autre satisfaction. La chose jugée équivaut à un payement ou à une satisfaction. Aussi Ulpien nous dit-il que le *pignus* est éteint, *si qua ratione obligatio ejus finita est.* (1) Le but de l'autorité attribuée aux jugements est précisément de mettre fin à l'obligation. Il n'y aurait pas de raison pour s'arrêter et écarter une troisième tentative en sens contraire; on tournerait ainsi à perpétuité dans un cercle sans issue. L'utilité sociale, qui a fait instituer l'autorité de la chose jugée, exige absolument que l'on applique, à l'exception de la chose jugée, le principe ordinaire posé par Marcien, dans la loi 40, pr. D. *De cond. indeb.* (XIV), d'après lequel celui qui était protégé par une exception perpétuelle peut répéter, quand il a payé par erreur.

Les explications proposées par les adversaires de notre système, pour rendre compte de la loi 13, *Quib. mod. pign.*, sont loin assurément d'être satisfaisantes, ainsi que le fait observer M. de Vangerow. Nous ne reviendrons pas sur la loi 27, D. *De pignor.* (LXI), souvent alléguée comme étant en contradiction avec la décision de Tryphoninus. Nous savons qu'il n'y est pas question d'un créancier renvoyé de sa demande, mais déchu de son

---

(1) L. 6, *pr.* D. *Quib. mod. pign.*

action pour plus-pétition. — Un auteur allemand, Fein, lisons-nous dans M. de Vangerow, a imaginé de prétendre que, dans l'espèce prévue par Tryphoninus, le serment et la chose jugée auraient porté sur l'existence de l'hypothèque, ce qui est manifestement en opposition avec les termes dont se sert le jurisconsulte (*se dare non oportere*). — M. de Savigny essaye d'échapper à notre texte, en distinguant entre le débiteur absous ou ses représentants, et les tiers détenteurs qui n'auraient pas cette qualité : les premiers seuls seraient protégés par l'autorité de la chose jugée, tandis que l'action hypothécaire serait toujours possible à l'égard des autres. Cette distinction est inacceptable. S'il était vrai qu'après l'absolution une obligation naturelle subsiste, indépendante de l'adhésion du débiteur, il devrait être soumis à subir l'action hypothécaire. On peut assurer, sans crainte de se tromper, que Tryphoninus ne songeait qu'à définir la position faite au débiteur ou à ses ayant cause par l'effet de l'absolution. Il ne se préoccupait guère du point de savoir si des tiers détenteurs, sans aucun rapport avec le débiteur absous, pouvaient être exposés au danger d'une action hypothécaire, qui, restreinte dans ces termes, ne présente pas d'inconvénient sérieux, et ne met pas en échec l'autorité de la chose jugée. — Enfin, un partisan de l'opinion que nous attaquons, Buchka, est forcé d'avouer, nous apprend M. de Vangerow, qu'il y aurait ici, quant à la survivance de l'hypothèque, une dérogation aux effets habituels de l'obligatiou naturelle. C'est là, pouvons-nous dire, une manière de passer condamnation ; car, si cette obligation naturelle n'est pas susceptible de valoir, au moyen de l'action hypothécaire, elle n'est pas véritablement une obligation naturelle, dans le

sens ordinaire du mot, c'est à-dire avec des effets qui s'imposent au débiteur malgré lui.

Nous sommes persuadé que ce débat entre les auteurs n'aurait pas surgi, abstraction faite de la loi 60, pr. D. *De cond. ind.* (LXVIII), qui a toujours été le seul argument de quelque poids invoqué par les adversaires. On ne peut disconvenir que ce texte ne soit rédigé de façon à sembler leur donner gain de cause; et nous concevons qu'il ait entraîné un grand nombre d'esprits à soutenir l'opinion contraire à celle que nous défendons.—Voici les faits énoncés dans ce fragment, où le jurisconsulte Paul rapporte une décision de Julien, sans ajouter un seul mot de critique, du moins dans l'état où les compilateurs nous ont conservé le passage de Paul (1). Julien suppose qu'un débiteur réel (*verum debitorem*) a payé après la litiscontestation, mais avant la sentence (*manente adhuc judicio*). Dans ces circonstances, il refuse la *condictio indebiti*, par ce motif que la répétition ne serait pas fondée, quelle que fût l'issue de l'instance, qu'elle se dénouât par une absolution ou par une condamnation. En effet, dans l'hypothèse la plus favorable au défendeur, celle d'une absolution, il y aurait toujours une dette naturelle; (*licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet.*) Dès lors, dit le jurisconsulte, ce débiteur doit être assimilé à celui qui aurait promis sous deux conditions telles que l'un des deux événements prévus doit nécessairement se réaliser (*sive navis ex Asia venerit, sive non ve-*

(1) Nous verrons plus loin que, parmi les conjectures mises en avant pour expliquer la loi 60, il en est une qui consiste à supposer que le texte original de Paul a été mutilé par les compilateurs de Justinien.

nerit). Il n'y a, en pareil cas, d'incertitude que sur le point de savoir quelle sera dans l'avenir la cause de l'obligation; mais au fond la dette est indubitable, de quelque manière que les choses tournent. On ne peut voir là qu'un terme incertain, qui, en matière de contrats, ne fait pas obstacle à l'existence de la dette, et n'autorise pas la répétition de ce qui aurait été payé par anticipation, voir l. 17 et 18, D. *De cond. ind.*

Il nous paraît incontestable que, aux yeux de Julien, la solution devait être la même, soit que le payement fût fait pendant le cours de l'instance, soit qu'il n'ait eu lieu qu'après l'absolution. C'est ce qui ressort de cette proposition : *licet enim*.... Par conséquent, nous ne pouvons donner notre adhésion à l'explication ordinaire fournie par les défenseurs de notre système, notamment par Doneau et M. de Vangerow. Ces auteurs disent que la décision de Julien est parfaitement exacte, pourvu qu'on ne l'applique qu'à un payement effectué *manente adhuc judicio*, la chose jugée ne pouvant opérer que pour l'avenir, et restant impuissante à l'égard de ce qui est antérieur à la décision du juge. Celle-ci interviendrait trop tard, à une époque où il n'y a plus de litige, par suite du payement qui a éteint la dette. Quant à ces mots : *licet enim*...., ils exprimeraient seulement cette idée qu'un état de choses, irrévocablement réglé en vertu d'un payement, ne peut pas être changé par une sentence d'absolution postérieure.

Cette interprétation a, suivant nous, le tort de restreindre la pensée de Julien. Sans doute, il s'occupe, *in thesi*, d'apprécier la validité d'un payement qui a eu lieu *manente judicio*. La *condictio indebiti* doit-elle être ac-

cordée dans ce cas, telle est la question principale qu'il se pose. La raison de douter de la validité du payement tient évidemment à l'*incertus litis eventus*, à l'expectative d'unea bsolution possible, par suite de laquelle le défendeur serait dispensé de payer. Il y aurait sous ce point de vue, peut-on dire, une dette affectée d'une condition, modalité, qui ouvrait sans difficulté le droit à une répétition, quand le débiteur conditionnel avait payé par erreur, tandis que la condition était encore en suspens, l. 16, pr. et l. 18, D. *De cond. ind.* N'oublions pas cette circonstance, indispensable pour fonder la *condictio indebiti*, une erreur commise, et même une erreur de fait, dans l'opinion qui a prévalu. Si le défendeur, désespérant de gagner son procès, ou reconnaissant le bon droit du demandeur, avait payé volontairement, parce qu'il renonce à la chance d'une absolution, il n'y aurait pas de doute que le payement ne fût valable. Mais peut-être le défendeur a-t-il cru faussement à une condamnation qui n'aurait pas été prononcée; peut-être est-il décédé aussitôt après la litiscontestation, et l'héritier a payé, parce qu'il ignorait que son auteur eût engagé une instance (1). En un mot, le payement a eu lieu, sans qu'il implique l'abdication du droit de se prévaloir de la sentence du juge auquel l'affaire était soumise.

---

(1) M. de Savigny, § 11, p. 85 et suiv., s'attache justement à développer cette idée, que Julien songeait à un paiement effectué par erreur. Il indique, en outre, le cas où le débiteur aurait constitué un mandataire, avec lequel un procès aurait été entamé, de sorte que le mandant, non instruit de ce fait, aurait pu payer, sans avoir l'intention de renoncer aux avantages que lui offraient les chances de la lutte judiciaire entreprise dans son intérêt.

Si nous supposons en fait telles ou telles circonstances qui aient amené un payement par erreur *manente judicio*, nous pourrons facilement suppléer le raisonnement que Julien sous-entendait de la part du défendeur. Celui-ci disait sans doute : Je pouvais être absous; je ne devais payer qu'autant que le juge m'aurait condamné. J'ai donc acquitté une dette incertaine, conditionnelle, et, par conséquent, j'ai le droit de répéter. A cela le jurisconsulte répond : Votre dette n'avait rien de problématique; en admettant le résultat le plus favorable pour vous, la réalisation de cette chance d'une absolution dont vous parlez, il ne vous serait pas permis de répéter, parce que l'absolution laisserait subsister à votre charge au moins une obligation naturelle. De là, cette comparaison qu'il fait avec l'individu qui aurait payé ce qu'il a promis sous l'alternative de deux évènements, dont l'un doit infailliblement s'accomplir.

La véritable pensée de Julien est donc que le défendeur ne se trouverait pas dans une position meilleure, quand bien même il aurait obtenu une absolution; que, dès lors, il ne faut pas se préoccuper de cette possibilité pour autoriser une *condictio indebiti*, qui devrait être refusée même en présence d'une absolution. C'est à tort que Doneau et M. de Vangerow cherchent à séparer les deux hypothèses, de manière à distinguer dans la loi 60, pr. deux décisions dont l'une serait exacte, savoir, la validité du payement effectué *manente judicio*, tandis que l'autre serait fausse, savoir la validité du payement, s'il n'avait eu lieu qu'après une sentence contraire au demandeur. Il n'est pas permis de diviser ainsi le texte, pour n'en approuver qu'une partie, et rejeter l'autre. Il faut le prendre et l'expliquer dans

son entier, tel qu'il est, c'est-à-dire comme repoussant également pour les deux cas la *condictio indebiti*.

C'est précisément cette indivisibilité du texte qui fournit, si nous ne nous trompons, un moyen de rendre compte de la décision de Julien, sans violer l'autorité de la chose jugée. On ne doit pas raisonnablement soupçonner un jurisconsulte aussi consommé d'avoir méconnu un principe d'une telle importance, surtout quand on le voit ailleurs, l. 40, D. *De jurej.*, autoriser la répétition après une prestation de serment, par ce motif que désormais toute discussion est interdite (1), ce qui n'était pas moins vrai, quand une fois il y avait chose jugée. Il faut donc forcément restreindre la décision de Julien aux cas où il serait possible de dire que quelqu'un est *verus debitor*, bien qu'il ait été renvoyé de l'action intentée contre lui. Prenons garde à la valeur si significative de ces mots : *verum debitorem*, qui donnent, à notre avis, la clef de l'énigme. Julien ne parle que du *verus debitor*, de celui qui doit rester tel, en dépit d'une absolution. Or, si celui-là ne peut être appelé *verus debitor* qui a été déclaré par le juge ne rien devoir, est-il impossible qu'un débiteur absous soit néanmoins un *verus debitor?*

Il suffit de justifier l'association de ces deux conditions qui, au premier abord semblent incompatibles (un *verus debitor* et un *debitor absolutus*), pour résoudre le problème contenu dans la loi 60, *pr*. Il faut qu'il soit permis de qualifier quelqu'un de *debitor*, sans manquer au respect dû à la chose jugée, qui s'est traduite en une ab-

(1) *Solutum repeti potest, ut pote cum, interposito eo, ab omni controversia discedatur.*

solution. En droit romain, cette position, qui paraît impliquer contradiction, pouvait se rencontrer de plus d'une façon. C'est un fils de famille, qui a emprunté, prétend-il, contrairement au SCte Macédonien, tandis que le prêteur soutient avoir agi de bonne foi. Le procès s'engage ; la *condictio certi* est délivrée, avec insertion dans la formule de l'exception tirée du SCte. Le défendeur gagnât-il sa cause, il n'en restera pas moins débiteur, si le juge ne l'a absous que par application du SCte, l. 40, *pr.* D. *De cond. ind.* (XIV). S'il payait plus tard, il ne pourrait pas répéter. Qu'il meure pendant l'instance, et que son héritier paye, ignorant l'existence d'un *judicium*, nous aurons un *verus debitor*, qui aura payé *manente judicio*. — C'est un débiteur qui allègue que les poursuites sont dirigées contre lui avant l'échéance, ou au mépris d'un délai qui lui aurait été accordé après la stipulation. Il réussira peut-être à se faire absoudre, parce que le juge reconnaît qu'il y a plus-pétition, que l'exception *pacti conventi ad tempus* est fondée. S'il payait cependant après l'absolution, il aurait acquitté une dette naturelle, qui, loin d'avoir été écartée par le juge, aurait été positivement constatée. Qu'il meure également durant l'instance, et que son héritier paye, dans l'ignorance du *judicium* pendant, c'est encore un *verus debitor* qui aura payé *manente judicio*. — C'est un affranchi, qui est poursuivi, à raison d'une promesse qu'il soutient avoir été faite avant son affranchissement, alors qu'il était encore *in servitute*, et qu'une promesse de sa part ne pouvait autoriser une action. Il peut arriver que le juge, tout en reconnaissant qu'il y a eu une promesse, doive absoudre, parce que la promesse d'un esclave n'a donné naissance qu'à une dette naturelle, insuffisante

pour baser une action, mais suffisante pour interdire la répétition.

Ces exemples, auxquels on pourrait en joindre d'autres, permettent de concilier la doctrine de Julien avec la règle, qui ne tolère pas qu'on puisse obtenir d'un second juge une décision contraire à celle qui est émanée d'un premier juge. Le *verus debitor* nous apparaît ainsi comme n'étant pas, en droit, un être chimérique, bien qu'il soit un *debitor absolutus*. Julien, il ne faut pas l'oublier, ne repousse la *condictio indebiti* qu'autant qu'elle est exercée par un *verus debitor*, soit *manente judicio*, soit *post absolutionem*. Il ne songe pas à celui qui, légalement, ne peut être qualifié *debitor*, parce que le juge aurait déclaré qu'il ne devait aucunement. Tout ce que Julien veut dire, c'est qu'une absolution n'est pas incompatible avec l'existence d'un *verus debitor*, pourvu, bien entendu, que la réalité de la dette ne soit pas en opposition avec ce qui est censé la vérité, comme ayant été proclamée telle par un juge. Si le débat portait sur le point de savoir s'il y a dette d'une manière absolue, le défendeur soutenant qu'il ne s'est jamais obligé ou qu'il a payé, une solution affirmative en ce sens, qui ne laisserait point place à une obligation naturelle, n'aurait pas permis à Julien de dire qu'il y a encore un *verus debitor*, puisque ce serait la négation du jugement. Dans un cas pareil, cas qui est celui prévu par Tryphoninus, l. 13, D. *Quib. mod.* (LXVII), le *pignus* s'efface, signe évident de l'absence d'une obligation naturelle. Par une analogie directe, la *condictio indebiti* doit être admise, à l'instar de ce que décident tous les jurisconsultes, à la suite du serment. Mais, en pareil cas

aussi, le payement fait *manente judicio* ne saurait être tenu pour valable. Il n'est pas possible, en effet, de prétendre que le défendeur devait d'une façon absolue, qu'il fût condamné, ou qu'il fût absous. Il existe à son profit une chance susceptible de se réaliser, de manière à le dégager même d'une obligation naturelle. La dette prend alors un caractère véritablement conditionnel; et les principes bien constants, relativement au payement par erreur de la dette conditionnelle, doivent recevoir leur application (1).

---

(1) L'exactitude de l'interprétation que nous donnons à la loi 60 suppose que le juge romain ne se bornait pas à absoudre simplement, sans indiquer pourquoi il absolvait. S'il s'était contenté de répondre : *Non paret dare oportere*, on n'aurait pu admettre l'existence d'une obligation qu'en courant le risque de heurter la pensée du juge. Mais il est facile d'établir, comme le pense M. de Savigny (*Traité de droit romain*, t. VI, § 291 et suiv.), que le juge rendait compte de sa décision, qu'il s'expliquait sur les motifs qui avaient déterminé l'absolution, soit qu'il eût trouvé l'*intentio* non vérifiée, soit que l'exception lui eût paru justifiée, soit qu'il manquât, à ses yeux, toute autre des conditions nécessaires pour obtenir une condamnation. De la sorte, on n'ignorait pas les raisons qui avaient amené l'absolution; et il était possible de reconnaître quelques droits au profit d'un demandeur qui avait échoué, tout en évitant de contrarier ce qui avait été jugé en réalité. Il fallait bien qu'il en fût ainsi, puisque divers textes nous disent que, si le défendeur invoque la chose jugée dans sa fonction purement négative, c'est-à-dire la circonstance qu'il y a eu une absolution, le demandeur peut, de son côté, invoquer aussi, sous forme de réplique, la *res secundum se judicata*. Ainsi, dans une revendication, le demandeur, bien qu'il fût propriétaire, a été renvoyé, parce que le défendeur ne possédait pas : *Tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo te desiisse possidere*, l. 17, D. *De except. rei judic.* Nous savons qu'une semblable absolution ne fait pas obstacle à l'exercice itératif de la revendication. Plusieurs lois (V. l. 8, § 2, D. *De neg. gest.*; l. 7, § 1, D. *De compens.*) nous apprennent aussi que, si le juge n'a pas admis une compensation, le droit d'agir restera ou non au défendeur qui

Cette explication, que nous livrons à l'appréciation des jurisconsultes, nous paraît préférable à celle que nous avons déjà indiquée, et que nous avons entendu cependant défendre par d'excellents esprits. Dans cette opinion, le texte de Paul aurait été altéré, ou plutôt tronqué, en ce sens que les compilateurs n'auraient admis que la portion du texte original où était rapportée la doctrine de Julien, doctrine absolue, qui tendait à valider un payement fait par erreur à la suite d'un mal-jugé. Toutefois, Paul aurait été trop sensé pour adhérer à une pareille doctrine, et il aurait aussitôt formellement désapprouvé les idées émises par Julien. Mais les rédacteurs de Justinien auraient été choqués de cette désapprobation, parce qu'il leur aurait semblé immoral d'autoriser un *verus debitor* à reprendre ce qu'il avait payé; et ils auraient, en conséquence, supprimé les observations critiques dans lesquelles Paul avait rétabli les véritables principes.

A l'appui de ce système, on a fait remarquer que le

---

avait proposé la compensation, suivant que la créance invoquée aura été, après examen, rejetée comme mal fondée, ou que le juge n'aura pas tenu compte de la compensation, parce qu'il n'aurait pas rencontré les conditions voulues; par exemple, il s'agissait d'une créance à terme. Il résulte encore de là que le *judex* s'expliquait sur les motifs de la décision à laquelle il s'arrêtait. — Pareillement, en cas de condamnation, le juge énonçait les raisons pour lesquelles il condamnait, comme le prouve la loi 1, § 1, D. *Quæ sent. sine, etc.* Le § 2 de la même loi nous fournit encore un argument à l'appui de notre doctrine. Le jurisconsulte distingue si le juge a rejeté une excuse, sous prétexte qu'elle ne serait pas reconnue par la loi, ce qui, en cas d'erreur du juge, rendrait un appel inutile. Il en serait autrement, si le juge avait décidé que telle excuse légale invoquée n'existait pas en fait. Il aurait prononcé alors *de jure litigatoris*, et non *de jure constituto*, suivant les expressions de Macer.

procédé habituel des jurisconsultes romains n'est pas de se servir du verbe au temps passé, quand ils relatent les opinions de leurs devanciers, et qu'ils entendent les adopter en omettant de les contredire. Ils emploient alors le temps présent, ce que Paul n'a pas fait ici, puisqu'il dit : *negabat*. On ajoute que Paul, dans le passage de ses *Quæstiones*, dont a été extrait le fragment qui forme la loi 60, *De cond. ind.*, avait en vue de relever les erreurs admises par quelques personnes au sujet de l'application de la *condictio indebiti*. Cet esprit de critique se retrouverait dans le § 1^er^, où Paul énonce d'abord une opinion assez générale (*plerique putant*), d'après laquelle celui qui, dans l'intention de nover, aurait promis sous condition ce qu'il devait purement et simplement, ne pourrait répéter, s'il avait payé *pendente novatione*. Sur ce point, le jurisconsulte ne fait aucune observation (1); mais il ajoute que ceux-là ont tort, qui veulent appliquer la même solution pour le cas où la dette novée conditionnellement devrait être à la charge d'un débiteur différent. Ici, en effet, on est fondé à objecter que le débiteur primitif a payé ce qu'il ne devra peut-être pas, ce dont il sera dégagé si la novation se réalise. La seconde stipulation a rendu incertaine l'obligation au point de vue du premier débiteur, qui est devenu ainsi un débiteur sous condition.

La conjecture d'une mutilation qu'aurait subie le texte de Paul n'est pas sans doute dénuée de toute probabilité. Il est cependant un peu hasardeux d'admettre que

(1) Nous n'examinerons pas ici les difficultés auxquelles a donné lieu l'appréciation de la novation conditionnelle faite précisément avec l'ancien débiteur. Voyez sur ce point Gaï., III, 179.

l'emploi de tel temps du verbe plutôt que d'un autre est l'indice assuré d'une divergence d'opinions. La circonstance que Paul se permet une critique dans le § 1er, n'est pas non plus bien concluante, pour décider qu'il avait dû se comporter de la même manière à l'occasion du point qu'il traitait immédiatement auparavant; et même l'expression : *autem*, qui se trouve au commencement du § 1er, semblerait indiquer le contraire. Il ne faut pas se laisser aller trop aisément à taxer d'inadvertance les rédacteurs des Pandectes, toutes les fois que ce reproche peut être évité. Ce qui nous entraîne surtout à rejeter cette explication, c'est qu'il ne faudrait pas seulement grossir le compte des bévues à mettre à la charge des commissaires de Justinien : on serait forcé de faire remonter l'erreur jusqu'à Julien, qui néanmoins, comme nous l'avons vu, est bien positif pour concéder la *condictio indebiti*, quand il y a eu serment déféré et prêté, et qui, en outre, en donne cette raison que toute controverse doit être proscrite dorénavant. Nous avons peine à croire que Julien fût disposé à rouvrir, au contraire, un débat, dans le cas où il serait intervenu une décision niant l'existence de la dette. Le débat sera cependant indispensable, si l'on permet de repousser la *condictio indebiti*, ce qui ne sera possible qu'en établissant que le premier juge s'est trompé. Nous le répétons, le principe de l'autorité de la chose jugée est alors manifestement violé; et l'oubli d'une règle si importante ne doit pas être facilement imputé à Julien (1).

(1) Le respect pour l'autorité de la chose jugée était porté si loin à Rome qu'il y avait une peine contre celui qui méconnaissait une sentence prononcée à son égard, et cherchait à y échapper, en niant qu'il

M. de Savigny ne se borne pas à repousser la *condictio indebiti*, quand il y a eu payement par erreur d'une dette, à l'occasion de laquelle le juge aurait prononcé une absolution injuste. Il admet, en outre (1), que les fidéjusseurs, qui se seraient engagés pour un débiteur absous à tort, doivent rester tenus. Il ajoute toutefois cette restriction, que, si une condamnation à l'égard du fidéjusseur devait rejaillir contre le débiteur principal, soumis à un recours de la part du fidéjusseur, ce dernier pourrait user de l'exception *rei judic.*, afin que le débiteur ne se trouvât pas indirectement privé du bénéfice de l'absolution qu'il a obtenue. En un mot, la position du fidéjusseur serait ici la même qu'au sujet de la dette d'un fils de famille qui aurait emprunté contrairement au SCte Macédonien (2).

---

eût été condamné. On sait, en effet, que l'action *judicati* était une de celles pour lesquelles on disait : *lis inficiando crescit*, Gaï., IV, 9 et 171, Paul, *sent.*, I, 19. Il en était de même si le condamné, au lieu de résister à l'action *judicati*, prenait l'initiative, et provoquait à tort un débat, pour faire constater qu'il n'était pas *judicatus*, procédé auquel se rapporte sans doute la *revocatio in duplum*, mentionnée dans un texte de Paul, *Sent.* L. V, t. V^a^, § 7, et dans une constitution du Code Grégorien, *liv.* X, *tit.* 1. — Il fallait bien que la position fût égale entre les deux plaideurs, à la suite de la lutte judiciaire. Or, il est certain que celui qui aurait obtenu une condamnation injuste n'était pas exposé à une restitution par la voie de la *condictio indebiti*, comme le prouve la loi 1, C. *De cond. ind.*, *propter auctoritatem rei judicatæ*, dit Ulpien, l. 29, § 5, D. *Mandat.* Il n'avait même pas à craindre de ce chef une compensation, ainsi que nous l'avons établi plus haut, p. 416, et que le reconnaît M. de Savigny. L'impossibilité de remettre en question ce qui a été jugé doit être équitablement observée, quelle qu'ait été l'issue de l'instance, à la suite d'une absolution tout aussi bien qu'à la suite d'une condamnation.

(1) § 11, p. 89.

(2) Voyez plus haut, p. 125 et suiv.

Cette doctrine méconnaît, à notre sens, le caractère de l'exception *rei judic.*, qui est au nombre de celles qualifiées par les Romains *rei cohærentes*, et qui, en cette qualité, devaient profiter aux fidéjusseurs. Cela est tellement vrai qu'elle est citée en première ligne, dans la loi 7, § 1, D. *De except.* (XLIII), comme exemple des exceptions ayant cette nature. En vain M. de Savigny invoque-t-il cette circonstance que le même texte mentionne également l'exception du SCte Macédonien, laquelle n'est pas étendue cependant au fidéjusseur, quand il est intervenu *animo donandi*. Il y a là quelque chose de tout-à-fait spécial, qu'il faut bien se garder d'appliquer comme une règle ordinaire à toutes les exceptions dites *rei cohærentes*. Qui pourrait douter que les exceptions *doli mali* et *quod metus causa*, placées à côté de l'exception *rei judic.*, n'appartiennent au fidéjusseur comme au *reus?* Pour l'exception *jurisjurandi*, qui figure aussi dans la nomenclature de la loi 7, § 1, le droit de l'invoquer, sans aucune distinction, en faveur du fidéjusseur est positivement énoncé dans la loi 42, § 3, D. *De jurej*. Rappelons encore la loi 60, D. *De fidej.*, déjà citée, où il est dit qu'à la suite d'une novation opérée avec le débiteur, le fidéjusseur est toujours libéré, sinon *ipso jure*, du moins *exceptione*.

L'identité de l'obligation, que les Romains établissaient entre le *reus* et le fidéjusseur, comme nous l'avons dit précédemment, fournit une raison péremptoire pour rejeter l'opinion de M. de Savigny. Prétendre que le fidéjusseur est obligé, ce serait prétendre nécessairement que le *reus* doit encore, ce qui est interdit par la règle de l'autorité de la chose jugée. La circonstance qu'un recours est possible ou non n'empêcherait pas

que ce ne fût la même question, déjà décidée en un sens, qui serait de nouveau soumise au juge. Aussi voyons-nous, dans la loi 51, § 4, D. *De evict.*, à propos des *correi*, pour lesquels existait également l'unité de dette, que l'action dirigée contre l'un d'eux ménage aux autres la ressource d'une exception; et ici encore l'exception est accordée d'une façon absolue, sans que rien laisse soupçonner qu'il faille distinguer si les *correi* étaient *socii* ou non, distinction si habituelle cependant chez les jurisconsultes toutes les fois qu'elle était applicable.

M. de Savigny s'appuie enfin sur un texte, dont nous nous sommes déjà prévalu, sur la loi 8, § 3, D. *De fidej.*, dans laquelle Ulpien exprime cette idée qu'une obligation naturelle subsiste, malgré la novation opérée par la litiscontestation. Ce texte ne nous embarrasse pas, parce que nous avons signalé plus d'une hypothèse où effectivement une obligation naturelle survit à la litiscontestation. Mais, comme le jurisconsulte n'indique aucunement qu'à ses yeux l'obligation naturelle dont il parle se rencontre pour le cas où le juge aurait déclaré la prétention mal fondée, il est clair qu'il n'y a aucun argument à tirer de ce texte, pour faire d'Ulpien un partisan de la doctrine que nous avons combattue.—Remarquons d'ailleurs qu'Ulpien ne s'occupe pas des fidéjusseurs originaires, dont le sort est réglé par les effets de la litiscontestation, suivant la loi 60, D. *De fidej.* Il s'agit de fidéjusseurs, qui seraient intervenus après la litiscontestation, pour la dette résultant de la *deductio in judicium*, ce qui nous place en présence d'une toute autre hypothèse (1).

(1) D'après cette loi 8, § 3, les fidéjusseurs, qui se seraient engagés

En résumé, nous conclurons que l'absolution d'un débiteur, motivée sur l'inexistence de la dette, laisse le demandeur entièrement désarmé, sans lui permettre de ressaisir ce qu'il a perdu, à l'aide des différentes circonstances, qui, en général, viennent au secours du créancier naturel, et placent son droit au-dessus de la mauvaise volonté du débiteur. L'erreur que le créancier imputerait au juge ne pourra être établie, ni au moyen de la compensation, si ce demandeur malheureux devenait plus tard débiteur de celui qui a été absous, ni par la voie de l'action hypothécaire, si à côté de l'engagement personnel il existait des sûretés réelles, ni en prétendant à la faculté de retenir un payement qui aurait été fait par erreur, ni en s'adressant aux fidéjusseurs qui auraient accédé à l'obligation. Le respect dû à l'autorité de la chose jugée ferme toutes ces ressources au créancier; car il ne pourrait les employer qu'en critiquant la décision judiciaire qui est intervenue, en démontrant qu'elle est contraire à la vérité, dont elle est censée être l'expression, grâce à une fiction légale qu'il n'est pas permis d'ébranler.

---

après la *deductio in judicium*, ne pourraient jamais prétendre être libérés *ipso jure*, quand une fois la condamnation est intervenue. Cette décision fait sans doute allusion à la seconde novation, qui, en droit romain, était le résultat de la condamnation. Cette double novation est exprimée en ces termes par Gaïus, III, 180 : *Et hoc est, quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere*. La seconde novation, qui se passait *in judicio*, aurait donc été moins énergique que celle qui avait lieu quelquefois *ipso jure*, lors de la comparution devant le magistrat. — En somme, après la condamnation, Ulpien accorde ou refuse une exception aux fidéjusseurs, suivant qu'ils se sont engagés *tantum litis exercitationis, ou totius causæ*.

Cette fiction, toutefois, n'existe que dans l'intérêt du défendeur. Il est, par conséquent, libre d'y renoncer; et il doit le faire, suivant les lois de la morale, s'il reconnaît que c'est à tort que l'absolution a été prononcée. Seulement, le sort du créancier dépend ici de la délicatesse du débiteur, qui, pour cette dette, ne doit plus de comptes à la justice humaine, mais uniquement à sa conscience. S'il se décide à abdiquer le bénéfice d'une décision inique, il aura réellement acquitté ce qu'il devait, et il ne pourra plus se rétracter, parce que ce qu'il a payé ne constituait pas un *indebitum*. Il y aura alors encore plus de motifs pour employer cette expression que dans le cas où un fiduciaire, guidé par la pensée d'exécuter complétement les volontés du défunt, renoncerait à la quarte Pégasienne, cas auquel les jurisconsultes disaient aussi qu'il n'y avait pas *indebiti solutio* (1).

C'est là, croyons-nous, l'idée exprimée par Paul, dans la loi 28, D. *De cond. indeb.* (LXIX), où il refuse le droit de répéter à celui qui, ayant été absous à tort, payerait néanmoins spontanément (*sua sponte solverit*). Ce texte a cependant été invoqué par nos adversaires, notamment par M. de Savigny, comme venant à l'appui de leur opinion. Ces mots : *sua sponte*, ne signifieraient pas, dit-on, que le débiteur a payé en parfaite connaissance de cause, mais seulement sans y être obligé par une condamnation. Ils ne seraient pas exclusifs d'une erreur; et celle-ci devrait même être supposée, puisqu'un payement fait sciemment de la part de celui qui est bien édifié sur sa position n'autoriserait pas la répétition, suivant un principe connu (Voy. l. 53, D. *De reg. jur.*). Pour qu'il y

(1) Voir plus haut, p. 285.

ait lieu à la *condictio indebiti,* la première condition est qu'une erreur ait été commise. Mais ici l'erreur ne pourrait être invoquée, parce qu'il existerait un *debitum naturale.*

Nous estimons que cette manière d'interpréter la loi 28 force le sens naturel de ces expressions : *sua sponte,* qui indiquent un acte volontairement accompli de la part de quelqu'un qui se rend bien compte de ce qu'il fait; et nous dirons, avec M. de Vangerow, que la loi 28, ainsi entendue, devient un nouvel argument en faveur de notre système. L'exclusion de la *condictio indebiti,* malgré l'absence d'une erreur, n'en est pas moins fondée, non pas par le motif énoncé dans la loi 53, *De reg. jur.*, parce qu'il y aurait une intention de libéralité, mais en raison de ce qu'il y a eu accomplissement d'un devoir, payement d'une obligation naturelle, pourvue d'effets moins puissants, et dont l'exécution est abandonnée à la discrétion du débiteur. C'est ainsi que notre droit français comprend les obligations naturelles, à l'égard desquelles il interdit la répétition à la suite d'un payement *volontaire,* art. 1235, C. Nap. Nonobstant l'état d'imperfection auquel est réduite alors l'obligation naturelle, bien que la sanction de toute contrainte fasse défaut, il n'en est pas moins important d'y voir le payement d'une dette, et non une libéralité. Il s'ensuivra, en effet, comme nous l'avons déjà dit, qu'il ne faudra pas apprécier l'opération d'après les règles propres aux donations, La révocation pour ingratitude, la nécessité de l'insinuation, quelleque soit la valeur de ce qui a été payé, l'obligation du rapport, l'imputation sur la légitime, devront être mises à l'écart.

Nous pouvons rapprocher du débiteur qui aurait été injustement absous celui qui aurait purgé son obligation en prêtant serment, et qui peut n'avoir échappé à la nécessité de payer qu'au prix d'un parjure. Nous avons vu que des textes nombreux établissent une assimilation entre les deux hypothèses. Quand il y a eu serment prêté par le débiteur, la *condictio indebiti* est formellement écartée, et il faut en dire autant de la faculté de compenser. Les gages et les fidéjusseurs sont également libérés par suite de la délation du serment acceptée. Ce sont les mêmes motifs qui militent, soit qu'il s'agisse de faire observer la convention de serment, soit qu'il s'agisse du respect de la chose jugée. *Interposito (juramento) ab omni controversia disceditur*, porte la loi 40, D. *De jurej.*, comme il ne doit plus y avoir de controverse après la chose jugée : *Post rem judicatam nihil quæritur*, l. 56, D. *De re judic.* Cette règle n'est pas abandonnée, nous le savons, alors même que le créancier serait en mesure de prouver qu'il a été victime de la déloyauté de son adversaire. Il y aurait encore ici un degré de faveur de plus. Suivant une opinion assez vraisemblable, l'exception *jurisjurandi* était sous-entendue dans les actions de bonne foi, à la différence de l'exception *rei judicatæ*. Les Institutes s'expriment, au sujet de l'exception de serment, dans les mêmes termes qu'à l'égard des exceptions *doli mali, quod metus causa, non numeratæ pecuniæ, pacti conventi (Iniquum est de perjurio quæri,* § 4, Instit., *De except.*), tandis que, relativement à l'exception *rei judicatæ,* le langage est tout autre *(Sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari,* § 5, *ibid.)*; et on trouve effectivement des textes qui

prouvent que cette exception figurait formellement dans des actions de bonne foi (1).

Cependant, si le débiteur, qui a juré qu'il ne devait pas, est libéré de manière à ne pas avoir à craindre que le créancier puisse invoquer contre lui son droit qu'il a compromis par une confiance mal placée, il ne nous semble pas douteux qu'ici encore l'aveu du débiteur ne soit de nature à donner à l'exécution de l'obligation le caractère d'un véritable payement. Celui qui, après avoir eu la faiblesse de commettre un parjure, reconnaîtrait sa faute et aurait le courage de la réparer, acquitterait ce qu'il doit réellement, sauf qu'il n'y a pas de preuve possible à son encontre, indépendamment de son aveu.

---

(1) Il ne faut pas considérer l'exception *jurisjurandi* comme faisant double emploi avec l'exception *pacti conventi*, quoiqu'il n'y ait au fond dans le serment autre chose qu'un pacte de remise conditionnel, le créancier renonçant à agir si le débiteur prête serment. La convention de serment avait une portée beaucoup plus grave qu'un pacte ordinaire. Elle était du petit nombre de celles qui engendraient une action, en supposant que la prestation de serment émanât du créancier. De même, le serment prêté par le débiteur exerçait un effet radical sur l'existence de la dette. Les Romains disaient que le serment tenait lieu de payement : *Jusjurandum loco solutionis cedit*, l. 27, D. *De jurej*. Par suite, bien qu'il n'opérât qu'au moyen d'une exception, il profitait à tous ceux qui eussent été libérés *ipso jure* par un payement. Il n'y avait pas lieu à distinguer ici, comme à l'égard du simple pacte *De non petendo*, si le serment était invoqué par des personnes se trouvant avec le débiteur qui aurait juré dans des rapports tels que ce dernier eût intérêt à ce que ces personnes ne fussent pas poursuivies. Un *correus non socius*, un fidéjusseur privé d'un recours contre le *reus*, auraient pu user de l'exception *jurisjurandi*, au cas de serment prêté par le débiteur, tandis qu'il en aurait été autrement quant à l'exception *pacti conventi*, le pacte eût-il été conçu *in rem*. De même, le serment prêté par le fidéjusseur profitait au *reus*, pourvu que le serment eût porté sur l'existence de la dette, et non sur le fait de la fidéjussion, l. 42, § 1, *De jurej*.

Il ferait acte de débiteur et non de donateur. Il doit être placé sur la même ligne que le débiteur absous à tort, qui consentirait à ne pas tirer parti d'une absolution injuste. A l'instar du payement, valable en pareil cas à titre de payement, il faudrait décider qu'une expromission, un constitut, une fidéjussion, une hypothèque, seraient également valables, si chacune de ces garanties était fournie sciemment et en connaissance de cause.

TEXTES EXPLIQUÉS.

§ 4e. — Obligation naturelle en cas de prescription.

L. 4, De diversis temporalibus præscriptionibus, etc., D. (XLIV-II).

JAVOLENUS, libro VII Epistolarum.

LXX. Si servus hereditarius, aut ejus, qui in hostium potestate sit, satis acceperit, continuo dies satisdationis cedere incipiet; intueri enim debemus an experiundi potestas fuerit adversus eum qui obligatus est; non an is agere poterit, qui rem in obligationem deduxerit. Alioquin erit iniquissimum, ex conditione actorum obligationes reorum extendi, per quos nihil factum erit, quominus cum his agi possit.

JAVOLÉNUS, Lettres, livre 7e.

LXX. Si un esclave héréditaire, ou celui d'un captif, a reçu satisdation, le terme de cette satisdation courra sur-le-champ. Ce qu'il faut considérer, en effet, c'est le point de savoir si le débiteur était en mesure d'être poursuivi, et non si le créancier était en mesure de poursuivre. Sinon, il y aurait injustice à prolonger la durée des obligations, en ayant égard à la position des créanciers, quand les débiteurs n'ont rien fait qui empêchât d'agir contre eux.

L. 25, De stipulatione servorum, D. (XLV-III).

VENULEIUS, libro XII Stipulationum.

LXXI. Si servus hereditarius stipulatus fuerit, et fidejussores acceperit, posteaque adita fuerit hereditas: dubitatur, utrum ex die interpositæ stipulationis tempus cedat, an ex adita here-

VÉNULEIUS, sur les Stipulations, livre 12e.

LXXI. Si un esclave héréditaire a stipulé et reçu des fidéjusseurs, puis que l'adition d'hérédité ait lieu postérieurement, on peut douter si le temps courra à dater du jour où est

ditate. Item, si servus ejus, qui apud hostes sit, fidejussores acceperit? Et Cassius existimat tempus ex eo computandum, ex quo agi cum eis potuerit, id est, ex quo adeatur hereditas, aut postliminio dominus revertatur.

intervenue la stipulation, ou à dater de l'adition d'hérédité. Même question, si l'esclave d'un captif a reçu des fidéjusseurs. Cassius pense que le temps ne courra que du moment où il sera possible d'agir, c'est-à-dire du jour de l'adition d'hérédité ou du retour du maître.

L. 37, *De fidejussoribus et mandatoribus. D.* (XLVI-1).

PAULUS, libro XVII ad Plautium.

LXXII. Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur: quoniam erroris fidejussio nulla est.

PAUL, sur Plautius, livre 17e.

LXXII. Si quelqu'un, après être libéré par un certain laps de temps, a donné un fidéjusseur, ce fidéjusseur n'est pas obligé, parce qu'une fidéjussion fondée sur une erreur est nulle.

L. 38, § 4. *De solutionibus et liberationibus, D.* (XLVI-III).

AFRICANUS, libro VII Quæstionum.

LXXIII. Si quis pro eo reverso fidejusserit, qui, cum Reipublicæ causa abesset, actione qua liberatus sit, deinde annus præterierit, an fidejussor liberetur? Quod Juliano non placebat, et quidem si cum fidejussore experiundi potestas non fuit. Sed hoc casu in ipsum fidejussorem ex Edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fidejussorem, qui hominem promissum occidit.

AFRICAIN, Questions, livre 7e.

LXXIII. Si quelqu'un, après le retour d'un individu, qui, pendant son absence pour le service de l'Etat, avait été libéré de quelque action, s'est porté fidéjusseur pour cette personne, et qu'ensuite l'année (de la restitution) soit écoulée, le fidéjusseur se trouvera-t-il libéré? Julien n'admettait pas la libération, pour le cas où il n'y aurait pas eu moyen d'agir contre le fidéjusseur. Mais alors, en vertu de l'Édit, l'action doit être restituée à l'encontre du fidéjusseur, comme elle est restituée vis-à-vis du fidéjusseur qui aurait fait périr l'esclave dû.

L. 25, § 1. *Ratam rem haberi, etc., D.* (XLVI-VIII).

AFRICANUS, libro VI Quæstionum.

LXXIV. Procurator, cum ab eo æs alienum exegerat, qui tempore liberaretur, ratam rem dominum habiturum cavit; deinde post tempus liberato jam debitore, dominus ratam rem habet. Posse debitorem agere cum procuratore existimavit, cum jam debitor liberatus sit. Argumentum rei, quod si nulla stipulatio interposita sit, condictio locum adversus procuratorem habitura sit; in locum autem condictionis interponi stipulationem.

AFRICAIN, Questions, livre 6e.

LXXIV. Un procureur s'est fait payer par un débiteur qui devait être libéré au bout d'un certain temps, et a fourni la caution *de rato*. Le *dominus* ne ratifie qu'à une époque où déjà le débiteur était libéré. Africain décidait que le débiteur avait action contre le procureur (en vertu de la stipulation), attendu qu'il était déjà libéré. La preuve, c'est qu'à défaut de stipulation, il y aurait lieu à une *condictio* contre le procureur; or la stipulation remplace la *condictio*.

L. 18, § 1, *De pecunia constituta, D.* (XIII-V).

ULPIANUS, libro XXVII ad Edictum.

LXXV. Quod adjicitur, *eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse*, interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit ut, si quid tunc debitum, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde temporali actione obligatum constituendo, Celsus et Julianus scribunt teneri debere; licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat

ULPIEN, sur l'Édit, livre 27e.

LXXV. Les termes qui suivent : *qu'au moment du constitut, il y eût dette de* PECUNIA, ont besoin d'une interprétation plus complète. Il en résulte d'abord que si, lors du constitut, il y avait une dette, qui aujourd'hui n'existe plus, le constitut se maintient néanmoins, parce qu'il se réfère à une dette antérieure. Par conséquent, celui qui, étant tenu d'une action temporaire, ferait un constitut, serait obligé, ainsi que l'ont écrit Celse et Julien, bien qu'après le constitut le terme assigné à l'action vînt à expirer. C'est pourquoi, si on fixe

obligatio, licet in id tempus quo non tenebatur.

l'époque du payement au-delà de la durée de l'obligation, Julien admet encore la validité du constitut, parce qu'il y avait obligation au moment du constitut, bien que le paiement ait été reporté à une époque où l'obligation avait cessé.

L. 2, De luitione pignoris, C. (VIII-XXXI).

Imp. GORDIANUS, A. Domitio.

LXXVI. Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota.

L'Empereur GORDIEN, Auguste, à Domitien.

LXXVI. Vous devez comprendre que le lien du gage subsiste, bien que l'action personnelle ne soit plus possible.

EXPLICATION.

§ 4°. — Obligation naturelle en cas de prescription.

La question de savoir si la prescription laisse subsister une obligation naturelle a donné lieu à une controverse encore plus vive que celle relative aux effets de la chose jugée. Les auteurs anciens et modernes l'ont discutée fort longuement, et se sont partagés également ici en deux camps presque égaux.

Pour bien se rendre compte des idées admises dans la législation romaine, quant à l'influence que le temps peut exercer sur l'extinction des obligations, il importe de distinguer les époques, de séparer les principes en vigueur sous les Jurisconsultes de ceux qui ont prévalu dans le Bas-Empire, et aussi, pour la première période, de constater la différence de doctrine qui existait entre le droit civil et le droit prétorien.

Le droit civil ne reconnaissait pas qu'un certain laps de temps pût être un moyen de mettre fin à une obligation. Cette règle se trouve énoncée aux Institutes, Liv. III, *tit.* XV, § 3, à l'occasion de la stipulation d'une rente viagère, laquelle est déclarée perpétuelle. La raison en est, dit-on, celle-ci : *Quia ad tempus deberi non potest.* Paul, dans la loi 44, § 1, D. *De oblig. et act.*, développe la même idée en ces termes : *Nam quod alicui deberi cœpit certis modis desinit deberi.* Les modes d'éteindre les obligations sont déterminés, limités ; et le temps ne figure pas

au nombre de ces modes.—Toutefois, la rigueur du droit civil était corrigée par l'intervention du droit prétorien, qui tenait compte de la volonté exprimée par les parties. Rien de plus équitable, en effet, que d'observer les restrictions mises par le débiteur à l'engagement qu'il a contracté, et auquel il n'a entendu se soumettre que d'une manière temporaire. Aussi l'exception *pacti conventi* venait-elle, en ce cas, paralyser le droit du créancier qui aurait voulu agir après le délai fixé dans la convention (1).

Prenons garde d'attribuer une extension exagérée à cette règle : *Ad tempus deberi non potest*. Elle ne signifie point que le fait compris *in obligatione* n'est pas susceptible de n'avoir qu'une durée limitée. Celui qui s'engage à procurer pendant un certain temps la jouissance de son fonds, à fournir ses services pendant tel délai, n'était pas considéré comme devant une jouissance à perpétuité, un travail indéfini. Les Romains admettaient sans difficulté que la *locatio conductio* était temporaire (2), qu'elle finissait à l'époque fixée par la convention, ordinairement

---

(1) La nécessité de recourir à une exception, dans cette hypothèse, n'est pas en contradiction avec la règle qui avait prévalu, d'après laquelle les pactes faits *in continenti* produisent leur effet *ipso jure*, et circonscrivent la portée de l'obligation dans la mesure qui lui a été donnée par ces pactes, L. 40, D. *De reb. cred.* Il est impossible que la convention ayant pour objet de restreindre la durée de l'obligation soit valable en droit civil, puisque les principes de ce droit repoussent une semblable convention. Elle n'est efficace que d'après le droit prétorien, c'est-à-dire *exceptionis ope*.

(2) Ce caractère aurait même été de l'essence de la *locatio conductio*, dans l'opinion des jurisconsultes qui pensaient que la *locatio in perpetuum* ne devait pas être traitée comme constituant un contrat de louage, voy. *Gai*. III, 145.

un lustre, de même qu'ils disaient qu'on pouvait contracter une société *ad tempus*, l. 1, *pr*. D. *Pro soc*. Il n'est pas besoin de prétendre, avec quelques auteurs (1), pour sauver les intérêts du contractant une fois le temps écoulé, qu'il échappera à une action, en vertu de ce principe que l'exception de pacte est sous-entendue dans les actions de bonne foi, telles que l'action *conducti* ou *pro socio*. Cette explication ne pourrait être appliquée au cas où il y aurait eu stipulation d'une prestation temporaire; par exemple, la jouissance d'un fonds aura été promise pour une année ou pour plusieurs. Nous sommes convaincu cependant que le promettant, qui aurait fourni en réalité la jouissance réglée par la stipulation, serait à l'abri de l'action *ex stipulatu*, indépendamment du bénéfice d'une exception. Ici, en effet, la prestation opérée serait un véritable payement; et le payement a la puissance d'éteindre *ipso jure* une obligation quelconque. Tout ce que veut dire la règle du droit civil, c'est que, quand une obligation de donner ou de faire quelque chose a été constituée, cette obligation, si elle n'a pas été accomplie, ne peut disparaître par le seul effet d'un laps de temps. Le *vinculum juris* qu'a formé l'obligation, le rapport de droit qui s'est établi entre les parties, peut incontestablement s'anéantir au moyen d'une exécution; mais il ne s'efface pas *tempore*. En un mot, il n'y a pas de prescription extinctive des créances.

Si telle était la règle de l'ancien droit civil, elle n'était cependant pas d'une application absolue. La dérogation la plus importante que l'on peut signaler était contenue

---

(1) Voy. M. de Savigny, *Traité de droit romain*, t. III, § 127.

dans une loi Furia (1), relative aux *sponsores* et aux *fidepromissores*, d'après laquelle l'engagement de ces deux sortes d'*adpromissores*, outre qu'il était viager, s'éteignait encore du vivant des obligés par le laps de deux années *(per legem Furiam biennio liberantur*, Gai. III,

(1) Il y a incertitude sur la date de cette loi Furia, que plusieurs auteurs placent en 659 de la fondation de Rome, mais qui pourrait bien être plus ancienne. Nous savons par Gaïus, III, 122, qu'elle ne s'appliquait qu'en Italie. Ce qu'il y a de plus difficile à expliquer, c'est la faveur exorbitante dont jouissaient les *sponsores* et les *fidepromissores*. Si l'on veut voir là une mesure imaginée dans l'intérêt des Plébéiens, qu'aurait fait consacrer par un Plébiscite un tribun Furius, afin de se rendre populaire, on peut s'étonner que les bizarreries particulières à la *sponsio* et à la *fidepromissio* se trouvassent encore en pleine vigueur à la fin du IIe siècle de l'ère chrétienne. La *fidejussio*, qui était comprise d'une manière beaucoup plus large, et qui, longtemps sans doute avant Justinien, avait fait tomber en désuétude la *sponsio* et la *fidepromissio*, n'était pas parvenue à les supplanter à l'époque des jurisconsultes. On rencontre dans les Pandectes plus d'un fragment, où il est question d'un fidéjusseur présenté comme étant *tempore liberatus* (Voy. l. 29, § 6, *Mandat.*, 69, *De fidej.*, 71, § 1, *De solut.*, etc.); et il est bien naturel de supposer que, dans ces divers textes, l'expression *fidejussor* aura été substituée par les compilateurs à celle de *sponsor*. M. Rudorff (*Zeitschr. für Geschicht. Rechtswiss.*, t. XIV, p. 439 et suiv.) a émis la conjecture que cette libération *biennio* devait être restreinte au cas où la *sponsio* et la *fidepromissio* étaient relatives à l'obligation de garantie incombant au vendeur d'un fonds italique. Mais cette conjecture ne résiste pas au texte de Gaïus, où nous voyons les *sponsores* et les *fidepromissores*, par opposition aux *fidejussores*, jouir en général des mêmes bénéfices, quelle que fût l'obligation à laquelle ils avaient accédé, pourvu qu'elle eût été contractée *verbis*. M. Huschke (Gaïus, *Beiträge zur Kritik*, etc., p. 70 et suiv.) a cherché à rendre compte des différences qui séparaient le *fidejussor* du *sponsor* et du *fidepromissor*, en développant assez longuement cette idée que la *sponsio* et la *fidepromissio* constituaient un cautionnement *personnel*, tandis que la *fidejussio* aurait été un cautionnement *réel* : *persönliche Burgschaften*, d'une part, *sächliche Burgschaft*, de l'autre. Mais nous n'avons pas été assez heureux pour comprendre les raisonnements auxquels se livre cet auteur.

121). Arrêtons-nous un instant sur le mode de libération consacré par cette loi, et sur la manière dont il était entendu.

Nous admettons volontiers l'opinion énoncée par la plupart des auteurs modernes, notamment par M. de Savigny, opinion suivant laquelle l'expiration du *biennium* amenait *ipso jure* la libération des *sponsores* ou des *fidepromissores*, et détruisait complétement l'obligation. Comme il y avait un texte de loi qui limitait à deux années la durée de la *sponsio* ou de la *fidepromissio*, on doit en conclure assurément qu'après ce délai le débiteur n'était plus tenu civilement; et il était sans doute dans l'intention du législateur que le débiteur fût soustrait entièrement aux conséquences de l'engagement qu'il avait contracté, de telle sorte qu'il n'existât plus à sa charge même une obligation naturelle.

A quel moment devait se placer le point de départ du *biennium?* Il ne nous paraît pas douteux que le délai ne pouvait commencer à courir tant qu'il n'y avait pas une action ouverte, *actio nata*, contre les obligés; qu'ainsi, au cas où la dette était à terme ou conditionnelle, il fallait attendre l'arrivée du terme ou l'accomplissement de la condition. Jusque-là le créancier ne pouvait agir, sous peine de plus-pétition; il ignorait d'ailleurs jusqu'à l'échéance pour combien il aurait le droit de poursuivre chacun des *sponsores* (1), puisque l'obligation

(1) Nous ne parlerons plus désormais, *brevitatis causa*, que du *sponsor*, la condition du *fidepromissor* étant, en général, semblable à celle du *sponsor*, sauf l'avantage de l'action *depensi in duplum*, qui en vertu de la loi Publilia, appartenait exclusivement au *sponsor* pour recouvrer contre le *reus* ce qu'il avait payé, Gaï., III, 127. D'un autre côté, la *sponsio*, à raison de la formule employée, devait être propre aux citoyens romains, tandis que la *fidepromissio* était accessible aux pere-

se divisait en autant de parts qu'il y avait de *sponsores*, existant encore, *eo tempore quo pecunia peti potest*, dit Gaius, III, 121. C'était le moment de l'échéance qui était pris en considération pour régler, quant à l'étendue de son engagement, la position de chaque *sponsor*. Alors seulement la dette était réellement déterminée; elle ne pouvait commencer à s'éteindre *tempore* avant que tous ses éléments ne se fussent développés.

Mais, si l'on suppose que le créancier s'est trouvé pendant quelque temps hors d'état d'agir, faudra-t-il tenir compte de cette circonstance, et suspendre le cours du *biennium* tant qu'aura duré l'impossibilité pour le créancier d'exercer son droit? Deux fragments des Pandectes, l'un de Javolénus, la loi 4, *De div. temp. præscr.* (LXX), l'autre de Vénuléius, la loi 25, *De stip. serv.* (LXXI), prévoient cette hypothèse, et fournissent, croyons-nous, à cette question deux réponses diamétralement opposées l'une à l'autre.

Dans la loi 4, il s'agit d'un esclave héréditaire, ou de l'esclave d'un captif, *qui satis acceperit*, porte le texte. Javolénus est d'avis que le délai de la satisdation doit courir sur-le-champ, *continuo dies satisdationis currere incipiet*. Cette satisdation se référait sans doute à une dette actuellement exigible. Le raisonnement que fait le jurisconsulte, pour justifier sa solution, témoigne bien qu'il n'était guères partisan de la maxime qu'on a l'habitude d'exprimer ainsi : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*. A ses yeux, ce qu'il faut considérer, c'est uniquement le point de savoir si l'obligé était en mesure

---

grini, dont l'obligation passait même à leurs héritiers, si le droit de leur pays n'était pas conforme à la législation romaine, suivant l'observation de Gaïus, III, 120.

d'être poursuivi; on ne doit pas se préoccuper de la possibilité d'agir qui ferait défaut chez le créancier. La faveur due au premier l'emporte sur celle que mérite le second. Il serait fort injuste, ajoute-t-il, alors qu'un débiteur n'a rien fait qui empêchât d'agir contre lui, que la durée de son obligation fût prolongée par égard pour la position du créancier.

Vénuléius, au contraire, dans la loi 25, est plus indulgent pour le créancier. Il suppose d'abord qu'un esclave héréditaire a stipulé et reçu des fidéjusseurs (*fidejussores acceperit*, font dire à Vénuléius les rédacteurs des Pandectes). Il y a doute, en ce cas, remarque le jurisconsulte, sur le point de savoir si le temps courra immédiatement, ou s'il faudra attendre l'adition. La même difficulté se présente, si c'est l'esclave d'un captif qui a obligé des fidéjusseurs. Vénuléius rapporte ensuite, sans s'occuper de la justifier, l'opinion de Cassius, qu'il adopte vraisemblablement, et d'après laquelle le délai ne doit être compté qu'à partir du moment où il y aura possibilité d'agir, c'est-à-dire à partir de l'adition d'hérédité, ou du retour du maître qui était captif.

Quelque désirable qu'il soit d'éviter les contradictions entre les divers fragments du *Corpus juris*, le zèle contre les antinomies ne doit pas aller jusqu'à essayer de mettre d'accord deux jurisconsultes, dont l'un enseignait exactement le contraire de ce que pensait l'autre. Nous estimons qu'on ne doit se faire aucun scrupule d'admettre ici une divergence de doctrine. Il est impossible qu'elle éclate d'une manière plus prononcée. Javolénus dit fort nettement qu'il n'y a pas à s'inquiéter de la faculté qu'avait ou non le créancier d'agir, tandis que Vénuléius s'arrête à cette idée: le créancier était-il ou n'était-il pas en

mesure d'user de son droit? Rien de plus naturel que de rencontrer à cet égard des opinions différentes, puisque Vénuléius nous atteste que cette question partageait les esprits, qu'il y avait doute, *dubitatur*. En vain objecterait-on que Javolénus était un Sabinien, et que Vénuléius nous fait connaître l'avis de Cassius, l'un des chefs de l'école Sabinienne. La décision de Javolénus est trop claire, en effet, pour qu'on ne soit pas forcé de supposer qu'il s'écartait sur ce point du système professé par Cassius, de même que nous savons par Ulpien, *Reg.* tit XI, § 28, que, si les Sabiniens admettaient la puberté par cela seul qu'elle était constatée au moyen de l'appréciation de l'*habitus corporis*, Javolénus exigeait à la fois un examen individuel et l'accomplissement de quatorze années révolues.

Les interprètes n'ont cependant pas manqué de trouver des conciliations. L'explication qui a rencontré le plus de suffrages, est celle proposée par Cujas (1), à laquelle se sont ralliés Wissenbach (2), Pothier (3), Glück (4), etc. Elle consiste à prétendre que la loi 4 est relative à une *satisdatio*, qui aurait été limitée *ad tempus* au moyen d'une convention expresse, tandis que la loi 25 aurait trait à une action temporaire, dont le délai serait réglé par la loi elle-même.

Cette distinction n'offre rien de bien satisfaisant. On a peine à concevoir qu'un créancier, qui s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir, doive être excusé ou non,

(1) *Obs.*, XVI. 38.
(2) *Disput.* ad tit. *De div. temp.*, § 16.
(3) *Pandect. Justin.* ad tit. *De div. temp.*, n° 1.
(4) T. III, § 269ª, p. 499, note 20.

suivant que le droit qu'il a perdu était limité dans sa durée, en vertu d'une disposition législative ou d'une convention formelle. Il est d'ailleurs à peu près certain que Javolénus faisait allusion à un créancier dont le droit était restreint par la loi même. On comprend que les anciens commentateurs, en présence de ces mots : *dies satisdationis*, indiquant une satisdation temporaire, aient imaginé qu'il s'agissait de fidéjusseurs, qui auraient eu la précaution de réduire leur engagement, perpétuel de sa nature. Mais, aujourd'hui que les particularités de la *sponsio* sont bien connues, il va de soi pour ainsi dire que Javolénus s'occupait de *sponsores*, jouissant du bénéfice de la loi Furia. Les expressions : *tempus cedat*, employées par Vénuléius, ne sont autre chose que le *biennium* appliqué à l'obligation des *sponsores*. Seulement, la mention des *fidejussores*, que les compilateurs ont substituée ici comme ailleurs aux *sponsores*, rend nécessaire, à l'époque de Justinien, l'addition d'une convention, par suite de laquelle la fidéjussion aurait été limitée à un certain délai.

Mühlenbruch (1), qui rejette la distinction faite par Cujas, pense que les deux textes sont susceptibles de se concilier à l'aide d'une autre distinction. Il importe, dit-il, de savoir si c'est l'esclave qui a fait naître l'obligation, ou si son rôle s'est borné à corroborer une obligation antérieure, en y ajoutant la garantie d'une satisdation. Le premier cas serait uniquement celui prévu par Vénuléius, dont le texte suppose que l'esclave a stipulé du débiteur principal, et qu'il a en outre reçu l'engagement des fidéjusseurs. Ici, l'obligation principale

(1) Suite de *Glück*, t. XLIII, p. 61.

serait conditionnelle ; elle dépendrait de l'adition d'hérédité : *Nullam vim habitura sit stipulatio*, suivant Paul, l. 73, § 1, D. *De verb. oblig.*, *nisi adita hereditas sit, quasi conditionem habeat*. Cette condition rejaillirait sur la position des débiteurs accessoires; et même, en admettant, conformément aux vraisemblances, que ces débiteurs fussent des *sponsores*, le *biennium* ne pourrait courir tant que la condition de l'obligation principale n'est pas accomplie. Javolénus, au contraire, aurait eu en vue une créance acquise par le *dominus*, créance pure et simple, à laquelle auraient été annexés des *adpromissores* par le fait d'un esclave héréditaire, durant la vacance de l'hérédité. En pareil cas, les jurisconsultes auraient été d'accord pour laisser courir immédiatement le délai pendant lequel les *adpromissores* pouvaient être poursuivis.

Cette conciliation ne nous semble pas plus admissible que celle de Cujas. Ce qui est décisif pour Vénuléius, c'est la faculté d'agir, existant ou non de la part du créancier ; et, à ses yeux, l'obstacle devait être le même, soit que l'obligation fût antérieure, soit qu'elle fût postérieure au décès du maître dont la succession est jacente. Aussi, dans la seconde hypothèse, ne relève-t-il pas cette circonstance qu'il y aurait une obligation nouvelle; il ne parle que d'une stipulation intervenue avec des fidéjusseurs. Mais il présente son opinion comme douteuse, *dubitatur*; elle était effectivement rejetée par Javolénus. D'un autre côté, si l'on part de cette idée que la stipulation conclue par un esclave héréditaire est conditionnelle, ce caractère doit appartenir à l'obligation accessoire que l'esclave aura fait naître à l'occasion d'une dette préexistante. Il suffit que l'engagement des

sponsores soit conditionnel, en fût-il autrement quant à celui du *reus*, pour que le délai à leur égard ne coure pas *pendente conditione*. Javolénus probablement ne regardait pas comme équivalant à une condition l'incertitude où l'on était sur le *dominus* qui pourrait profiter de la stipulation d'un esclave héréditaire. En acceptant ce point de vue d'une condition, il y a une raison de plus pour préférer l'avis de Cassius et de Vénuléius, qui nous paraît être celui auquel on doit s'arrêter. Vénuléius, en effet, est un jurisconsulte postérieur à Javolénus ; et il exprime sans doute la doctrine qui avait prévalu de son temps (1).

Indépendamment des dispositions spéciales aux *sponsores* ou *fidepromissores*, on peut citer encore quelques cas où le droit civil admettait des actions temporaires. Ainsi la loi Julia *repetundarum* n'ouvrait une action contre les héritiers du magistrat concussionnaire que dans l'année qui suivait la mort du coupable. De même, l'action d'injures (2) s'éteignait par un certain laps de

---

(1) Javolénus vivait sous Trajan, de 98 à 117 de l'ère chrétienne. Vénuléius, dont l'époque est un peu incertaine, écrivait après Julien, rédacteur sous Hadrien de l'édit perpétuel ; il cite plusieurs fois Julien dans ses ouvrages.

(2) Il ne faut pas objecter que l'action d'injures, au temps des jurisconsultes, avait cessé d'être une action civile, pour devenir une action prétorienne. D'abord, il n'en était pas toujours ainsi, puisqu'une loi Cornélia réprimait certaines injures. D'ailleurs, quand le droit prétorien, dans l'accomplissement de son œuvre réformatrice, remplaçait par des peines nouvelles celles du droit civil, il se conformait, quant à la durée des actions qu'il créait, aux règles de l'ancien droit, comme on le voit à l'égard du *furtum manifestum*, *Instit.*, *liv.* IV, *tit.* XII, *pr.* Si l'action d'injures, après qu'on lui eut appliqué la peine autorisée par le Préteur, ne fut qu'une action temporaire, c'est que déjà sans doute

temps. Déjà Ulpien, l. 17, § 6, D. *De injur.*, nous apprend que l'*injuria* était *tempore abolita*. Quant à la fixation de ce temps, nous la trouvons dans une Constitution de Dioclétien et Maximien, la loi 5, C. *De injur.*, où il est dit que l'*injuriarum actio est annuo tempore præscripta*. La *querela inoff. test.*, qui avait le caractère d'une action d'injures, devait aussi être exercée dans un délai, limité d'abord à deux ans, puis étendu à cinq ans, dont le point de départ, fixé suivant les uns au moment du décès, devait l'être, suivant les autres, au jour seulement de l'adition. Cette dernière opinion a été confirmée dans la loi 36, § 2, C. *De inoff. test.*, par Justinien, qui a déterminé en outre le temps pendant lequel l'héritier institué devrait s'expliquer sur le parti qu'il voudrait prendre.

Le droit prétorien ne se montra pas aussi rigoureux contre les débiteurs que le droit civil; il ne consacra pas, en principe, la règle: *Ad tempus deberi non potest.* Si l'on prenait à la lettre la doctrine exposée aux Institutes, *liv. IV, tit. XII, pr.*, on devrait même supposer que le droit prétorien admit précisément la règle inverse. Justinien, en effet, après avoir dit pour les actions civiles : *Perpetuo solere antiquitus competere*, ajoute, quant aux actions découlant de l'édit du Préteur : *Plerumque intra annum vivere.* Mais ce caractère d'annalité, attribué comme ordinaire aux actions préto-

---

le droit civil avait admis le même principe, par suite de cette idée que l'offense disparaît quand il y a *dissimulatio*. On voyait une remise tacite de l'offense dans le silence prolongé gardé par l'injurié, qui avait dédaigné de demander une réparation à la justice.

riennes, n'était vrai que sous des restrictions importantes.

On a critiqué justement le motif donné par les rédacteurs des Institutes, tiré de la durée des fonctions du Préteur. Gardons-nous de penser que l'expiration des fonctions du magistrat exerçât quelque influence sur les actions annales qui avaient pu prendre naissance dans le cours d'une magistrature, ainsi que les choses se passaient quant aux pouvoirs du *judex*, constitué pour un *jud. imp. cont.* L'année assignée à une action se comptait à partir du moment où le droit était né; le délai pour agir était toujours le même, sans qu'il fallût se préoccuper du temps qui restait au magistrat pour achever sa charge, à l'époque où l'on était devenu créancier. — D'une autre part, l'année de durée attribuée aux actions prétoriennes était, du moins incontestablement pour plus d'un cas, une année *utile*, bien plus longue, par conséquent, que la période des fonctions des magistrats, lesquels se renouvelaient après la révolution d'une année ordinaire, c'est-à-dire *continue*. C'est ce que nous voyons indiqué formellement dans diverses hypothèses, notamment en ce qui concerne l'interdit *Unde vi*, l. 1, § 39. D. *De vi*, etc., l. 2, C. *Unde vi*. La loi 1, *pr*. D. *Uti possid.*, énonce quelque chose d'analogue quant à l'interdit *uti possidetis*, qui compétait *intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit*. De même les actions *redhibitoria* et *quanti minoris* étaient données pendant six mois *utiles*, ou une année *utile*, l. 19, § 6, D. *De ædil. edict.* Doit-on généraliser cette prescription, pour l'appliquer à toutes les actions prétoriennes qui étaient annales? Telle est l'opinion de Doneau (1), suivie

(1) *Comment. De jur. civ.*, liv. XII, ch. VIII, § 17.

également par M. de Savigny (1); et on peut invoquer en ce sens les règles de la *restitutio in integrum*, pour laquelle, au temps classique, le délai était d'une année *utile*. Néanmoins, le soin que prennent quelquefois les jurisconsultes d'indiquer qu'il s'agit d'une année *utile*, ne se comprendrait pas, si telle avait été la règle absolue; et, pour notre compte, nous ne sommes pas enclin à partager ce système.

Enfin, ce qui achève de démontrer l'inexactitude du motif donné par Justinien, c'est que les Préteurs ne se sont pas fait scrupule de créer assez souvent des actions perpétuelles, à l'instar de celles du droit civil. Cette restriction : *intra annum vivere*, ne s'appliquait régulièrement qu'aux actions pénales prétoriennes, et non aux actions *rei persecutoriæ*. Cette distinction est exprimée par Paul dans la loi 35, D. *De oblig. et act.* (2). Aussi, voyons-nous que, à côté de l'action pénale circonscrite *intra annum*, on donnait *post annum*, quand il s'agissait de faire restituer à quelqu'un le gain qu'il avait réalisé, une action qui ne tendait que *ad rem persequendam*, comme aussi les héritiers étaient tenus *de eo quod ad eos pervenit*, bien qu'ils ne fussent pas exposés aux actions pénales à raison des faits de leur auteur (*dict. l.* 35, l. 28, § 1, D. *De dol. mal.*, l. 4, D. *De interd.*, l. 1, pr. et § 48, D. *De vi.* — L'action *de pecunia*

(1) *Traité de droit romain*, t. IV, § 189, p. 437, de la traduction de M. Guenoux.

(2) *In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait : ut quæ rei persecutionem habeant, hæ etiam post annum darentur : cæteræ intra annum.* Le jurisconsulte ajoute que, si une action *rei persecutoria* était donnée *contra jus civile*, par exemple, quand elle avait pour effet de rescinder une usucapion, l'action était annale.

constituta, en qualité d'action *rei persecutoria*, aurait dû être perpétuelle. Jusqu'à Justinien cependant elle était annale, du moins dans certains cas, nous apprend la loi 2, C. *De pec. constit.*, sans que nous sachions quels pouvaient être ces cas (1). Quant à l'action *de peculio*, elle ne devenait annale qu'à partir du moment où le pécule avait cessé par la mort de l'esclave ou du fils de famille, par l'affranchissement ou l'aliénation de l'esclave, par l'émancipation du fils, l. 1, pr. D. *Quando de pecul. act.* — En définitive, à part quelques exceptions, la restriction dont usait le Préteur, quant à la durée des actions qu'il avait introduites, reposait en général sur cette idée qu'il ne fallait pas laisser un citoyen trop longtemps exposé à subir une peine, de même que chez nous la prescription extinctive des actions criminelles est bien plus courte que celle des actions civiles.

Dans les différents cas où il existait une action annale prétorienne, que devenait l'obligation, une fois le temps écoulé sans que l'action eût été intentée ? L'obligation disparaissait-elle absolument ; survivait-il une obligation naturelle ? Les jurisconsultes romains se trouvaient ici en présence d'une libération due au bénéfice du temps. Demandons-nous comment ils ont apprécié la valeur de cette libération.

Un premier point, qui, suivant quelques esprits, aurait de l'importance pour la solution de notre question,

---

(1) La loi 2 s'exprime de la sorte : *Et neque in omnibus casibus longæva esset constituta, sed in speciebus certis annali spatio concluderetur*. D'après la loi 1, *eod. tit.*, cette restriction ne s'appliquait pas au *constitutum debiti alieni* ; ce texte énonce qu'en pareil cas l'action passait contre les héritiers, et était perpétuelle.

est celui de savoir si le laps de temps opérait *ipso jure*, ainsi qu'on doit l'admettre, nous le croyons, quand il y avait application de la loi Furia, ou si l'insertion d'une exception dans la formule était nécessaire. Doneau (1) a soutenu que les actions limitées à un certain temps par la source même du droit qui les avait introduites, telles qu'étaient les actions annales prétoriennes, s'éteignaient *ipso jure* au bout du temps fixé, tandis qu'une exception était indispensable quand le bénéfice de la prescription avait été accordé par une loi postérieure. Cette distinction est aujourd'hui, en général, abandonnée (2). Sans doute le Préteur disait : *Intra annum judicium dabo*. Il s'ensuivait que, si l'action était réclamée *post annum*, et que cette circonstance fût constante *in jure*, il y avait lieu de procéder par voie de refus d'action. Dans le cas, au contraire, où il y avait contestation à cet égard, le magistrat ajoutait à la formule une clause, en vertu de laquelle le juge devait apprécier ce point, et ne condamner qu'autant que l'action aurait été demandée en temps opportun. Nous trouvons divers textes qui mentionnent à ce sujet la ressource d'une exception. La loi 30, §5, D. *De pecul.*, nous parle d'un créancier repoussé par une *annua exceptio : Si annua exceptione sit repulsus a venditore creditor*. De même, la loi 15, § 5, D. *Quod vi*, nous dit que quelquefois, s'il y a eu juste cause d'ignorance, le Préteur fera remise de l'*annua exceptio : Nam causa cognita, annuam exceptionem remittendam*. Ailleurs, il est question d'une *præscriptio*, par exemple

(1) *Comment. De jur. civ.*, liv. XVI, tit. VIII, §§ 21 et 22.

(2) Voyez Unterholzner, *Lehre des R. R. von den Schuldver.*, t. I, § 247; M. de Savigny, *Traité de droit romain*, t. V, p. 398 de la traduction de M. Guenoux.

dans la loi 5, C. *De injur.*, qui porte : *Cum injuriarum actio annuo tempore præscripta sit.* Enfin le nom de *præscriptio*, donné au moyen fondé sur l'écoulement d'un certain temps, indique la nécessité d'une insertion positive dans la formule.

Il n'est pas indifférent assurément d'adopter l'une ou l'autre opinion. Si le temps n'opère que *exceptionis* ou *præscriptionis ope*, en cas d'omission dans la formule, le juge ne devra pas tenir compte du temps écoulé, comme le pense Unterholzner; il y aura par conséquent condamnation. Mais, ainsi que le fait remarquer justement M. de Savigny, la procédure à suivre ne peut servir à déterminer si une obligation naturelle survit ou non au *tempus elapsum*. Dans bien des cas, effectivement, un droit, qui, existant *jure civili*, peut être anéanti *per exceptionem*, ne laisse point place néanmoins à une obligation naturelle. C'est ce qu'on peut dire là où il y a lieu à l'exception *doli mali*, ou *quod metus causa*, à l'exception *pacti conventi perpetua*, etc. En revanche, la protection d'une exception en faveur d'un débiteur n'exclut pas la possibilité d'une obligation naturelle, ce qui arrive, quand il aura invoqué l'exception du Sénatus-consulte Macédonien, une exception *procuratoria*, l'exception *pacti conventi ad tempus*, etc.

En laissant de côté ce point de vue, il faut chercher ailleurs les éléments à l'aide desquels peut se résoudre le problème qui nous occupe. Nous savons quels sont les effets que la jurisprudence romaine attribuait à l'obligation naturelle, effets plus ou moins nombreux suivant les cas. Voyons ce que décident les sources quant à leur application aux obligations temporaires. *A fructibus eorum cognoscemus eos.*

Fidéjussion.—La fidéjussion nous est apparue plusieurs fois comme étant parfaitement possible à l'occasion d'une obligation naturelle. Or, nous lisons dans la loi 37, D. *De fidej.* (LXXII), que, si un débiteur, libéré *tempore*, a donné par erreur un fidéjusseur, cette fidéjussion constitue un acte nul ; *fidejussor non tenetur*, dit Paul, *quoniam erroris fidejussio nulla est*.

Les auteurs, qui enseignent que la prescription laisse subsister une obligation naturelle, ont essayé d'expliquer diversement cette loi 37. Weber (1), dont la doctrine est suivie par Unterholzner, suppose qu'il s'agit d'un débiteur qui aurait formellement limité son obligation à un certain temps. — La nullité de la fidéjussion serait exacte sans doute en pareil cas ; mais rien n'autorise à penser que Paul fît allusion à un débiteur de ce genre. Il n'avait pas besoin de songer à cette hypothèse exceptionnelle, puisqu'il y avait à son époque des débiteurs qui se trouvaient libérés *tempore*, sans avoir pris la précaution de se réserver cet avantage. — Francke (2) fait intervenir ici la loi Furia, qui, nous l'avons dit, détruisait après deux ans la substance entière de l'obligation. Ce serait un *sponsor*, qui à son tour aurait donné un *fidejussor*. Nous répondons que c'est là un système forcé, que rien ne justifie, et qui réduit arbitrairement à un cas tout à fait extraordinaire une décision que Paul énonce d'une manière générale pour tout débiteur libéré *tempore*.—M. de Savigny (3) ne voit dans la loi 37 qu'une application de cette idée que le fidéjusseur doit profiter

(1) § 92, p. 356, 5e édition.
(2) *Civil. Abhandl.*, II, p. 73.
(3) *Traité de droit romain*, t. V, § 251, p. 425 de la traduction.

des exceptions qui compétent au débiteur principal. — Mais cette règle est loin d'être absolue. Il est plus d'un cas où le fidéjusseur peut être poursuivi, bien que le *reus* soit à l'abri d'une action, comme il arrive, si ce dernier jouit du bénéfice de compétence, s'il y a eu en sa faveur un pacte *de non petendo in personam*. L'existence d'une fidéjussion se rattachant à une obligation naturelle nous fournit un exemple de la même position. Un pupille a promis sans l'*auctoritas tutoris*, un mineur s'est fait restituer *in integrum* à la suite d'un engagement : nous avons vu que le fidéjusseur est exposé à une condamnation, tandis que le *reus* ne court pas un pareil danger. De même, si le débiteur, libéré *tempore*, reste tenu d'une obligation naturelle, pourquoi la fidéjussion ne serait-elle pas efficace, puisqu'elle se contente d'une obligation de cette espèce?

M. de Savigny fait une autre objection plus sérieuse. Il tire habilement parti de la circonstance d'une erreur, dont parle la loi 37; et il y trouve la preuve qu'après la prescription l'obligation n'a pas péri tout entière. Autrement, dit-il, l'erreur ne devrait avoir aucune influence; et cependant Paul base la nullité de la fidéjussion sur le fait de l'erreur, de sorte que, dans sa pensée, un cautionnement fourni sciemment serait efficace. Il faut donc le rattacher à l'idée d'une obligation qui existe encore. — Nous croyons, en effet, que la circonstance d'une erreur commise par le débiteur qui ignorait sa libération ne doit pas être perdue de vue : seulement elle n'a pas le sens que lui attribue M. de Savigny. Ce qui est vrai, suivant nous, c'est qu'après la prescription, les choses ne sont pas au même état que s'il n'y avait jamais eu d'obligation. On ne peut pas dire qu'une fidéjussion est absolument im-

possible, comme si elle se rapportait à une dette imaginaire. Notre avis est qu'on admettait, en droit romain, comme le fait notre droit français, qu'un débiteur dégagé par la prescription était libre de renoncer à ce bénéfice. S'il lui plaît d'abdiquer le moyen grâce auquel il pourrait échapper à l'obligation, la reconnaissance de sa dette qu'il fait sciemment, en fournissant une caution, doit être tenue pour valable, de même que le payement, qu'il aurait exécuté volontairement. Mais, s'il était vrai qu'il restât obligé naturellement, dans le sens ordinaire de ce mot, l'erreur où il serait tombé, soit en payant, soit en donnant quelque garantie, n'empêcherait pas la validité de ces actes. La fidéjussion trouverait une base suffisante dans l'obligation naturelle, *vulgari sensu*, dont l'efficacité n'est pas, en général, subordonnée à la bonne volonté du débiteur. Il est clair néanmoins que, suivant le jurisconsulte, l'ancien débiteur qui s'est trompé, ne doit souffrir aucun préjudice par suite de son erreur. Ce n'est donc pas là une véritable obligation naturelle, pouvant nuire au débiteur malgré lui.

La nullité de la fidéjussion, à l'égard d'une dette que le temps a éteinte, ressort encore d'un texte d'Africain, de la loi 38, § 4. D. *De solut.* (LXXIII.) L'espèce prévue est celle-ci : Un individu, pendant son absence pour le service de l'État, a été libéré de quelque action temporaire à laquelle il était soumis. On ne pouvait, en droit romain, se faire délivrer une action contre un absent; et, si personne ne se présentait pour défendre à une prétention soulevée à l'égard d'un absent, le créancier, qui n'avait qu'une obligation temporaire, se trouvait rigoureusement déchu de son droit, sans qu'il y eût aucune

faute à lui imputer. Le Préteur venait alors au secours de celui qui avait souffert ce préjudice inévitable; c'était l'un des cas où il y avait lieu à une *restitutio in integrum*, au profit des majeurs de 25 ans (1). Le délai de cette restitution était, suivant l'usage, une année *utile*, à partir du moment où l'absence avait cessé. Dans l'hypothèse traitée par Africain, il y a, après le retour de l'absent, intervention d'un fidéjusseur en vue de l'obligation qui n'était pas irrévocablement éteinte, puisqu'elle pouvait être rétablie au moyen d'une *restitutio* demandée au Préteur. Cette fidéjussion a trait, peut-on dire, à une dette conditionnelle, sous le rapport du droit d'action (2), ce droit dépendant du préalable d'une restitution, qui ne peut être obtenue que pendant un certain temps. Cette condition ne se réalise pas; le créancier laisse passer l'année, sans se pourvoir devant le magistrat; la question est de savoir si le fidéjusseur sera obligé.

En appliquant ici la règle posée par Scævola, L. 60, D. *De fidej.*: *Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem*, on devrait dire que la fidéjussion, perpétuelle de sa nature, subsistera à raison de l'obligation naturelle qui survivrait à la prescription. Cependant Africain arrive à donner, en principe, une solution inverse. Il mentionne sans doute

---

(1) Voyez le texte de l'édit sur ce point dans la loi 1, § 1, D. *Ex quib. caus. maj.*

(2) Ce n'était qu'au point de vue d'un droit d'action contre le *reus* qu'une restitution était nécessaire. Bien que le créancier néglige d'avoir recours à cette précaution, il n'en a pas moins, tant que le délai de la restitution n'est pas écoulé, un droit susceptible de fidéjussion. L'obligation du fidéjusseur a donc pu prendre naissance sans le préalable d'une restitution formelle.

un dissentiment de la part de Julien, qui était d'avis de la non-libération du fidéjusseur, parce qu'il se préoccupait, paraît-il, de l'impossibilité où aurait pu se trouver le créancier d'agir contre le fidéjusseur. Africain répond à cette objection, en faisant observer qu'il y aura alors une situation exceptionnelle dont il faudra tenir compte. On accordera au créancier, pour ce cas, une restitution à l'égard du fidéjusseur; la ressource de l'édit ne manquera pas ici au créancier, qui doit avoir contre le débiteur accessoire la liberté d'agir pendant le temps ordinaire, de même que contre le débiteur principal. Mais, en définitive, si l'on fait abstraction de ces circonstances particulières, qui autorisent un rétablissement de la fidéjussion, on voit que la pensée d'Africain est que, en règle générale, la fidéjussion n'a plus de valeur, quand une fois la dette est éteinte *tempore*, d'où la conséquence que ce mode de libération ne laisse pas subsister une obligation naturelle.

Pour écarter l'argument tiré de ce texte, M. de Savigny (1) invoque la loi Furia, comme le fait Francke à l'occasion de la loi 37. Il s'agirait encore ici uniquement d'un *sponsor*; cette interprétation serait commandée par cette raison que, le délai des actions prétoriennes annales étant un *tempus utile*, le créancier ne peut avoir perdu son droit à cause de l'absence de son adversaire, puisqu'il fallait déduire le temps pendant lequel le défendeur avait été absent, et que par conséquent une restitution eût été inutile. — Nous retombons, on le voit, dans la question de savoir si les actions temporaires du droit prétorien étaient toujours régies

(1) T. V, § 251, note *h*.

quant à leur durée par la computation de l'*utile tempus*. L'affirmative nous semble assez douteuse ; car l'édit prévoyait positivement, comme donnant lieu à une restitution, le cas où un débiteur aurait échappé par son absence à quelque action (1). Pour expliquer cette disposition de l'édit, il faudrait donc supposer qu'elle était faite précisément en vue des *sponsores*. Mais les termes dont se sert Africain sont trop larges pour permettre de dire qu'il ne songeait qu'à l'action découlant d'une *sponsio* ou d'une *fidepromissio : actione qua liberatus sit*, ce qui s'applique à un nombre indéterminé d'actions s'éteignant *tempore*, et nécessitant une restitution.

Les derniers mots de la loi 38, § 4, font allusion à une difficulté qui avait embarrassé les jurisconsultes romains. Le résultat auquel on arrive, en déclarant que le fidéjusseur restera tenu, tandis que le débiteur principal est libéré, amène cette position singulière qu'il y aura un débiteur accessoire pouvant être condamné, bien que le *reus* échappe à toute poursuite. N'y a-t-il pas là quelque chose de choquant, qui ne peut se concilier avec l'idée de la fidéjussion, pour le fondement de laquelle l'existence d'une dette principale semble indispensable ? Il était possible cependant que le *reus* eût droit à sa libération, sans que le fidéjusseur pût invo-

---

(1) *Actioneve qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur*, l. 1, § 1, D. *Ex quib. caus. maj.* Il ne peut être ici question de la perte de l'action en revendication par suite de l'accomplissement d'une usucapion. Cette hypothèse formait l'objet d'une mention spéciale dans l'édit. D'ailleurs l'expression *actio* désigne, en général, une action personnelle.

quer le même bénéfice. Par exemple, le fidéjusseur a fait périr l'objet dû, l'esclave qui avait été promis. Pour le *reus*, c'est là un cas fortuit ; c'est comme si un tiers était l'auteur du meurtre. S'il est certain, en effet, que le fidéjusseur est responsable des faits du *reus*, la réciproque n'est pas vraie. Nous voyons, dans la loi 19, D. *De dol. mal.*, que les jurisconsultes Nératius Priscus et Julien, au rapport de Papinien, estimaient qu'en pareil cas il fallait recourir à l'action *de dolo*. L'action *ex stipulatu* n'était pas possible à leurs yeux, parce que l'obligation fidéjussoire devait disparaître, par voie de conséquence, en même temps que l'obligation principale. Ils faisaient abstraction de la qualité de fidéjusseur, pour traiter l'auteur du méfait comme l'eût été un individu étranger à l'obligation, contre lequel aurait été donnée également l'action *de dolo*, suivant la loi 18, § 5, D. *De dol. mal.*

Tel n'était pas l'avis d'Africain, qui assimile l'hypothèse où le débiteur principal est libéré par la prescription, tandis que le fidéjusseur absent ne pouvait être poursuivi, à celle où le débiteur principal peut se prévaloir de l'*interitus rei debitæ* imputable à son fidéjusseur. Dans les deux cas on procédera par la voie d'une restitution de l'action contre le fidéjusseur. Ce sera comme débiteur *ex contractu* que sera atteint le fidéjusseur qui aura fait périr la chose due, ce qui est fort raisonnable, puisqu'il devait en vertu d'un contrat l'objet qu'il a détruit. Cette manière d'agir aura le double avantage d'épargner l'honneur du fidéjusseur, en écartant l'action infamante *de dolo*, et, en outre, de mieux ménager les intérêts du créancier. Si le fidéjusseur, en effet, est considéré comme responsable à raison d'un

contrat, cette responsabilité passera à la charge de ses héritiers, tandis que, s'il ne devait que la réparation de son dol, uniquement parce qu'il a commis un délit, sans tenir compte du lien du contrat, les héritiers seraient à l'abri d'une action, de ce chef; et, en cas de mort du fidéjusseur avant toute poursuite, le créancier se trouverait exposé à une perte. — Une décision analogue se rencontre dans un texte de Marcien, jurisconsulte postérieur à Africain, comme ce dernier l'était à Nératius et à Julien ; nous voulons parler de la loi 32, § 5, D. *De usur*. En présence du même fait, le meurtre par le fidéjusseur de l'esclavedû, Marcien, en admettant la libération du *reus*, concède contre le fidéjusseur une action *utile*, c'est-à-dire l'action *ex stipulatu*, qui devra être restituée par le Préteur.

Toutefois, cette voie de procédure laisse encore à désirer pour la sécurité du créancier. Puisqu'il doit recourir à une restitution, pour atteindre le fidéjusseur ou ses ayant cause, il faut qu'il ait le soin de se pourvoir dans le délai d'une année, comme du reste il devrait le faire, du vivant du fidéjusseur, s'il était réduit à l'action *de dolo*. Or, en suivant exactement cette règle que le fidéjusseur étant débiteur de la chose qui a péri, le fait du débiteur perpétue l'obligation, on arrive à dire que le créancier doit jouir du bénéfice de l'action *ex contractu*, qui n'est pas limitée à une année. Ce n'est pas seulement une action *utile*, en vertu d'une restitution, temporaire par conséquent, c'est l'action même du contrat, avec son caractère d'action perpétuelle, qui appartiendra dès lors au créancier. Il ne doit pas se trouver, à la suite de la violation du contrat, dans une position plus mauvaise, de même que le fidéjusseur ne

doit pas améliorer la sienne à raison de son délit. Le dernier pas à faire consistait à conserver intacte contre le fidéjusseur l'action *ex stipulatu* ; et ce dernier pas a été fait par Papinien, qui, prévoyant la même question dans la loi 95, § 1, D. *De solut.*, décide que l'action *ex stipulatu* subsistera à l'égard du fidéjusseur (1). Il ne faut pas se préoccuper, dit-il, de ce que le *reus* est libéré. Une situation semblable se rencontrerait, dans le cas où ce dernier serait décédé, et ne laisserait pas d'héritiers. C'est le parti auquel se range également Paul, dans la loi 91, § 4 D. *De verb. oblig.*, où il énonce que le fait du fidéjusseur perpétue l'obligation, c'est-à-dire qu'elle reste entière à son encontre, malgré la libération du *reus*. Il reproduit la même doctrine dans la loi 88, D. *eod. tit.* Il autorise à l'égard du fidéjusseur l'exercice de l'action *ex stipulatione*, sans ajouter qu'il ne s'agit que d'une action *utile* (2).

---

(1) On aurait tort, ainsi que le fait très-bien observer M. Pellat (*Textes choisis des Pandectes*, p. 198), de considérer Papinien comme étant tombé en contradiction avec lui-même, ce qui semble résulter du rapprochement des lois 19, *De dol. mal.*, et 95, § 1, *De solut.*, qui appartiennent toutes deux à ce jurisconsulte. La variation de doctrine, qu'on pourrait être tenté de reprocher à Papinien, provient sans doute de ce que les compilateurs n'ont détaché des écrits de Papinien, pour l'insérer au titre *De dol. mal.*, que la partie où il présentait cette action comme fondée dans l'opinion de Nératius et de Julien, et auront probablement omis la critique de cette opinion qu'avait dû ajouter Papinien. Cette explication nous semble préférable à celle de M. Huschke (*Beiträge zur Kritik.* p. 80), qui suppose que Papinien faisait allusion dans la loi 19 à un *sponsor* ou à un *fidepromissor*, contre lequel l'action *de dolo* aurait été seule possible, à la différence de ce qui était pratiqué quant au *fidejussor*.

(2) Paul est-il bien d'accord avec lui-même, quand il décide, l. 49, § 1, D. *De verb. oblig.*, qu'à la suite de la promesse : *Per te non fieri quominus ire agere liceat*, promesse garantie par une fidéjussion,

Nous pouvons conclure de ces décisions que la perte de la chose due n'est pas un moyen d'éteindre proprement l'obligation, produisant des effets égaux à ceux du payement ou de la novation. Il n'en résulte, pour ainsi dire, qu'une excuse accordée au débiteur étranger à l'événement qui a fait périr la chose, et non responsable des faits du fidéjusseur. Mais le contrat subsiste à l'égard des obligés qui ne peuvent invoquer cette excuse, tels que l'auteur du fait, ou le *correus* quant aux actes de son *correus*, l. 18, D. *De duob. re*. Dans notre hypothèse, où le *reus* est couvert par la prescription, nous dirons aussi que l'idée d'une dette à sa charge n'a pas entièrement disparu. S'il est vrai, comme nous allons le voir, que le droit de répétition était alors accordé au débiteur, cette faculté ne lui appartenait qu'autant qu'il avait agi par erreur. Mais un payement volontaire eût été possible; il aurait dû être apprécié comme l'exécution d'une obligation dépendant de l'agrément du débiteur, et non comme une libéralité.

Condictio indebiti. — L'effet le plus constant d'une obligation naturelle, celui qui est sans contredit le plus

---

l'obstacle apporté par le fidéjusseur à l'exercice du passage ne lie ni le *reus* ni le *fidejussor*. Cette solution ne peut s'expliquer, suivant nous, que comme une conséquence de l'interprétation fort stricte dont on usait en matière de stipulations. C'est ainsi qu'on allait jusqu'à dire que le débiteur d'un esclave en vertu d'une stipulation n'était pas tenu, s'il avait laissé mourir l'esclave par défaut de soins; il n'était responsable que de la faute *in committendo*, non de celle *in omittendo*. L. 91, *pr*. D. *De verb. oblig*. On n'aurait pas usé de la même indulgence envers le vendeur d'un esclave. Pareillement, celui qui avait cautionné une vente n'était pas admis à évincer l'acheteur, l. 11, C. *De evict*. Il était donc responsable non-seulement du fait du vendeur, mais encore de son propre fait.

souvent mentionné par les jurisconsultes, consiste dans le droit de rétention concédé au créancier, dans l'interdiction de la faculté de répéter, le payement eût-il été fait par erreur. Les sources ne nous fournissent pas de texte positif qui résolve directement cette question pour le cas d'un paiement effectué après la prescription accomplie. Mais il est permis d'affirmer que dans cette hypothèse la *condictio indebiti* était autorisée, par induction de ce que décide Africain dans la loi 25, § 1, D. *Rat. rem. hab.* (LXXIV).

Voici les faits que le jurisconsulte avait à apprécier. Un procureur, ou du moins quelqu'un qui se disait tel, se fait payer par un débiteur temporaire; et ce payement a lieu à une époque où la libération *tempore* n'était pas encore acquise, *ab eo exegerat qui tempore liberaretur*. Le procureur, suivant l'usage, a donné la caution *de rato* : il y a eu satisdation; le procureur a promis que le *dominus* ratifierait, et des fidéjusseurs sont intervenus pour garantir cette obligation. La ratification est effectivement fournie, mais seulement *post tempus*, alors que le débiteur se trouvait déjà libéré *tempore, liberato jam debitore*. En présence de ces faits, le jurisconsulte déclare que l'action *ex stipulatu* est fondée contre le procureur, et par conséquent contre les fidéjusseurs. En effet, dit-il, le droit de répétition est incontestable, puisque le débiteur libéré par le temps ne peut devoir sa libération à un payement. Or, la stipulation que le débiteur a pris le soin de faire a pour but de remplacer la *condictio* par l'action *ex stipulatu* (1).

(1) On sait que les jurisconsultes romains évitent, en général, de donner le nom de *condictio* à l'action dérivant d'une stipulation, quand

Le raisonnement d'Africain peut se décomposer de la manière suivante. A défaut d'une stipulation, le débiteur pourrait intenter une *condictio causa data causa non secuta*. Il dirait : J'ai donné mon argent en vue de me libérer par un paiement, par un versement qui appropriât le créancier. Or, pour que je fusse libéré de la sorte, il faudrait qu'il y eût une ratification de la part de quelqu'un qui fût encore créancier au moment où il ratifie. C'est le temps qui m'a libéré; grâce à lui, j'ai cessé d'être débiteur. Il ne peut plus désormais y avoir de payement, puisqu'il n'y a plus de dette ; par conséquent, j'ai le droit de répéter ce que j'ai donné dans un but qui n'a pas été atteint. Au contraire, s'il y a eu prestation de la caution *de rato*, le débiteur tiendra ce langage au procureur : Vous m'aviez promis une ratification utile, qui me procurât ma libération. Celle que vous fournissez n'a pas cet effet; car déjà la libération m'était acquise par le bénéfice du temps. C'est comme s'il n'y avait pas eu en fait de ratification, celle qui survient étant tardive, et dès lors sans valeur ; donc il y a commise de la stipulation.

On pourrait songer à faire une double objection contre la décision d'Africain.

D'une part, dira-t-on, pourquoi la propriété des écus n'est-elle pas immédiatement acquise au créancier ? N'était-il pas admis qu'on pouvait acquérir par un tiers, au moyen de la possession, quand la tradition était

---

celle-ci a pour objet un fait, *aliquid incertum*, comme dans notre espèce, où la promesse tendait à faire ratifier par le *dominus* l'acte accompli par le procureur. Voy. *Institutes*, liv. III, tit. XV, *pr*.

faite au profit d'un autre que *l'accipiens*? — Sans doute, il est permis en droit romain, d'acquérir par un autre, au moyen de la tradition; mais la condition nécessaire pour cette acquisition, c'est le concours à l'opération, au moins par l'adhésion de sa volonté, de la part de celui qui doit acquérir. Un tiers peut y aider quant au *corpus*, non quant à *l'animus*. *Possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro, vel alieno*, telle est la règle posée par Paul, *Sent.* Liv. V. Tit. II, § 1. Si celui qui a reçu avait été à ce moment mandataire, il n'y aurait pas de doute que l'acquisition n'eût été consommée sur-le-champ. A défaut de mandat, quand il n'y a qu'une *negotiorum gestio*, l'acquisition ne résulte que d'une ratification. Cette distinction est faite par Ulpien, dans la loi 42, § 1, D. *De adq. possess.* Celui qu'Africain appelle procureur n'était en réalité qu'un *negotiorum gestor*. S'il y avait eu mandat antérieur, une ratification ne se concevrait pas. Il n'est pas rare que les jurisconsultes qualifient de *procurator* celui qui agit sans mandat dans l'intérêt d'un autre. On trouve dans la loi 24 D. *De neg. gest.* une hypothèse analogue à la nôtre. Paul s'y sert aussi de l'expression *procurator*, pour désigner quelqu'un qui a reçu un payement sans avoir mandat à cet effet. Il décide également que le créancier n'a pas pu acquérir *per procuratorem*, dit-il, parce qu'il n'y avait qu'un acte de *negotiorum gestio*. Aussi exige-t-il une ratification, pour qu'il y ait libération du débiteur. Mais il donne bien à entendre quelle était la véritable situation, quand il ajoute que la ratification est possible même contre le gré du débiteur, attendu que celui qui a reçu n'a voulu gérer que les affaires du créancier : *Quia procurator in accipiendo creditoris duntaxat negotium gessit.*

D'une autre part, on connaît cette règle énoncée plusieurs fois (1) par les jurisconsultes : *Ratihabitio mandato æquiparatur*. La ratification a un effet rétroactif, qui met les choses au même état que s'il y avait eu mandat *ab initio*. Pourquoi ne pas appliquer ici cette rétroactivité, et ne pas considérer qu'il y a eu payement efficace dès l'instant où le débiteur a vidé ses mains ?— Dans notre espèce, la rétroactivité est impossible, puisqu'il n'existe pas de ratification valable, et que, là où un acte est nul, ses effets ordinaires ne sauraient se produire. La dette ayant été éteinte par la prescription antérieurement à la ratification, on ne peut songer à un payement, puisqu'il n'y a plus de dette. Celui qui est une fois libéré d'une façon ne peut l'être désormais d'une autre manière. Comme le fait observer Cujas (2), la ratification, avec sa puissance rétroactive, exige que dans l'intervalle écoulé depuis l'acte à ratifier jusqu'à la ratification il n'ait surgi aucun obstacle qui empêche la validité de l'opération qu'il s'agit de confirmer; ainsi, ajoute Cujas, la loi 24, *pr.* D. *Rat. rem hab.* décide que si une *bonorum possessio* ayant été demandée au nom d'un autre, l'ayant droit ne ratifie qu'après le temps pendant lequel l'*agnitio* est possible, une ratification survenue après ce délai reste inefficace, bien que la *bonorum possessio*, à la différence de l'*hereditas*, soit susceptible d'être acquise *per alium* (3).

---

(1) L. 12, § 4, D. *De solut.*; l. 1, § 14, D. *De vi.*; l. 152, § 2, *De reg. jur.*

(2) *Tractat.* VI *ad Africanum*, t. I, c. 1366.

(3) Il n'y a pas contradiction entre notre loi 23 et la loi 71, § 1, D. *De solut.*, dans laquelle Celse refuse le droit de répéter à un fidéjusseur qui aurait payé à un prétendu procureur du créancier, lequel n'aurait ratifié le paiement qu'à une époque où déjà le fidéjusseur était

Ces observations faites, en revenant à la question que nous examinons, nous sommes autorisé à dire que, dans l'opinion d'Africain, la prescription, appliquée de son temps à certaines actions, anéantissait la dette de manière à ne pas laisser subsister d'obligation naturelle. S'il avait survécu, en effet, une obligation de ce genre, un paiement eût été possible, et la ratification n'aurait pas été inutile. — On a, il est vrai, reproduit à l'égard de ce texte les mêmes explications, à l'aide desquelles nos adversaires ont cherché à restreindre la portée des autres textes précédemment invoqués. Il s'agirait encore une fois de la loi Furia, peut-être aussi d'un débiteur qui aurait limité conventionnellement son obligation *ad tempus* (1). Nous ne pouvons que répéter que ces suppositions sont arbitraires. Il nous semble que c'est un peu abuser de la loi Furia que de la mettre partout où il est question d'un débiteur libéré *tempore*, puisque nous savons qu'il en existait beaucoup d'autres que les *sponsores* ou les *fidepromisores*.

Si la décision d'Africain doit, comme nous le pensons,

---

libéré *tempore*. Notons en passant que Celse faisait probablement allusion à un *sponsor*. On comprend que, dans le cas de la loi 71, le paiement soit valable après l'expiration de l'obligation du débiteur accessoire; car l'obligation du *reus* était perpétuelle, et c'est pour éteindre cette dette du *reus* que le débiteur accessoire a payé. Le paiement s'applique donc à une dette réelle, subsistant encore lors de la ratification, puisque le *reus* ne jouissait pas du bénéfice d'une libération *tempore* accordée uniquement à l'*adpromissor*.

(1) M. de Savigny, t. V, § 251, note *p*. — Si la loi devait s'entendre d'un *sponsor*, Africain et Celse se trouveraient en désaccord, l'un niant, l'autre affirmant la validité de la ratification donnée après l'époque où finissait l'engagement temporaire de celui qui a payé. Voyez la note précédente.

être appliquée généralement aux débiteurs contre lesquels il n'existait qu'une action temporaire, il est clair qu'une libération par un payement étant impossible *post tempus*, il faut admettre que, au cas où le payement aurait eu lieu *transacto tempore*, la *condictio indebiti* était accordée, pourvu que ce payement eût été fait par erreur.

Constitut. — Un constitut est possible, on le sait, à l'occasion d'une dette simplement naturelle, L. 1, § 7, D. *De pec. const.* Dans le cas où la prescription accomplie n'effacerait pas l'obligation naturelle, on devra dire que le constitut était valable, quand il se rapportait à une dette déjà prescrite. Si, au contraire, le constitut est alors déclaré nul, il faudra en conclure que l'obligation naturelle n'était pas admise. La doctrine des jurisconsultes romains sur ce point peut être facilement induite des décisions données par Ulpien dans la loi 18, § 1, D. *De pec. const.* (LXXV).

Ulpien veut interpréter les termes de l'édit, d'après lesquels il fallait qu'il y eût dette lors du constitut : *Pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse*. Cela signifie d'abord, dit-il, qu'un constitut est valable, quand il intervient à un moment où la dette existait encore (*tunc debitam*), bien qu'il n'y eût plus dette (*nunc non sit*) au moment où sera intentée l'action *de constituta pecunia*. En effet, le pacte de constitut, dont l'exécution est poursuivie, se réfère à une obligation existant à l'instant du constitut, *quia retrorsum se refert actio*. Celse et Julien, ajoute Ulpien, tiraient avec raison des expressions de l'édit cette conséquence qu'un débiteur, tenu d'une action temporaire, pouvait faire un constitut, par lequel il serait encore lié après l'expiration de l'obligation primitive. Il

était même possible, lors du constitut, disait Julien, de fixer pour le payement un jour plus reculé que celui auquel devait finir la première obligation.

Les propositions énoncées dans ce texte peuvent être considérées comme formant la doctrine commune, puisqu'Ulpien cite l'autorité de divers auteurs, de Celse le Proculéien, de Julien le Sabinien. On doit donc admettre que les jurisconsultes étaient d'accord, pour enseigner qu'un constitut serait nul, s'il n'intervenait que *post tempus obligationis*, à une époque où il fallait dire : *Debitum nunc non est*. M. de Savigny (1) est forcé de reconnaître que, en appliquant la loi 18 aux actions prescriptibles par un an au temps classique, Ulpien aurait été partisan du système que nous défendons, mais seulement partisan pour moitié. Il aurait approuvé ce système, en annulant le constitut consenti à un moment où la première obligation avait cessé d'exister ; il l'aurait, au contraire, repoussé, en admettant la validité du constitut fait avant l'expiration de l'obligation, de manière à produire des effets postérieurs à cette expiration. — Il est aisé de démontrer qu'Ulpien est un partisan absolu du système que nous défendons ; car, s'il tient pour obligatoire le constitut réalisé *ante tempus obligationis transactum*, c'est en lui donnant une base dans le passé, en l'appuyant sur une dette qui existait encore lors de la conclusion du constitut, *quia retrorsum se actio refert*. Ne serait-il pas inique de faire déchoir de son droit le créancier qui a eu le soin de se pourvoir en temps utile d'une nouvelle action, et qui a pu par suite impunément négliger d'exercer l'ancienne action, bien qu'il ne l'eût

(1) T. V, § 251, n° III.

pas perdue au moyen du constitut, qui, nous l'avons dit, n'opérait pas de novation ?

M. de Savigny ajoute que la pensée d'Ulpien ne se portait pas sur les actions prétoriennes annales. Il n'aurait eu sans doute en vue ici qu'un des cas de la loi Furia, qui est la ressource constante de nos adversaires. Cette interprétation serait justifiée par l'emploi des expressions: *tempus obligationis*. — Il nous est difficile d'apercevoir dans ces expressions rien qui répugne aux obligations temporaires d'après le droit prétorien ; et nous ne pouvons admettre qu'Ulpien, qui annonce *pleniorem interpretationem*, eût l'idée de restreindre la doctrine qu'il établissait uniquement aux obligés qui étaient protégés par la loi Furia.

Pignus. — Des exemples nombreux nous ont montré le *pignus* servant d'apanage à une obligation naturelle, et permettant d'en obtenir l'exécution. Cette puissance lui appartenait-elle, quand la dette était prescrite ? Les textes des jurisconsultes font, à notre avis, défaut sur cette question. On a cependant essayé de trouver une application de cette énergie attribuée au *pignus*, dans la loi 50, D. *De minor*. Il s'agit dans ce texte d'un mineur de 25 ans, qui s'est porté *expromissor* pour un débiteur temporaire, à un moment où ce débiteur n'était plus tenu que pour un espace de dix jours. Plus tard, le mineur se fait relever de l'obligation qu'il avait contractée ; il y a en sa faveur *restitutio in integrum*. Pomponius décide qu'on ne doit rendre au créancier contre l'ancien débiteur que les dix jours qu'il avait encore lors de l'*expromissio*; et il ajoute que le gage fourni par le débiteur restera obligé : *Ideoque et pignus, quod dederat prior*

debitor, manet obligatum. M. de Savigny (1) sous-entend que le gage sera obligé *in perpetuum*, à la différence de l'action personnelle qui n'aura que dix jours de durée. — N'est-ce pas là faire dire au jurisconsulte bien plus que ce qu'il dit effectivement? Sa pensée est que le créancier, après la rescision de l'*expromissio*, doit être replacé dans la position qu'il avait au moment de l'*intercessio* émanée du mineur. Pour cela, il ne suffit pas de lui rendre une action personnelle, avec faculté de l'exercer pendant dix jours. Il faut lui restituer aussi la garantie qui lui appartenait pour son ancienne obligation. Mais le jurisconsulte se tait sur le point de savoir si ce *pignus* couvrira les droits du créancier qui n'aurait pas intenté dans les dix jours l'action personnelle. Qui ne voit que, à moins d'une négligence extrême, ce créancier devra s'empresser d'utiliser les dix jours qui lui restent? Son action, une fois *inclusa in judicio*, sera sauvée, et par là, en même temps, l'effet du *pignus* sera assuré.

Si nous descendons à une époque plus récente que celle des jurisconsultes, nous trouvons dans une Constitution de Gordien, la loi 2, C. *De luit. pign.* (LXXVI), une décision formelle qui maintient le *pignus*, quoique l'action personnelle soit *submota*. Ce texte a donné lieu à des interprétations diverses. Doneau (2) n'a cru pouvoir l'expliquer qu'en le renversant complétement, au moyen d'une négation ajoutée avant le mot : *durare*. Cujas (3) a imaginé de faire de la Constitution 2, émise par Gordien en 241, comme réponse à un cas qui lui

(1) T. V, § 250, note *x*.
(2) *Comment. ad Cod. sub h. l.*
(3) *Observ.* V, 32.

avait été soumis, un corollaire de la Constitution 1, *eod. tit.*, émanée, en 207, des empereurs Sévère et Antonin. La loi 1re énonce cette conséquence de l'indivisibilité de l'hypothèque, suivant laquelle un héritier pour partie ne peut échapper à l'action hypothécaire que moyennant satisfaction complète donnée au créancier. La loi 2 ne serait qu'une application de cette règle. L'héritier qui s'est dégagé de l'action personnelle, en acquittant la part pour laquelle il était tenu personnellement, resterait néanmoins soumis à l'action hypothécaire, tant qu'il n'y aurait pas eu payement de la dette entière.

Tous ces efforts sont inutiles pour rendre compte de la loi 2. Elle est en parfaite harmonie avec une proposition que nous avons constatée plusieurs fois, la survivance de l'action hypothécaire, nonobstant la perte de l'action personnelle; et la perte de cette action n'a pas besoin de s'expliquer au moyen de la prescription. C'est ce qui arrivait sous le système formulaire, quand il y avait eu péremption d'instance, plus-pétition, quand on avait échoué par suite de l'exception *litis dividuæ* ou *residuæ*, ou par suite d'une exception *procuratoria*. Il en était de même, si le créancier était un fiduciaire dont l'action personnelle avait été éteinte par voie de confusion, ou si le débiteur avait subi une *minima capitis minutio*. Toutes ces causes de déchéance de l'action personnelle pouvaient se présenter sous Gordien, le système formulaire étant encore en vigueur de son temps; elles fournissent par conséquent une explication satisfaisante de la loi 2.

Faut-il, en outre, étendre cette loi 2 au cas où l'action personnelle aurait été prescrite? Remarquons qu'on

était encore loin, sous Gordien, de l'époque où fut introduite la prescription générale de 30 ans. On devrait donc supposer que cet empereur avait en vue les actions temporaires que connaissaient les jurisconsultes. Or, si l'on se rappelle les points déjà acquis à la discussion, savoir que ces actions temporaires ne se prêtaient, comme nous l'avons vu, ni à une fidéjussion, ni à la rétention de ce qui aurait été payé, ni à un constitut, ne serait-il pas choquant, tandis qu'on refusait ces différents effets à l'obligation prescrite, de lui avoir conféré une valeur forcée contre le débiteur au moyen de l'action hypothécaire? Nous aurons à nous occuper tout à l'heure, en appréciant la prescription trentenaire, de la difficulté qui résulte de la durée exceptionnelle qui avait été accordée à cette action. Mais, du moins, n'avançons pas l'époque à laquelle appartient cette bizarrerie. Elle est étrangère aux jurisconsultes, qui admettaient d'une manière radicale l'extinction de l'obligation par la prescription, pour les cas où elle était en usage de leur temps. Il ne serait pas juste de rendre la jurisprudence classique responsable de cette anomalie, dont elle ne fournit aucune trace. Nous estimons qu'elle était ignorée du temps de Gordien, où on ne connaissait encore comme s'éteignant *tempore* que les actions qui avaient ce caractère sous les jurisconsultes, que la libération s'appliquait à l'action hypothécaire aussi bien qu'à l'action personnelle, et que la loi 2 n'a été émise qu'à l'occasion de l'un des cas que nous avons signalés plus haut.

Novation.—Parmi les effets dont est susceptible l'obligation naturelle, figure aussi la possibilité d'une novation, à laquelle elle peut servir de base, en autorisant la créa-

tion d'une obligation, ou en la remplaçant. Les sources sont absolumemt muettes, en ce qui concerne le rôle qu'aurait pu jouer sous ce point de vue une obligation prescrite. Nous devons donc lui dénier une pareille valeur.

Compensation.— Enfin une obligation naturelle pouvait, dans certains cas du moins, être invoquée à titre de compensation. Il y a silence également dans les textes du *Corpus juris* sur cette circonstance qu'une obligation prescrite aurait eu la vertu de fournir au créancier déchu pour cette cause l'occasion d'une compensation. Il faut, par conséquent, appliquer à cet égard la règle générale écrite dans la loi 14, D. *De compens.* : *Quæcunque per exceptionem perimi possunt in compensationem non veniunt.*

Il nous reste à apprécier la prescription trentenaire, introduite au 5e siècle par Théodose le Jeune (1), comme moyen général d'écarter toutes les actions, soit réelles, soit personnelles. La prescription est devenue désormais le droit commun dans la législation romaine. Quels sont les effets qui doivent être attribués à cette prescription ? Faut-il dire pour toutes les obligations, depuis que l'ac-

(1) L. 3, C. *De præscr. triginta*, etc. Cette constitution est inscrite au Code de Justinien sous les noms d'Honorius et de Théodose, sans indication de date. Elle figure au Code Théodosien, liv. IV, tit. XIV, avec le nom de Théodose seul, et la date de l'année 424. Godefroy a prouvé que c'était à tort que Cujas faisait remonter à Théodose Ier l'institution de la prescription trentenaire. Elle ne doit pas également être attribuée à Honorius conjointement avec Théodose II, le premier de ces empereurs étant décédé avant 424. Voyez sur ce point M. de Savigny, t. V, § 238, note *b*.

tion ne fut plus donnée que *intra triginta annos*, ce que disaient autrefois les jurisconsultes pour celles à l'égard desquelles, de leur temps, l'action était donnée seulement *intra annum?*

Il semble, au premier abord, fort naturel d'accorder à un délai de 30 ans les effets que l'ancienne jurisprudence faisait découler du simple laps d'une année *utile* ou continue ; et qu'il y a un *à fortiori* pour décider de la sorte. Cependant, cette solution n'est pas sans difficulté; aussi des auteurs, qui partagent notre système quand il s'agit des actions annales prétoriennes, sont d'avis qu'il faut traiter autrement la prescription trentenaire (1). Les raisons de différence qui sont alléguées ne manquent pas d'avoir un certain poids.

On a dit, en reproduisant une distinction proposée par Doneau sur le point de savoir si la prescription éteignait l'obligation *ipso jure* ou *exceptionis ope*, que les obligations temporaires sous les jurisconsultes naissaient avec ce caractère, et que par suite elles étaient complétement anéanties après le temps d'existence qui leur était assigné. Elles avaient ainsi parcouru toute la carrière qui leur était tracée à l'avance. Il en était autrement quant aux anciennes obligations perpétuelles de leur nature. L'institution de la prescription n'aurait eu pour résultat que d'influer sur le droit d'action, dont le créancier se trouve dépouillé après 30 ans de silence. Les termes de la constitution prouveraient que son auteur n'a eu en

---

(1) Notamment M. Schwauert, *Die natur. oblig. des R. R.*, § 22, p. 467 et suiv. Cet ouvrage, publié dans le cours de cette année, ne nous est parvenu que tout récemment, de sorte que nous n'avons pu en tirer parti sur toutes les questions contenues dans les trois livraisons de notre *Traité des obligations naturelles* qui ont paru jusqu'à ce jour.

vue que de faire obstacle à la possibilité d'agir. *Actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur... Agenti triginta annorum præscriptio metuenda.* Mais le droit en lui-même n'est pas anéanti dans son essence, sauf qu'il n'est plus susceptible de baser une action. L'obligation est réduite à l'état d'obligation naturelle.

Cette interprétation se fonde principalement sur la manière dont était entendue la prescription trentenaire appliquée à la revendication. La loi 8, § 1, C. *De præscr. trig.* nous dit en effet, qu'à la suite d'une possession prolongée pendant 30 ans, la revendication ne peut plus s'exercer contre celui qui continue à détenir. Le droit de propriété subsiste néanmoins, si bien qu'il lui sera permis de se mettre en mouvement par voie d'action, pourvu que le propriétaire ne se trouve plus en présence d'un défendeur protégé par une possession de 30 ans. Si le possesseur de mauvaise foi est déchu de la position de possesseur, qui l'autorisait à se couvrir par la prescription trentenaire, il reste désarmé ; et la faculté de faire valoir son droit, qui n'avait pas péri, est rouverte au profit du *dominus*.

On invoque de plus le soin que prit le législateur, en introduisant la prescription de 30 ans, de mettre à l'abri de son influence l'action hypothécaire vis-à-vis du débiteur, comme le porte la loi 3, C. *De præscr. trig.* Cette règle subsista jusqu'à ce que l'empereur Justin, en 525, par la loi 7, *eod. tit.*, vint établir à ce sujet une prescription de 40 ans. Auparavant, l'action hypothécaire, soit contre le débiteur, soit contre ses héritiers immédiats ou non, était perpétuelle, dans le sens rigoureux de ce mot : *in ipsos vero debitores, aut heredes eorum, primos vel ulteriores, nullis expirare lustrorum cur-*

sibus. Ce serait là, dit M. de Savigny, une preuve décisive de la persistance d'une obligation naturelle après l'extinction par le temps de l'action personnelle. On ne conçoit pas, en effet, qu'une hypothèque soit possible, s'il n'y a une obligation quelconque qui lui sert de base.

Tels sont les seuls arguments qui aient de la force, parmi les nombreuses raisons sur lesquelles s'appuient les partisans de la survivance de l'obligation naturelle. Les autres motifs allégués nous paraissent faciles à écarter. L'analogie tirée de ce qui était observé à la suite de la péremption d'instance manque tout à fait de valeur. Il n'y a aucune ressemblance entre les deux positions; la déchéance admise contre le créancier, qui n'avait pas réussi à faire statuer dans un délai assez bref, était assurément quelque chose de fort strict. Le fondement du droit du créancier n'était pas sérieusement ébranlé ; ce droit pouvait être indubitable. En refusant au créancier la faculté d'obtenir une condamnation, on le traitait très sévèrement; et l'on conçoit que les jurisconsultes lui aient fourni tous les moyens à l'aide desquels on pouvait venir à son secours, en respectant le principe rigoureux de la perte du droit d'action. Quand, au contraire, il s'est écoulé 30 ans de silence de la part du créancier, la présomption, fort raisonnable qui en résulte, et par laquelle se justifie en équité la prescription, est qu'il a dû y avoir payement ou toute autre satisfaction. Ce serait un assujettissement intolérable que d'exiger d'un débiteur qu'il conservât pendant plus de 30 ans les preuves de sa libération. Grâce à la prescription, on lui épargne un procès, qui le plus souvent serait inique,

dans lequel un défendeur qui ne doit plus rien succomberait, parce qu'il ne s'est pas tenu en mesure de pouvoir faire apparaître à toute réquisition du créancier les éléments constatant l'extinction de l'obligation.

Nous repoussons également le point de vue d'après lequel la prescription aurait été établie *in odium creditoris*, afin de le punir de sa négligence, de sorte qu'il faudrait appliquer ici la règle posée dans la loi 40, pr. D. *De cond. indeb.*, et pour laquelle l'exception du Sénatusconsulte Macédonien fournit un exemple. M. de Savigny (1) fait à bon droit justice de ce motif. La condescendance d'un créancier, qui a longtemps ménagé son débiteur, ne pourrait, par elle seule, fonder un reproche contre lui, si par cette inaction il n'avait rendu très-difficile la position du débiteur, qu'il expose à un débat fort embarrassant. Ce n'est point pour punir le créancier, c'est plutôt pour favoriser le débiteur que la prescription de trente ans a été instituée ; il ne faut pas que celui qui s'est une fois obligé reste toujours en éveil, toujours armé contre une prétention qui le menacerait. Ces apprehensions doivent avoir un terme, *ne prope immortali timore teneantur*, L. 7, pr. C. *De præscr. trig.*; et Valentinien n'a pas exagéré les bienfaits de la prescription, quand il a dit de la loi de Théodose : *Humano generi profunda quiete prospexit.*

Ce caractère que M. de Savigny assigne avec raison à la prescription de trente ans, nous semble avoir été méconnu par cet auteur, quand il prétend (2) que cette institution est du *jus civile*, et non pas du *jus gentium.*

---

(1) T. V, § 237.
(2) T. V, § 249.

Sans doute il appartient à chaque législateur de déterminer le temps après lequel un procès ne sera plus possible, après lequel il ne sera plus permis d'imposer à un débiteur la preuve de sa libération ; mais il n'en est pas moins vrai que cette présomption, une fois établie au bout de telle ou telle période, doit militer tout aussi bien en faveur du *peregrinus* qu'en faveur du citoyen. La question, qui a longtemps défrayé les controverses des docteurs sur le point de savoir si la prescription est du droit civil ou du droit des gens, n'est plus aujourd'hui discutée sérieusement. Les souvenirs de la vieille usucapion de la loi des XII Tables ont exercé trop d'influence sur cette question. Les idées auxquelles obéissaient les Décemvirs, en réglant l'usucapion annale ou biennale, étaient bien différentes assurément de celles qui ont inspiré à Théodose le jeune, dans l'intérêt du genre humain, suivant l'expression de Valentinien, l'institution de la prescription de trente ans. Il ne faut pas perdre de vue qu'il y a environ neuf siècles de distance entre les XII Tables et la loi de Théodose.

Bornons-nous à examiner les objections qui nous paraissent mériter d'être prises en considération. La moins embarrassante est celle que l'on emprunte aux termes de la loi 3, d'où il résulterait, dit-on, que c'est seulement le droit d'action qui est condamné au silence. — Il n'est pas douteux que ce ne soit là l'utilité principale de la prescription trentenaire, et que dès lors elle devait être mise surtout en relief par Théodose. Mais le besoin de fixer irrévocablement la situation des parties, de proscrire toute controverse sur une créance que le temps a rendue trop incertaine, était aussi reconnu dans

les lois romaines, et se trouve indiqué dans d'autres textes: *Nullumquè jus.... quod extinctum est jugi silentio moveatur*, dit la loi 4, C. *De præscr. trig.; Post triginta annos perniciosa omnium causarum propositio conquiescat*, porte une novelle de Valentinien. Or, si l'on permet à celui qui se défend, soit au moyen de la compensation, soit en résistant à la *condictio indebiti*, de se prévaloir d'une créance échue depuis plus de trente ans, et cela indéfiniment, la sécurité qu'a pour but de garantir la prescription trentenaire ne sera pas acquise. Le juge devra se livrer à l'examen de droits devenus bien problématiques, et dont le sacrifice est exigé dans des vues d'intérêt public, afin d'éviter des débats où la vérité serait trop difficile à constater.

L'argument tiré des effets incomplets de la possession trentenaire a plus de force. Pour y répondre, M. de Vangerow (1) fait observer que l'obligation, consistant essentiellement dans le droit d'exiger une prestation, elle disparaît en même temps que la possibilité d'exiger cette prestation. La réponse nous paraît insuffisante, parce que, si tel est le caractère éminent de l'obligation, si les jurisconsultes appellent même quelquefois *creditor per abusionem* celui qui n'a pas d'action, cependant, à moins d'effacer les obligations naturelles, il faut bien reconnaître que l'idee d'obligation peut absolument se passer du droit d'action. La position du créancier est sans doute assez précaire; mais enfin, dans plus d'une circonstance, son droit peut avoir quelque valeur.

Cependant M. de Vangerow a raison de dire qu'il

(1) T. I, § 151.

importe, quant à la prescription, de distinguer entre les actions réelles et les actions personnelles. Pour le droit de créance, en effet, la simple inaction du créancier pendant 30 ans lui devient funeste, tandis que le droit de propriété reste intact, s'il n'y a eu autre chose qu'un défaut d'exercice chez le propriétaire, quelque prolongé qu'il soit. Son droit ne commence à être ébranlé qu'autant que de la part d'un tiers il y a eu entreprise directe, attribution continue à son profit, au moyen de la possession, des avantages de la propriété. La législation romaine a poussé si loin le respect de la propriété que cet état d'attaque contre le droit du propriétaire n'avait pas la puissance de dépouiller le titulaire négligent, afin d'investir celui qui pendant 30 ans s'était comporté comme propriétaire. Il y avait là assurément un défaut de logique dans les déductions légitimes que fournit le principe fondamental de la prescription trentenaire. La présomption d'une cause d'acquisition, qu'il n'est plus possible d'établir, aurait dû être acceptée, de même qu'on présumait la perte de preuves de sa libération en faveur du débiteur. Notre droit moderne n'a pas reculé devant la première de ces présomptions. Comme elle n'a pas été admise, en droit romain, il fallait bien laisser subsister là où il se trouvait le droit de propriété, qui ne s'éteint pas par le non-usage, puisqu'il n'avait point passé sur la tête du possesseur. Mais de ce qu'on maintenait ainsi le droit de propriété, faut-il en conclure que, pour les créances, le droit subsistait après la prescription de trente ans, à titre d'obligation naturelle? S'il en était ainsi, il serait bien surprenant que les textes fussent muets sur les effets de cette obligation naturelle, tandis qu'ils mentionnent positivement la faculté de revendi-

quer, dès que le possesseun trentenaire a perdu l'avantage de la position de défendeur. On ne trouve effectivement d'application pratique de cette permanence de l'obligation naturelle qu'en ce qui concerne l'action hypothécaire, conservée à l'égard du débiteur ou de ses héritiers, bien qu'ils fussent à l'abri de l'action personnelle. Ceci nous conduit à parler de la dernière objection que nous avons à combattre, objection qui paraît irrésistible à M. de Savigny.

Les règles consacrées sur ce point par la législation du Bas-Empire ne sont, à nos yeux, qu'une anomalie impossible à justifier raisonnablement, anomalie que la jurisprudence classique n'eût pas admise, croyons-nous, si le principe de la prescription trentenaire avait été connu à cette époque. Qu'on n'oublie pas que l'action hypothécaire, comme nous l'avons dit plus haut (1), ne peut triompher qu'à la condition d'établir par le demandeur qu'il est bien créancier : *Non aliter quam si de fide debiti constiterit*. Or, si l'on n'autorise pas un créancier, quand une fois le laps de trente années a rendu son droit trop douteux, à essayer de le prouver en vue d'obtenir une condamnation, n'y a-t-il pas contradiction à lui permettre de tenter cette épreuve, dans le but d'exiger le délaissement de la chose hypothéquée ? Il ne sera donc pas assez créancier pour se faire payer la totalité de ce qui lui est dû; mais il le sera suffisamment pour avoir le droit de vendre tel ou tel bien du débiteur, à condition de ne pas toucher aux autres, quelque faible que soit la satisfaction qu'aura pu lui procurer cette vente !

---

(1) Page 423.

Nous n'essayerons point cependant de nier qu'il n'en fût ainsi. Nous ne dirons pas avec Löhr que les entraves apportées à la prescription de l'action hypothécaire signifient seulement que la prescription ne courait pas à partir de la constitution de l'hypothèque, tant qu'elle n'avait pas commencé à l'égard de l'action personnelle; ni avec Heimbach, que cette imprescriptibilité doit être limitée à l'hypothèque garantissant une obligation simplement naturelle, laquelle serait imprescriptible elle-même. C'est à juste titre que M. de Vangerow, qui rapporte l'une et l'autre de ces explications, les rejette toutes deux, comme étant inconciliables avec la doctrine qui ressort de la loi 7, C. *De præscr. trig.*, et que cette Constitution eut pour but de réformer incomplétement. A notre gré, cette doctrine ne tenait qu'à une mauvaise interprétation des dispositions de l'Édit prétorien, suivant lequel l'hypothèque ne périssait qu'à la suite d'un payement ou d'une autre satisfaction. On voyait que les jurisconsultes avaient fait usage de ces termes de l'Edit, pour sauver les intérêts du créancier dans diverses hypothèses où l'action personnelle était impossible, à raison de certaines règles rigoureuses en vigueur de leur temps, hypothèses où le droit du créancier était toujours indubitable. On crut imiter les procédés des jurisconsultes, en assimilant à ces hypothèses celle où le créancier perdait son action personnelle, faute d'en avoir usé durant trente années. C'était mal comprendre la portée de la prescription trentenaire, destinée à protéger le débiteur, en le plaçant à l'abri d'une présomption de libération, qu'un pareil laps de temps rend extrêmement vraisemblable. Cette présomption, sainement appliquée, mettait hors de cause la

règle de l'Édit ; et l'action hypothécaire contre le débiteur aurait dû être refusée, comme l'action personnelle.

Du reste, les inconvénients de cette mauvaise interprétation de l'Édit finirent par se faire sentir. La position du débiteur ou de ses héritiers, sans cesse menacés de l'action hypothécaire, parut intolérable ; et l'empereur Justin, on le sait, vint y mettre un terme, en limitant à quarante ans la durée de cette action. N'était-ce pas reconnaître que la prescription est assez énergique pour détruire même l'obligation naturelle ? Si le temps, effectivement, ne peut avoir de prise sur l'obligation naturelle, ainsi que le prétend M. de Savigny (1),

(1) M. de Savigny regarde comme incontestable cette proposition, que les obligations naturelles sont imprescriptibles ; et, en partant de là, il conclut que le créancier qui avait une action ne saurait, quand son action est prescrite, et qu'il reste simple créancier naturel, se trouver dans une position plus mauvaise que celui qui n'a jamais été que créancier naturel. — L'assimilation n'est pas exacte : on concevrait très-bien que le créancier naturel originaire fût à l'abri de la prescription, parce qu'il n'y a aucun reproche de négligence à adresser à celui qui était dépourvu du droit d'action, tandis qu'il en est autrement à l'égard de celui qui a omis d'agir quand il pouvait le faire. Quant à cette proposition, que les obligations naturelles seraient imprescriptibles, elle nous paraît fort contestable. Certainement il y a quelque rigueur à faire courir une prescription au préjudice de celui qui ne peut prendre l'initiative, qui doit attendre une occasion, hors de laquelle il est dans l'impuissance d'user de son droit. Mais, d'un autre côté, les effets assez énergiques que le droit romain accorde assez souvent à l'obligation naturelle, la faculté de compenser, de retenir un payement fait par erreur, n'exigent-ils pas que l'on mette un terme à cette valeur forcée dont jouit l'obligation naturelle ? Peut-on admettre qu'ils se produiront à perpétuité ; que, pour autoriser la compensation, il sera indéfiniment possible de se prévaloir d'une créance, quand les choses sont si anciennes qu'il y aurait pour le débiteur difficulté extrême à prouver sa libération ; que si un payement a eu lieu par une erreur évidente, pour une obligation dont l'origine est fort reculée, il sera à toute époque interdit au débiteur d'user du droit de répétition ? Sans doute, là où

il fallait être logique, et laisser également imprescriptible l'hypothèque, à laquelle suffit une obligation naturelle. Le sacrifice de l'hypothèque, qui fut enfin immolée à la prescription, démontre, suivant nous, que l'on considéra la prescription comme éteignant l'obligation naturelle. Un délai plus long accordé n'empêche pas de dire que le temps produit son effet, qu'il emporte l'hypothèque, et avec elle tout vestige d'obligation naturelle. Il n'y avait aucune bonne raison pour faire la mesure de temps différente, suivant qu'il s'agissait de l'action personnelle ou de l'action hypothécaire, distinction que notre droit a sagement repoussée. Cette différence témoigne seulement que la valeur légitime de la prescription trentenaire avait été imparfaitement comprise, sous l'influence sans doute d'une interprétation trop littérale de l'Édit prétorien. Mais il n'en est pas moins vrai que la législation romaine a reconnu en définitive que la prescription anéantissait l'obligation, sans laisser au créancier aucun moyen de s'en prévaloir, puisque la seule trace qu'on puisse signaler de la subsistance d'une obligation naturelle a disparu dans le dernier état du droit, sauf la bizarrerie de la concession d'un délai plus prolongé. La conclusion finale à laquelle il faut arriver, c'est que la prescription de trente

---

l'obligation naturelle dépend de la volonté du débiteur, il n'y a aucun inconvénient à dire qu'il payera efficacement aussi tardivement qu'il lui plaira. Mais si le débiteur est exposé à subir contre son gré les effets de l'obligation naturelle que nous indiquions tout à l'heure, nous croyons qu'il faut se résoudre à décider que c'est tant pis pour le créancier si, pendant trente ans, il n'a pas trouvé le moyen de tirer parti de sa créance naturelle. Au bout de trente années écoulées, l'incertitude qui plane sur la dette est telle qu'il n'est plus permis de l'opposer au débiteur, même à titre d'exception.

ans, en droit romain, enlevait au créancier toute ressource, hormis celle de la voie hypothécaire à l'encontre du débiteur (1), dernière ressource qui ne résistait pas à la prescription de quarante ans.

Nous terminerons par une dernière observation cette discussion, dont le lecteur excusera la longueur, à cause de l'importance que présente cette question séculaire, qui divise encore les esprits. Notre observation ne sera que la répétition des réserves que nous avons faites, en appréciant les effets qui doivent appartenir à la prescription. La pensée qui a présidé à cette institution est analogue à celle d'où découle l'autorité de la chose jugée. C'est le besoin de fixer les droits, de mettre un terme aux procès, qui a fait consacrer la présomption de vérité attachée à la décision du juge, comme la présomption de libération résultant d'un certain laps de temps. Le repos des familles, ainsi que l'a dit Montesquieu, se fonde non-seulement sur ce qui est juste, mais encore sur ce qui est fini. Pour atteindre le but de stabilité désiré par le législateur, il faut, dans l'un et l'autre cas, fermer la voie à tout nouveau débat, de quelque manière qu'il se présente, sous la forme d'une action, ou sous celle d'une exception. Le débiteur ne doit pas, par conséquent, être privé contre son gré du bénéfice

---

(1) La restriction de l'action hypothécaire, qui, dès l'origine de la prescription de trente ans, fut déclarée impossible à l'égard du tiers détenteur, démontre que déjà, sous ce rapport, l'obligation naturelle était à demi ébranlée. Quand les anciens jurisconsultes, en effet, concédaient l'action hypothécaire en vertu d'une obligation naturelle, ils ne distinguaient pas si le défendeur était le débiteur ou une autre personne.

de chacune de ces présomptions. Mais, de même qu'il peut volontairement abdiquer la protection que lui accorde l'autorité de la chose jugée, de même, quand il y a prescription, il peut renoncer, si sa conscience y répugne, à la présomption de libération par laquelle il est couvert. C'est même le parti qu'il doit prendre, pour rester honnête, alors qu'il est édifié sur l'absence de toute cause d'extinction de l'obligation. En agissant ainsi, il ne fera pas une libéralité; il devra, au contraire, être considéré comme exécutant un payement. C'est de la sorte que les jurisconsultes romains appréciaient la conduite du débiteur accessoire, qui, dédaignant le secours de la libération *tempore* qu'il eût pu invoquer, venait spontanément payer le créancier. Papinien, L. 29, § 6, D. *Mandat.*, disait en pareil cas du fidéjusseur (suivant les compilateurs, lisez : du *sponsor*) qu'il s'était comporté loyalement, qu'il avait dégagé la foi donnée : *quanquam enim jam liberatus solvit, tamen fidem implevit.* Après la prescription révolue, le débiteur qui paye librement, parce qu'il sait que sa dette n'a pas été éteinte, fait une action honorable; il accomplit un devoir. C'est pourquoi notre législateur abandonne à la délicatesse du débiteur le soin de savoir s'il doit se prévaloir de la prescription, et interdit au juge de suppléer ce moyen d'office. Laissons à la conscience de chacun la faculté d'apprécier quant à lui la moralité de ce mode de libération; mais n'ébranlons pas le bienfait de la salutaire institution de la prescription, en autorisant des débats dont la solution expose la justice à des erreurs, en permettant au créancier de profiter de l'imprudence du débiteur qui a payé par ignorance, en lui donnant en un mot le droit d'imposer, encore malgré lui, à son adversaire la charge d'une dette prescrite.

TEXTES EXPLIQUÉS.

§ 5e. — Obligation naturelle en cas de condamnation :
In id quod facere potest.

L. 9, *De condictione indebiti, D.* (XII-VI).

ULPIANUS, libro LXV, ad Edictum.

LXXVII. Nam et maritus, si cum facere nihil possit, dotem solverit, in ea causa est ut repetere non possit.

ULPIEN, sur l'Edit, livre 66e.

LXXVII. En effet, si le mari lui-même, qui se trouvait dans un état complet d'insolvabilité, avait cependant payé la dot, il n'aurait pas le droit de répétition.

L. 63, § 4, *D. Pro socio,* (XVII II.)

ULPIANUS, libro XXXI, ad Edictum.

LXXVIII. Item videndum an cautio veniat in hoc judicium ejus quod facere socius non possit, scilicet nuda promissio? Quod magis dicendum arbitror.

ULPIEN, sur l'Edit, livre 31e

LXXVIII. Voyons aussi si, dans cette action, il y a lieu d'exiger une *caution* pour ce que l'associé ne peut payer. Il s'agit bien entendu d'une simple promesse. J'incline à répondre affirmativement.

EXPLICATION.

§ 5e. — Obligation naturelle, en cas de condamnation :
In id quod facere potest.

Le droit romain imposait quelquefois à un créancier la nécessité d'user de ménagements envers son débiteur, en ce sens qu'il ne pouvait obtenir une condamnation égale au montant intégral de ce qui lui était dû. On disait alors que l'action n'était pas donnée *in solidum*, mais seulement jusqu'à concurrence de ce que pouvait payer le débiteur, *quatenus facere potest, quatenus facultates ejus patiuntur* (voy. Instit., *De action.*, § 37, 38, 40); c'est ce que les commentateurs ont appelé *bénéfice de compétence*.

Nous n'avons pas l'intention d'examiner en détail quels étaient les différents cas auxquels s'appliquait ce bénéfice. Il suppose, en général, entre le créancier et le débiteur, des rapports tels qu'il y aurait immoralité, ingratitude, oubli des sentiments naturels, ou des devoirs résultant de liens qui ont existé, si le créancier, exerçant ses droits dans toute leur portée, mettait son débiteur hors d'état de satisfaire à une condamnation, et l'exposait ainsi à subir la contrainte par corps, voie d'exécution ordinairement accordée dans la législation romaine. En restreignant, au contraire, le montant de la condamnation, suivant les ressources du débiteur, telles qu'elles existent au moment où intervient la sentence, on lui laissait la possibilité de se dégager, et de conserver sa liberté corporelle.

Toutefois, le débiteur qui jouissait de ce bénéfice, n'était pas assuré d'éviter les rigueurs de l'exécution judiciaire. Pour mesurer la portée d'une condamnation *in id quod facere potest*, il était de règle qu'on devait calculer tout l'actif présent du débiteur, sans en defalquer son passif, l. 16, l. 49, D. *De re judic*. Dès lors, obligé de se dépouiller entièrement pour faire face à cette condamnation, il restait sans ressources vis-à-vis de ses créanciers ordinaires, qui n'étaient tenus à aucun ménagement, et dont les poursuites entraînaient pour le débiteur la perte de sa liberté.

Le donateur se trouvait à cet égard dans une position particulière; le donataire ne pouvait obtenir contre lui une condamnation que déduction faite du passif grevant la fortune du donateur : *Et quidem is solus deducto ære alieno*, dit Paul, l. 19, § 1, *De re jud.*; en outre, le donataire devait laisser au donateur ce qui lui était nécessaire pour vivre. Il ne fallait pas seulement s'inquiéter des autres créanciers; il fallait encore songer à l'avenir du donateur : *Sed et ipsi ratio habenda est ne egeat, dict. l.* 19, § 1. Cette réserve se conçoit facilement; elle n'est qu'une application de l'obligation de fournir des aliments qui incombe au donataire.

Sans doute les compilateurs font dire à Paul, dans la loi 173, pr. D. *De reg. jur.*, que cette dernière faveur appartient à tous les débiteurs condamnés *in id quod facere possunt*. Mais, comme l'a fait remarquer judicieusement notre savant Doyen (1), il n'en pouvait être ainsi du temps des jurisconsultes. Les deux bénéfices accordés au donateur d'une façon exceptionnelle, et qui sont

(1) *Textes sur la dot*, etc., p. 145 et suiv.

rapprochés dans la loi 19, § 1, se tiennent intimement; le deuxième, s'il n'est accompagné du premier, n'est qu'un bénéfice illusoire, dont ne saurait profiter le débiteur, qui ne conservera pas ce qu'on lui a laissé pour vivre, puisqu'il n'a pas le droit de retenir quoi que ce soit au préjudice des créanciers ordinaires. Les rédacteurs des Pandectes n'ont pas pris garde qu'en généralisant, comme ils l'ont fait, le droit de garder une portion de ses biens à titre d'aliments, ils ont laissé cette faveur inutile, faute d'autoriser le débiteur à réserver également ce qui lui est nécessaire pour satisfaire les créanciers qui ont le droit absolu d'obtenir une condamnation *in solidum*.

Abordons maintenant le point par lequel le bénéfice de compétence se rattache à notre matière. Celui qui a été condamné *in id quod facere potest* se trouve-t-il libéré pour l'excédant, ou bien a-t-il à redouter de nouvelles poursuites, dans le cas où, revenu à meilleure fortune, il serait désormais en état de payer? S'il faut dire que, malgré le changement de sa situation pécuniaire, il n'est pas soumis à une action, il n'échappera pas certainement à une obligation naturelle. Vient-il à payer, même par erreur, il ne pourra pas répéter, l. 9, D. *De cond. ind.* (LXXVII). La faculté d'invoquer la compensation contre lui nous paraît également devoir être accordée sans difficulté. Le créancier qui est exposé à n'obtenir contre son débiteur qu'une condamnation limitée, sera d'ailleurs à l'abri de toute perte, si la dette était garantie par des fidéjusseurs, ceux-ci ne jouissant pas du bénéfice de compétence, faveur toute personnelle, qui n'appartient même pas aux héritiers, l. 24 et l. 25,

D. *De re jud.*, l. 7, pr. D. *De except.* Cette ressource, à la vérité, lui faisait défaut dans l'ancienne jurisprudence, si, en s'adressant imprudemment au *reus*, il avait consommé son droit tout entier par une *deductio in judicium*. Il en sera autrement depuis Justinien; et du temps des jurisconsultes, les principes admis en ce qui concernait les *mandatores* auraient permis au créancier d'agir subsidiairement contre ceux-ci pour tout ce qu'il n'aurait pas obtenu du débiteur principal. Mais que doit-on décider à l'égard du *reus?* N'est-il tenu que d'une obligation naturelle? Existe-t-il encore à sa charge une dette civile, qui cependant ne pourra motiver une action qu'autant qu'il se trouvera en état de payer?

D'après les règles que nous avons établies sur les effets de la litiscontestation, il faut dire que le débiteur est libéré, puisque le droit du créancier, à la suite de la délivrance d'une formule, est éteint *ipso jure* ou *exceptionis ope*. La créance tout entière se trouve avoir été déduite *in judicium*, l'*intentio* portant alors sur la totalité de ce qui était dû. C'était seulement dans la *condemnatio* qu'il y avait une restriction, par suite de laquelle le juge devait tenir compte des ressources actuelles du défendeur. Pour se ménager la voie d'une action, au cas où le débiteur acquerrait quelque fortune, le créancier devait avoir le soin de faire promettre au débiteur qu'il payerait, quand une fois il serait *in bonis*. La loi 65, § 4, D. *Pro soc.* (LXXVIII), nous dit que le *socius* est fondé à exiger à cet égard une *cautio*, sauf qu'il doit se contenter du simple engagement de son débiteur, sans accession de fidéjusseurs, *nuda promissio*. Justinien, en réglant à nouveau la restitution de la dot, impose également cette *cautio* au mari, *l. unic.* C. *De rei ux. act.*,

§ 7. Il en était autrement dans l'action *de peculio*, à l'occasion de laquelle le chef de famille jouissait d'un bénéfice analogue (restriction de la condamnation dans la limite des forces du pécule), tout en n'ayant pas le droit de répéter ce que par erreur il aurait payé au delà de cette mesure. Ici, la nécessité d'une *cautio* était mise de côté, suivant la loi 47, § 2, D. *De pecul.*, par ce motif, est-il dit, qu'en ce cas le défendeur n'est pas débiteur *proprio nomine*.

Unterholzner (1) et M. de Vangerow (2) induisent de ce texte que quiconque était débiteur pour son propre compte, était tenu, à l'instar de l'associé et du mari, de fournir cette *cautio*; ils ajoutent que sous Justinien la précaution est devenue inutile, parce que les anciens principes sur les effets de la litiscontestation ne subsistent plus. Nous avons peine à adopter cette opinion. Il ne nous semble pas exact de dire que, dans le dernier état du droit, la litiscontestation n'a plus un caractère de novation. La transmissibilité des actions pénales contre les héritiers n'a-t-elle pas été conservée, grâce à la litiscontestation; et la chose peut-elle s'expliquer autrement que par l'intervention d'une novation? Pourquoi, d'ailleurs, Justinien prend-il la peine d'imposer au mari la nécessité de s'engager d'une manière formelle, ainsi qu'on le faisait autrefois? S'il eût été admis, en règle générale, que le bénéfice de compétence soumettait toute personne qui en jouissait à donner *cautio* pour l'avenir, il eût été bien inutile de relever cette circonstance à l'égard du mari et de l'associé. Ces

---

(1) *Schuldver.*, § 182, note *u*.
(2) T. 1, § 174, Observation première, n° 1.

deux hypothèses sont cependant les seules pour lesquelles il soit fait mention de cette exigence. Quant au mari, la faveur qui s'attachait à la restitution de la dot fait comprendre qu'on eût attaché quelque restriction au bénéfice concédé. Relativement à l'associé, il n'avait pas le droit d'échapper d'une façon absolue à une condamnation *in solidum*, mais seulement *causa cognita*, dit la loi 22, § 1, D. *De re jud*, c'est-à-dire suivant appréciation de l'espèce de société dont il s'agissait, de son importance, de sa durée (1). Comment Ulpien aurait-il songé à présenter comme douteuse la question de savoir si cette *cautio* était exigible de la part du débiteur le moins favorisé? Il s'exprime, en effet, de manière à laisser penser qu'il y avait là un point susceptible de controverse : *Videndum an...*; et il ne se prononce pas en termes qui indiquent une affirmation bien nette, il incline seulement à grever l'associé de cette obligation : *Quod magis dicendum arbitror*.

Dans le système, qui accorde en général la ressource

(1) Nous croyons, avec M. de Vangerow, que le préalable de cette *causæ cognitio*, d'après laquelle le bénéfice de compétence était tantôt accordé, tantôt refusé, rend compte de deux textes d'Ulpien entre lesquels on a voulu souvent trouver une contradiction. D'une part, la loi 63, *pr.* D. *Pro soc.*, étend le bénéfice même aux associés pour des objets particuliers ; d'autre part, la loi 16, *De re jud.*, semble exiger qu'il y ait société universelle. Comme la concession de ce bénéfice, suivant la remarque d'Ulpien, *dict. l.* 68 *pr.*, repose sur une espèce de fraternité qui découle de la société, on comprend que cette quasi-fraternité ne fît aucune difficulté à la suite d'une *societas omnium bonorum*, tandis que les sociétés particulières pouvaient se présenter avec des physionomies fort diverses, et quelquefois n'avoir établi entre les associés que des rapports trop passagers ou trop restreints pour qu'on dût les considérer comme des frères.

d'une nouvelle action contre celui qui a été condamné *in id quod facere poterat*, l'utilité du bénéfice de compétence aurait été réduite à bien peu de chose depuis l'introduction de la faculté de faire cession de biens, faculté qui appartenait, depuis Auguste, à tous les débiteurs, pourvu, sans doute, que leur insolvabilité fût excusable. Grâce à la *cessio bonorum*, le débiteur échappait à l'infamie, l. 11, C. *Ex quib. caus. inf.*, et il évitait l'emprisonnement, l. 1, C. *Qui bon. ced.*, mais il ne se trouvait pas libéré; et les créanciers, tant qu'ils n'avaient pas été entièrement satisfaits, pouvaient agir de nouveau contre lui. Seulement les poursuites n'étaient possibles qu'après examen de la part du magistrat, qui ne les autorisait qu'autant que le débiteur avait acquis une fortune de quelque importance, l. 6 et 7, D. *De cess. bon.* : *si tales tamen facultates acquisitæ sunt debitori, quibus Prætor moveri possit.* En outre, la condamnation ne devait avoir lieu qu'avec la restriction connue sous le nom de bénéfice de compétence, l. *4, pr.* D. *De cess. bon.*, § ult. Instit. *De action.* Sans doute, il y aurait cette différence que celui qui avait droit *ab initio* au bénéfice de compétence pouvait liquider lui-même sa position, à raison de la modération de la condamnation qui le frappait, sans être obligé de recourir à un abandon de ses biens. Mais cette différence ne présenterait pas assez d'importance pour constituer un avantage sensible par opposition à ceux qui auraient fait *cessio bonorum;* et on comprendrait à peine que les jurisconsultes eussent pris le soin d'indiquer minutieusement quelles étaient les personnes qui devaient être condamnées seulement *in id quod facultates patiuntur*.

Quant à celui qui avait subi une *bonorum venditio*, il

était assurément moins bien traité que le cessionnaire de biens, puisqu'il encourait l'infamie. Mais du moins se trouvait-il libéré à l'avenir, de manière à n'avoir plus à craindre d'être inquiété quant aux biens qu'il pourrait acquérir plus tard? On a quelquefois supposé que telle était la position faite au *defraudator;* et on a invoqué en ce sens la loi 25, § *ult.* D. *Quæ in fraud. cred.*, où il est dit qu'après une *bonorum venditio*, aucune action ne doit être donnée *ex ante gesto*. Vénuléius ajoute même qu'il serait inique de permettre d'agir contre celui *cui bona ablata sunt* (1). Gaïus, cependant, II, 155, enseigne positivement qu'il peut y avoir lieu à une seconde *bonorum venditio : cum cæterorum hominum quorum bona venierint pro portione, si quid postea acquirant, etiam sæpius eorum bona veniri soleant.* On ne voit pas, en effet, comment les créanciers auraient pu perdre leurs droits. Le débiteur qui subissait la *bonorum venditio* devenait infâme; mais il n'y avait pas là une *capitis minutio*, anéantissant la personne, et entraînant extinction de l'obligation civile. Ce qui est vraisemblable, c'est qu'ici, comme à la suite d'une *cessio bonorum*, les créanciers n'avaient pas la faculté d'exercer arbitrairement de nouvelles poursuites. Il fallait sans doute que le Préteur, *cognita causa*, autorisât une condamnation, en tenant compte de la fortune actuelle du débiteur. L'obligation civile subsistait donc en ce cas, de même qu'à l'égard de celui qui avait fait cession de biens, sauf la nécessité d'une licence d'agir à solliciter de la part du magistrat. Mais nous serions d'avis qu'il en était autrement quant aux débiteurs qui jouissaient du béné-

(1) Voyez sur cette question, Tambour, *Voies d'exécution*, t. I, p. 226.

fice de compétence, indépendamment d'une cession de biens. Ils se trouvaient définitivement soustraits à toute nouvelle action postérieurement à la condamnation *in quod facere poterant* (1), à part les cas exceptionnels où la ressource d'une action *in futurum* était ménagée au moyen d'une promesse positive, qui ne pouvait être exigée que de certains débiteurs. Toutefois, l'obligation naturelle subsistait alors sans aucun doute; et cette obligation naturelle nous paraît susceptible de tous les effets que le droit romain accorde aux obligations naturelles les plus favorisées.

---

(1) Notre législation consacre quelque chose d'analogue relativement au failli qui a obtenu un concordat. Le concordataire se trouve à l'abri de toutes poursuites quant à la portion dont il lui a été fait remise. Cependant il reste débiteur du reliquat ; et il existe contre lui une voie de contrainte indirecte, en ce qu'il ne peut aspirer à une réhabilitation, et s'affranchir des incapacités attachées à la position de failli qu'autant qu'il acquitte intégralement ce qu'il doit. Art. 604 C. comm.

EXPLICATION

—

§ 6e. Obligation naturelle, au cas où le créancier est puni en subissant la perte de sa créance.

Il y avait, en droit romain, diverses hypothèses où un créancier se trouvait déchu de sa créance, et où cette perte lui était infligée à titre de peine. Déjà nous avons vu que le refus d'une action à celui qui aurait prêté de l'argent à un fils de famille avait ce caractère pénal, de telle sorte que l'emprunteur restait tenu d'une obligation naturelle. Le Sénatus consulte Macédonien fournissait seulement un cas d'application d'une règle que Pomponius énonce ainsi dans la loi 19 *pr. D. De cond. ind.* : *Si pœna causa ejus, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest.* Cette doctrine doit-elle être suivie dans toutes les occasions où le créancier encourait la perte de son droit à raison de quelque fait répréhensible? C'est ce que nous allons examiner sommairement.

Ulpien, dans la loi 1, § 1, *D. Quod quisq. jur.*, nous a conservé le texte d'un édit, d'après lequel le magistrat, qui dans l'exercice de sa juridiction s'était écarté des règles anciennes pour se permettre quelque innovation, *quid novi juris statuerit*, devait se soumettre pour ses propres affaires à l'application du principe qu'il avait introduit. C'était en quelque sorte la peine du talion. On pouvait dire au magistrat : *patere legem quam ipse tulisti*. De même celui qui avait été le provocateur de l'innovation, *qui aliquid novi juris obtinuerit*, devait souf-

frir qu'on rétorquât contre lui, si l'occasion s'en présentait, la règle arbitraire qu'il avait fait établir dans son intérêt, de sorte qu'il subissait maintenant à son détriment le droit dont il avait d'abord tiré profit. On ne se bornait pas à autoriser celui qui avait souffert de cette innovation à user de représailles pour se venger du préjudice qu'il avait éprouvé; ceux qui s'étaient écartés du droit consacré par l'usage devaient supporter l'application du *jus novum*, quelle que fût la personne qui en réclamât le bénéfice, l. 3, § 2.

Il pouvait arriver qu'à raison d'un *jus iniquum* (expression d'Ulpien, l. 3, *pr.*) obtenu de la partialité ou de l'étourderie d'un magistrat, quelqu'un eût réussi à échapper à une condamnation qui aurait dû le frapper. Si plus tard il se trouvait en position d'invoquer contre un de ses débiteurs les véritables règles du droit, son action pouvait être repoussée au moyen d'une exception tirée de l'Édit dont nous parle Ulpien. Il était ainsi déchu d'une créance légitime. Mais il n'en restait pas moins créancier naturel; et si la dette avait été payée, la répétition était interdite, parce que, au fond, il subsistait une obligation naturelle. C'est ce que nous apprend encore, l. 3, § 7, Ulpien, qui s'appuie de l'autorité de Julien : *Ex hac causa solutum repeti non posse Julianus putat : superesse enim naturalem causam, quæ inhibet repetitionem.*

Les jurisconsultes sont muets sur les autres effets que pouvait produire cette obligation naturelle. Il est difficile de lui donner une portée plus étendue, et d'autoriser de la part de l'auteur ou du provocateur du *jus iniquum* des prétentions, qui, tout en ne répugnant pas ordinairement à l'obligation naturelle, seraient ici en contradiction avec le but dans lequel avait été porté cet

Édit. Ainsi il nous paraît certain que les fidéjusseurs ne restaient pas obligés, qu'il en était de même du *pignus*, et que la faculté de compenser ne pouvait également être invoquée sur le fondement de cette dette naturelle. Le payement, même fait par erreur, étant valable, il faudrait en dire autant pour les actes qui tendraient à assurer le payement, comme une novation, un constitut.

Il y a plus de difficulté pour admettre la persistance d'une obligation naturelle dans les cas suivants, à l'égard desquels les sources ne nous fournissent pas toujours des renseignements positifs quant à la valeur qui peut rester au droit dont la déchéance est encourue. Faut-il appliquer la règle posée dans la loi 19, *pr.* D. *De cond. ind.*, qui interdit la répétition, toutes les fois que le débiteur est libéré uniquement dans le but de punir le créancier? Les auteurs ne sont pas d'accord sur la solution qui doit être donnée à cette question.

1° Le créancier a eu recours à la violence pour se payer par ses propres mains. La législation romaine contient de nombreuses dispositions, qui attestent quelles étaient les habitudes de violence en usage à cette époque, et par suite desquelles des mesures sévères avaient dû être prises, pour empêcher les parties de se faire justice à elles-mêmes, au lieu de recourir à l'intervention de l'autorité. Ulpien, dans la loi 12, § 2, D. *Quod met. caus.*, après avoir dit que le créancier qui s'est fait payer par force est soumis à l'application de la loi Julia *de vi*, ajoute qu'il a perdu, par ce fait, son droit de créance. Cette perte nous est expliquée dans la loi suivante, par un fragment de Callistrat, où se trouve

rapporté un Décret de Marc-Aurèle, reproduit encore dans la loi 7, D. *Ad leg. Jul. de vi priv.*, Décret qui décide que celui qui, sans le secours du juge, se sera emparé de biens appartenant à son débiteur, cessera d'être créancier, *jus crediti non habebit.* Non-seulement il devra restituer ce qu'il a pris de son autorité privée, mais encore il ne pourra pas se faire payer d'une manière régulière, puisque son droit de créance a péri (1).

Weber (2) et M. de Vangerow (3) pensent que le droit du créancier était alors complétement anéanti; ils se fondent sur les expressions du Décret, qui leur paraissent absolument destructives du *jus crediti*. Unterholzner (4), au contraire, et M. Schwauert (5) admettent que le droit d'action seul est perdu, et qu'il subsiste une obligation naturelle. Ce dernier auteur invoque les termes d'une Constitution de Théodose et Arcadius (C. Théod. Liv. IV, tit. XXII, l. 3), où il est dit pour celui qui a usé de violence : *cadat igitur lite*, de même que Justinien, dans des cas semblables, *Nov.* LII, ch. I, et LX, ch. I, se sert des expressions : *actione cadere*, ce qui n'indiquerait que la perte du droit d'action, dont l'obligation naturelle peut très-bien se passer. — Quels seraient donc les effets de cette obligation naturelle? Il

---

(1) La même peine fut consacrée par les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, à l'égard de celui qui recourait à la violence pour s'emparer d'un meuble ou d'un immeuble qui lui appartenait. Il devait restituer, et se trouvait déchu de son droit de propriété, L. 7, C. *Unde vi*, § 1, *Instit. De bon. vi rapt.* Une disposition analogue se rencontre encore dans la loi 5, C. *De jurisd. omn.*

(2) § 94.

(3) T. 1, § 133.

(4) *Schuldverh.*, t. I, n° 240.

(5) § 23, p. 474.

est clair que le créancier ainsi déchu ne pourra agir ni contre les fidéjusseurs, ni contre les détenteurs des *pignora* qui lui auraient été engagés, ni même prétendre à une compensation. L'intention du législateur a été de désarmer complétemcnt le créancier coupable de violence, de ne plus lui permettre d'invoquer l'aide de la justice pour recouvrer ce qui lui était dû. Faut-il aller jusqu'à lui refuser le droit de retenir ce qui lui aurait été payé, ou bien appliquer ici la loi 19 *pr*. *De cond. ind.*? Nous ne saurions croire que, si le payement a été fait par erreur, ce créancier pût en profiter; car, pour résister à la *condictio indebiti*, il aurait besoin de faire proclamer son droit par la justice; or, il s'est rendu indigne d'une pareille protection. Resterait donc seulement la possibilité d'un payement volontaire. Si le débiteur, en effet, dédaignant le bénéfice de la libération qui lui est offerte, consentait à s'acquitter, on doit dire qu'il a fait un payement, et non une libéralité.

2° Le créancier a essayé de corrompre le juge, pour obtenir gain de cause. Ulpien, l. 1, § 3. D. *De calumn.*, et l. 2, § 2, *De cond. ob turp. caus.*, cite deux fois une Constitution *imperatoris nostri* (Alexandre Sévère sans doute), d'après laquelle la partie qui aurait donné de l'argent au juge devait succomber dans sa prétention : *Ex hac causa litem perdere jussit : litem eum perdere.* Cette situation offre beaucoup d'analogie avec la précédente; l'emploi de la ruse est puni comme celui de la force. La justice ne doit plus écouter celui qui s'est rendu coupable de l'une ou de l'autre manière. Un payement volontaire nous semble seul possible; il n'y

aura encore un créancier qu'autant qu'il y aura un débiteur qui accepte cette qualité.

3° Le créancier a cherché à nuire à son adversaire, en transférant son droit à une personne puissante. — Cet abus, en droit romain, fut réprimé par différentes Constitutions, qui s'accordèrent à infliger au cédant la perte de son droit. La loi 1, C. *Ne lic. pot.*, qui appartient à Dioclétien et Maximien, nous apprend que déjà, sous Claude, cette pénalité avait été appliquée : *Ut jactura causæ afficerentur;* et cette disposition fut renouvelée par Arcadius, Honorius et Théodose, l. 2, C. *eod, tit.*, suivant laquelle, *Debiti creditores jactura multantur.* M. de Vangerow (1), d'accord avec Weber (2), repousse encore ici la survivance d'une obligation naturelle, tandis qu'elle est admise par Pfordten, que cite M. de Vangerow, ainsi que par M. Schwauert (3). Nous croyons qu'il faut traiter cette hypothèse comme les précédentes, qu'il n'est plus permis à ce créancier de prétendre à aucun effet de son obligation pour lequel il aurait besoin de recourir à la justice. Il pourra seulement retenir, à à titre de créancier, ce qui lui aurait été payé volontairement (4).

4°. Un créancier, dont le droit était douteux, a cédé

---

(1) T. III, § 574, p. 111.

(2) § 94.

(3) P. 476.

(4) L'art. 1597 C. Nap. contient une disposition dictée par des idées analogues à celles qui avaient donné lieu aux constitutions dont nous venons de parler; mais notre législation se borne à déclarer la cession nulle, sans ajouter que la créance sera éteinte. Aussi la plupart de nos auteurs refusent-ils d'admettre qu'il y ait libération du débiteur.

ce droit à un autre. Depuis la Constitution d'Anastase, l. 22, C. *mandat.*, qui ne s'appliquait qu'à la cession à titre onéreux, et que Justinien, par la loi 23, *eod. tit.*, a étendue au cas où la vente serait mélangée de donation, le débiteur cédé a été admis à écarter le cessionnaire, en lui remboursant uniquement le montant de ce que celui-ci avait payé. Malgré les difficultés élevées sur ce point par quelques auteurs (1), on ne doit point hésiter à dire que, pour l'excédant de l'obligation, le débiteur se trouve libéré, qu'il n'est plus exposé à cet égard à aucune action. Ce résultat est bien clairement exprimé dans la Constitution de Justinien : *Et neque ei, qui cessit actiones, neque ei, qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri, vel remanere, vel aliquam contra debitores, vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem.*

Nous pensons encore ici, comme M. de Vangerow, qu'il ne subsiste pas une obligation naturelle, capable de produire quelques effets à l'aide de l'intervention de la justice. Le débiteur n'a plus à craindre que le créancier puisse, en aucune occasion, se prévaloir judiciairement d'un droit de créance pour l'excédant, sauf, bien entendu, la faculté pour le débiteur de reconnaître qu'il doit en réalité plus qu'il n'a payé, et de s'acquitter du surplus. On doit, en effet, approuver l'observation que fait Pothier (2) à ce sujet, quand il déclare que le débiteur est tenu dans le for de la conscience du surplus de la somme due, lorsqu'il sait devoir.

5° Enfin, c'est un tuteur ou un curateur qui a contre-

(1) Voyez M. de Vangerow, t. III, § 576, obs. 1.
(2) *Traité du contrat de vente*, VI^e^ part., ch. IV, n° 598.

venu aux prescriptions de la Novelle LXXII. Cette Novelle prévoyait deux hypothèses, dans chacune desquelles il y avait déchéance d'un droit de créance. Les décisions que l'on trouve aujourd'hui dans les art. 450 et 451, C. Nap., ont été évidemment inspirées par cette Novelle; mais la question de savoir si notre droit français a entendu dans les deux cas traiter le tuteur avec la même rigueur qu'il l'était en droit romain est l'objet d'une controverse entre nos auteurs.

La première hypothèse est celle où la personne appelée à une tutelle ou à une curatelle aurait gardé le silence sur une créance qu'elle prétend avoir contre le pupille ou le mineur. Justinien, dans le chapitre I, écarte de la tutelle ou de la curatelle quiconque serait créancier de l'individu dont il devrait administrer la fortune. Le chapitre III impose à celui, chez lequel existerait cette cause d'incapacité, l'obligation de prouver sa créance dans le délai fixé pour la présentation des excuses, tout au moins de déclarer avec serment qu'il est créancier. Dans le cas où il aurait entrepris la tutelle ou la curatelle, sans faire connaître sa qualité de créancier, il est déchu de toute action aux termes du chapitre IV : *Sciat omni actione adversus minorem, si vera fuerit, se casurum.* Weber (1), M. de Vangerow (2), et M. Schwauert (3) sont d'accord pour n'induire de cette disposition que la perte du droit d'action. Ils appliquent ici la loi 19, pr. D. *De cond. ind.*, en ne voyant là qu'une exception introduite *in odium creditoris*, malgré laquelle

---

(1) § 94.
(2) T. I, § 270, n° 3, lettre *a*.
(3) § 23, p. 478.

la *condictio indebiti* devrait être refusée. Cette interprétation est acceptable en droit romain, où le créancier pouvait, par ignorance du droit, omettre de révéler la créance qui lui appartenait. Dans notre législation, où le tuteur doit être sommé de s'expliquer, lors de l'inventaire, par l'officier public qui y procède, son silence, dans le cas où cette sommation lui aurait été faite, emporte naturellement cette idée qu'il avoue n'être pas créancier. La déchéance prononcée par l'art. 451 se justifie par la crainte d'une suppression de la quittance de la part du tuteur. Cette présomption de fraude, consacrée par la loi, interdit la preuve contraire, suivant l'art. 1352; aussi le payement fait par erreur devrait-il donner lieu à répétition. Il ne pourrait être valable qu'autant que le pupille en majorité, reconnaissant l'erreur ou l'oubli du tuteur, consentirait à acquitter la dette qu'il tient pour légitime.

La seconde hypothèse, pour laquelle la Novelle prononce également la perte de la créance, se rapporte à la cession que le tuteur ou le curateur, après son entrée en fonctions, obtiendrait d'une manière quelconque, à titre gratuit ou onéreux, d'une créance contre le pupille ou contre le mineur. Le chapitre V ne se borne pas à annuler une pareille cession; il décide positivement que toute action sera refusée au cédant ou au cessionnaire, de sorte que le débiteur se trouve libéré : *Et lucrum fieri adolescentis*. Cette disposition est motivée expressément sur les dangers qu'offrirait l'opération, qui fournirait à un tuteur ou à un curateur peu consciencieux la facilité de faire revivre, par la suppression des quittances, des créances déjà éteintes, ou d'enlever au débiteur, en détruisant des documents qui lui seraient favorables,

les moyens de défense qu'il pourrait opposer à l'action. Aussi la prévoyance de l'auteur de la Novelle va-t-elle jusqu'à étendre la même règle aux cessions de créances qui n'auraient lieu qu'après la cessation de la tutelle ou de la curatelle. En s'attachant à cette présomption de fraude, qui sert de base à la décision de Justinien, il faut dire comme M. de Vangerow (1) et M. Schwauert (2), qu'il ne subsiste pas en ce cas d'obligation naturelle, dont le créancier puisse tirer parti contre le débiteur, et que la *condictio indebiti* devra être accordée au pupille ou au mineur qui aurait payé par erreur. Cependant Mühlenbruch et Pfordten veulent appliquer ici la loi 19, *pr*. D. *De cond. ind*. Dans notre droit, où la déchéance n'est pas prononcée dans l'art. 450, comme elle l'est, pour l'hypothèse précédente, dans l'art. 451, les conséquences que doit entraîner la cession faite en contravention à la loi, sont discutées entre les auteurs. Les uns pensent qu'il faut encore suivre le système de la Novelle LXXII, et accorder au mineur sa libération; d'autres tiennent seulement la cession pour non avenue, et laissent la créance subsister entière entre les mains du cédant; d'autres enfin reconnaissent uniquement au profit du mineur la faculté d'éteindre la dette, en remboursant au tuteur le prix de la cession (3).

---

(1) T. III, p. 113.

(2) § 23, p. 479.

(3) Voir sur cette question M. Demolombe, *Traité de la minorité*, etc., nos 761 et suiv.

TROISIÈME PARTIE

—

GÉNÉRALISATION

—

Après avoir passé en revue les différentes hypothèses, dans lesquelles la législation romaine admet une obligation naturelle, et essayé de déterminer pour chacune d'elles, envisagée isolément, la portée de ses effets, nous voulons apprécier d'une manière générale cet ensemble d'obligations imparfaites. Est-il possible de leur attribuer quelque caractère commun, de ramener à une idée mère le fondement des diverses obligations naturelles, de dégager un type essentiel qui se retrouve constamment dans toute obligation naturelle ?

Nous avons fait observer, au début de notre travail, que l'expression : *obligatio naturalis*, se prête à une équivoque, à raison de ce que les jurisconsultes n'appliquent pas cette appellation exclusivement aux obligations dépourvues d'action, ce qui est cependant le plus habituel, mais encore s'en servent quelquefois à l'occasion même d'obligations sanctionnées par une action (1).

---

(1) Nous verrons plus loin s'il n'existe pas un lien entre ces deux significations, et si ce rapport ne peut pas servir à nous donner la clef des obligations naturelles proprement dites, c'est-à-dire dépourvues d'action.

Ce sont seulement les obligations naturelles, entendues dans le premier sens, qui forment le sujet de ce traité ; c'est à elles uniquement que se borne l'étude par nous entreprise.

Le caractère essentiel des obligations naturelles, sous ce point de vue, caractère par lequel elles se distinguent des obligations civiles (1), consiste dans l'absence du droit d'action. Le *vinculum juris*, qui constitue l'obligation, se trouve ainsi dépouillé de sa prérogative la plus éminente, et devient tellement imparfait que parfois les jurisconsultes disent de l'*obligatio naturalis* qu'elle est *nulla*, *inutilis*, que le titre de *creditor* n'appartient pas au créancier naturel, ou du moins qu'il ne peut être qualifié de la sorte que *minus proprie et per abusionem*.

Par opposition à cette vertu négative des obligations naturelles, si l'on cherche quels sont leurs effets réels, ce qui est le côté pratique et le plus important de la matière, il faut se garder, avons-nous dit, d'accorder absolument à l'obligation naturelle toutes les conséquences attribuées à l'obligation civile, hormis le droit d'action. Les détails dans lesquels nous sommes entrés ont justifié cette observation, en établissant que les obligations naturelles étaient loin d'avoir toujours une valeur uniforme.

Toutefois, si l'on doit éviter de créer un type unique pour les obligations naturelles en droit romain, de les faire entrer toutes, pour ainsi dire, dans le même moule,

---

(1) Les obligations prétoriennes, qui donnent également au créancier la faculté d'obtenir une condamnation, équivalent en ce sens aux obligations civiles, et forment, comme celles-ci, antithèse aux obligations naturelles.

faut-il renoncer à trouver quelque caractère qui soit indispensable pour constituer l'obligation naturelle? Ce caractère une fois découvert, il nous servira de signe pour reconnaître l'obligation naturelle; ce sera le *criterium*, à l'aide duquel il sera légitime de conclure à l'existence d'une pareille obligation. Nous nous contenterons de ce caractère; fût-il isolé à côté de celui-là, d'autres effets pourront s'y ajouter, suivant les circonstances, de manière à douer de plus d'énergie telle ou telle obligation; mais, comme ces effets ne présentent rien qui soit nécessaire à l'essence de l'obligation naturelle, elle n'en méritera pas moins ce nom, bien qu'elle soit privée de ces effets, qui seront simplement accidentels.

A nos yeux, il faut dire que partout où un payement est possible, où une prestation effectué pourra être envisagée comme amenant l'extinction d'une dette, cela suffira pour qu'on soit fondé à prétendre qu'il y avait une obligation, au moins naturelle. Si, en effet, comme le dit le Code Nap., art. 1235, tout payement suppose une dette, il est impossible de comprendre la validité d'un payement, d'autoriser quelqu'un à retenir en qualité de créancier ce qui lui a été livré à ce titre, s'il n'existe à son profit une dette quelconque.

Nous n'admettrons pas cependant que, chaque fois qu'il y avait en droit romain refus de la *condictio indebiti*, la conséquence à en induire c'est qu'il existait une obligation pour le moins naturelle. Cette législation exigeant, en effet, comme une des conditions de la *condictio indebiti*, qu'il y eût erreur de la part de celui qui a presté, on conçoit que la répétition devait être écartée, quand la personne qui avait livré savait pertinemment ne rien devoir. Seulement, si elle ne peut pas se raviser, et res-

saisir ce qu'elle a volontairement abandonné, c'est à raison de ce qu'elle a voulu faire une libéralité. C'est ainsi que l'affaire était appréciée par les jurisconsultes, l. 53, D. *De reg. jur.* Par suite de cette idée, les règles, propres aux donations devaient recevoir leur application dans cette espèce, tandis que, si la *condictio indebiti* était refusée en considération de l'existence d'une dette naturelle, il y avait lieu à mettre de côté les règles des donations, pour recourir à celles qui gouvernent les actes à titre onéreux.

Le *criterium* que nous croyons devoir être adopté nous est fourni par les jurisconsultes. Julien, dans la loi 16, § 4, D. *De fidej.* (1), nous dit que, pour décider s'il y a une obligation naturelle, il suffit que ce qui a été payé ne puisse être répété : *Verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest.* Le même auteur, quand il s'agit de savoir si la fidéjussion est possible à raison de l'existence d'une obligation naturelle, donne encore le même signe d'appréciation, l. 7, *eod. tit. : Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est hujus naturalis obligationis fidejussorem accipi posse.* C'est de la même manière que Paul, l. 1, § 17, D. *Ad leg. Falcid.*, caractérise l'essence de l'obligation naturelle, à propos du calcul de l'actif de la succession : *Id, quod natura hereditati debetur, et peti quidem non potest, solutum vero non repetitur* (1).

Cependant la validité du paiement, que nous posons

---

(1) Papinien fait encore allusion à l'obligation naturelle et à son caractère essentiel, dans la loi 94, § 3, D. *De solut.*, où, en traitant une question d'imputation, il mentionne une dette *ex alia causa, quæ peti quidem non poterat, ex solutione autem petitionem non præstat.*

comme signe de l'obligation naturelle, peut dépendre des circonstances qui ont accompagné ce payement. Quelquefois l'erreur sous l'empire de laquelle aura eu lieu le payement ne sera pas prise en considération, parce que l'obligation naturelle est assez puissante pour opérer indépendamment de l'assentiment du débiteur. C'est ce qui était admis, quand il s'agissait du remboursement d'un emprunt conclu en contravention au SCte Macédonien (1), du payement fait par l'ancien maître à son affranchi pour une dette qui s'était formée *in servitute* (2), de la prestation des *operæ officiales* fournies à son patron par un affranchi qui ne s'y était pas engagé (3), et dans bien d'autres cas encore que nous avons successivement signalés. Mais il était possible que l'efficacité du payement fût subordonnée à l'agrément du débiteur, chez lequel on exigera l'intention de se libérer, bien qu'il n'ignorât pas ne pouvoir y être contraint; de telle sorte qu'il aurait le droit de répéter, s'il n'avait pas consenti à reconnaître sa qualité de débiteur. C'est ainsi que nous avons cru devoir apprécier, pour qu'il y ait lieu à écarter la *condictio indebiti*, le payement émané d'un débiteur injustement absous comme ne devant rien, de celui qui s'était dégagé au moyen d'un parjure, ou qui était à l'abri de poursuites grâce à la prescription. La valeur du *debitum naturale* dépend alors de l'aveu du débiteur, ce qui réduit sans doute considérablement la portée de l'obligation naturelle, mais ce qui ne l'empêche pas d'exister. Il y a payement possible, dans telles conditions ; donc il y a dette.

---

(1) Voy. p. 113.
(2) Voy. p. 190.
(3) Voy. p. 281.

On sait, du reste, que c'est là l'effet unique reconnu par notre législation en faveur de l'obligation naturelle. Quoiqu'il en fût autrement à Rome pour un grand nombre d'obligations naturelles, il ne faut pas néanmoins rejeter de la classe des obligations naturelles celles qui n'avaient pas plus de vertu. Comment les qualifiera-t-on, si on ne les admet pas parmi les obligations naturelles? Ouvrira-t-on pour elles, au-dessous des obligations naturelles proprement dites, une catégorie d'obligations inférieures à celles-ci ? Ce système ne nous a pas paru possible (1); et nous aurons tout à l'heure à parler des efforts qui ont été faits en ce sens par les auteurs qui se sont occupés de ce sujet.

D'un autre côté, il peut se faire que la volonté même du débiteur, qui consent à acquitter sa dette naturelle, soit impuissante pour autoriser le créancier à retenir ce qu'il a reçu. Nous avons vu qu'il fallait traiter ainsi l'obligation contractée par un pupille sans l'*auctoritas tutoris*, l'une des hypothèses pour lesquelles se présente le plus fréquemment peut-être l'expression : *obligatio naturalis* (2). Comme le pupille ne peut rien aliéner sans l'*auctoritas tutoris*, il y a, malgré l'existence d'une obligation naturelle, obstacle à un payement efficace, de même qu'à tout acte par lequel il rendrait sa condition pire. Mais, s'il paye avec l'*auctoritas tutoris*, ou quand il est devenu capable, l'opération sera regardée comme ayant pour effet l'extinction d'une dette, tandis

---

(1) Voy. p. 284.

(2). On la trouve ainsi qualifiée par Mœcianus, L. 64, *pr.* D. *Ad SCtum Trebell.*; par Pomponius, L. 42, *pr.* D. *De jurej.*; par Papinien, L. 25, § 1, D. *Quando dies leg.* et 95, § 4, D. *De solut.*; par Ulpien, L. 1, § 1, *D. De novat.*; par Paul, L. 21, pr. *Ad. leg. Falcid.*

qu'elle devait être appréciée comme une libéralité, si l'on fait abstraction de l'obligation naturelle. Aussi est-il permis au pupille de consentir *tutore auctore* à une expromission pour sa dette naturelle, l. 19, § 4, D. *De donat.*; un pareil acte, nous dit ce texte, ne sera pas réputé une donation.

Le rapport nécessaire, qui nous paraît exister entre l'idée d'un payement et celle d'une obligation, n'est pas, nous l'avons déjà dit (1), admis par tous les esprits. Il peut, suivant quelques auteurs, y avoir un payement, sans qu'il y ait cependant une obligation. Il suffit qu'il y ait un *devoir*, un *debere*, ce qui devrait être distingué de l'*obligation*. Peu importe qu'à côté du *debere* se rencontre l'expression : *natura;* le *natura debere*, le *naturale debitum* seraient bien différents du *naturaliter obligari*, de l'*obligatio naturalis*. C'est la thèse soutenue par M. Holtius, dans un article qu'a publié en 1852 la Revue de Législation, t. III, p. 1 et suiv. ; elle a été adoptée et développée récemment avec beaucoup de détails par M. Schwauert ; elle forme l'une des bases du système de cet auteur, qui combat toutes les opinions précédemment émises sur la théorie des obligations naturelles en droit romain (2).

Nous n'hésitons pas à rejeter cette séparation de l'*obli-*

---

(1) Voy p. 282.

(2) Le livre de M. Schwauert sera consulté avec fruit par ceux qui auraient à cœur d'approfondir cette matière. Ils y trouveront réunis d'une manière complète, et discutés avec sagacité tous les textes relatifs aux obligations naturelles. Mais tout en rendant hommage au mérite de l'auteur, nous ne pouvons admettre comme fondé le système qu'il édifié.

gatio naturalis et du *naturale debitum*, que M. Schwauert présente comme étant capitale. La synonymie des deux façons de s'exprimer est pour nous incontestable, et peut se déduire facilement du rapprochement des textes. Cette synonymie est du reste à moitié admise par M. Schwauert lui-même; car il avoue que, à l'occasion de l'obligation naturelle proprement dite, les jurisconsultes se servent indifféremment de l'une ou de l'autre de ces expressions. Il se borne à soutenir que la réciproque n'est pas vraie, et que, là où il y a simplement un *natura debitum*, jamais on ne rencontre comme équivalent le terme d'*obligatio naturalis*. Ce dernier désignerait un lien plus fort que celui résultant du *natura debitum*. L'obligation naturelle serait susceptible d'effets multiples, tandis que le *natura debitum* n'autoriserait que la *soluti retentio*. Les cas dans lesquels il y aurait uniquement *natura debitum*, sans *obligatio naturalis*, se réduiraient à deux (1) : 1° l'accomplissement d'un *officium pietatis*, 2° le *debitum ex nudo pacto*.

S'il était vrai que, dans la langue juridique des Romains, le *natura debitum* fût inférieur à la *naturalis obligatio*, et qu'il s'appliquât particulièrement à certains cas moins fréquents et moins importants que la véritable obligation naturelle, on ne s'expliquerait pas comment les jurisconsultes, quand ils veulent opposer l'obligation munie d'une action à celle qui en est dépourvue, au lieu d'établir l'antithèse entre l'obligation civile et l'obligation naturelle, mentionneraient précisément comme étant en contraste avec la première le *natura debitum*. C'est ce

---

(1) Voy. p. 97 du traité de M. Schwauert.

que fait cependant Ulpien, l. 10, D. *De verb. sign.* (II), et l. 31, § 1, D. *De hered. pet.*, ainsi que Paul, l. 1, § 17, D. *Ad leg. Falcid.* Julien ne paraît guère se douter de l'importance que la doctrine moderne attache à l'emploi d'une expression plutôt qu'à celui d'une autre, quand, voulant caractériser l'obligation naturelle, l. 46, § 4, D. *De fidej.* (I), il déclare *obligés* naturellement ceux qui sont *naturales debitores*. Dans le cas où il y aurait là deux positions si différentes, le jurisconsulte eût été inexcusable de ne pas les distinguer. Si Julien les confond cependant, c'est évidemment parce qu'il y avait identité. Aussi Vénuleius, dans la loi 8, § 1, D. *Rat. rem hab.* (LVIII), et Tryphoninus, l. 64, D. *De cond. ind.* (XXIX), appellent-ils *debitum naturale* ce qui, de l'aveu de M. Schwauert, constitue une obligation naturelle. Nous avons fait observer que, dans des textes nombreux, le pupille, qui a contracté sans l'*auctoritas tutoris*, est indiqué comme tenu d'une *obligatio naturalis* (1). Or, quand Nératius, l. 41, D. *De cond. ind.* (XXXIII), et Licinius Rufinus, l. 59, D. *De oblig.* (XXXIV), en contradiction, croyons-nous, avec les autres jurisconsultes, disent tantôt que le pupille : *nec natura debet*, tantôt que : *ne quidem jure naturali obligatur*, est-il possible de supposer qu'ils expriment deux idées différentes, l'un niant même le *debitum naturale*, l'autre seulement l'*obligatio naturalis* ?

Ce qui est péremptoire pour démontrer que le *natura debitum* a tout autant de force que l'*obligatio naturalis*, c'est qu'à l'occasion de l'effet le plus énergique, mais en même temps le plus rare attribué à l'obligation naturelle, la faculté d'invoquer la compensation, Ulpien, dans la

(1) P. 528.

loi 6, D. *De compens.* (XIII), se sert de l'expression *natura debitum*. Il eût dû, au contraire, soigneusement l'éviter, si l'avantage précieux de la compensation eût appartenu exclusivement à l'*obligatio naturalis* proprement dite, et avait été refusé quant au *natura debitum*, dont l'effet se serait borné à la *soluti retentio*.—Enfin, quant à cette prétention que le terme d'obligation serait toujours mis de côté quand il ne s'agit que d'un simple *natura debitum*, elle nous paraît condamnée par la loi 26, § 12, D. *De cond. ind.*, où, dans une hypothèse qui ne constituerait pas une obligation naturelle, Ulpien dit indifféremment tantôt: *cum se putaret debere*, tantôt: *putans se obligatum*.

Cette validité d'un payement, du moins quand il est fait volontairement, constitue pour nous le degré le plus bas de l'obligation naturelle, qui peut se contenter de ce simple et unique effet, le seul que lui accorde notre législation. Du moment toutefois où un payement est possible, il faut en dire autant des actes qui ont pour but d'assurer le payement, comme l'expromission, le constitut, la fidéjussion, l'hypothèque. Toutes ces garanties, qui ne sont qu'un acheminement au payement, doivent être efficaces, de même que le payement qu'elles ont pour but d'amener à leur suite. Aussi les jurisconsultes décidaient-ils non-seulement que l'héritier, qui entend exécuter scrupuleusement les volontés du défunt, peut payer sans retenir la quarte Falcidie, mais encore que, s'il a promis de ne point user de son droit de réduction, il est lié par cette promesse (1).—Remarquons néanmoins que là où l'exécution de l'obligation

(1) Voy. p. 288.

dépend du libre arbitre du débiteur, cette condition de spontanéité doit être étendue à la validité des actes préparatoires du payement. Ainsi nous avons vu que la fidéjussion fournie par erreur (1) à l'égard d'une obligation éteinte *tempore* était réputée non avenue, suivant la loi 37, D. *De fidej.* (LXXII), et qu'il en était de même du constitut consenti *post tempus obligationis*, d'après la loi 18, § 1, D. *De pec. constit.* (LXXV).

L'obligation naturelle grandit en énergie, quand elle peut produire des effets indépendants de la volonté du débiteur, notamment dans les cas où le payement est reconnu comme valable, nonobstant l'erreur qui y a présidé. Quelquefois même il ne sera pas nécessaire que le fait du débiteur ait amené un payement qu'il ne pourra plus rétracter, en alléguant qu'il s'est trompé. Si le créancier naturel se trouve nanti de valeurs appartenant au débiteur, il pourra se payer par voie de rétention; s'il

---

(1) Nous n'avons pas à nous préoccuper de l'influence, fort peu juste à notre gré, que la jurisprudence romaine attribuait à l'erreur de *droit*, malgré laquelle la répétition était interdite. Ce qui excluait alors la faculté de répéter, c'était la faute commise par celui qui s'était cru obligé de payer; il était puni à raison de son ignorance. Aussi était-il indifférent qu'il existât une obligation naturelle, ou qu'il y eût absence de toute obligation. Il y avait là une règle un peu sévère, qui ne peut s'expliquer que par la considération particulière dont était environnée, dans les idées romaines, la science du droit. Tant pis pour celui qui avait négligé de s'instruire, ou de consulter ceux qui auraient pu l'éclairer. Celui, par exemple, qui a payé tous les legs, sans déduire la quarte Falcidie, bien qu'il n'eût pas l'intention de rendre hommage aux volontés du défunt, ne méritait pas, disait-on, que l'on vînt à son secours. On écartait sa prétention à la *condictio indebiti*, non par le motif qu'il avait acquitté ce qu'il devait en homme consciencieux; on lui objectait qu'il était tenu de subir les conséquences de sa sottise : *Nec stultis solere succurri*, l. 9, § 3, D. *De jur. et fact. ignor.*

devient à son tour débiteur de celui dont il est créancier naturel, il pourra éteindre son obligation civile en invoquant la compensation.

La détermination des hypothèses qui devront être traitées avec cette faveur offre la plus grande des difficultés de la matière; elle existe surtout en ce qui concerne la faculté de compenser. On trouve bien écrit dans un texte, la loi 6, D. *De compens.* (XIII), ce principe, qu'une obligation naturelle peut servir de base à une compensation; mais quand on interroge les sources sur les applications pratiques du principe, elles restent à peu près muettes.

Il faut s'abstenir, croyons-nous, de poser des règles générales. Chaque espèce doit être appréciée séparément, afin de fixer la mesure des effets possibles de l'obligation. Pour la même obligation d'ailleurs, la concession de tel effet dépend soit des circonstances dans lesquelles il est réclamé, soit des personnes vis-à-vis desquelles il est invoqué, ou dont émanent les actes d'exécution. Ainsi le possesseur de mauvaise foi d'une hérédité, le *prædo* n'est pas autorisé à retenir ce qui lui est dû naturellement, tandis que cette faculté appartient au *justus possessor* (1). Ainsi celui qui aurait prêté de l'argent à un pupille sans l'*auctoritas tutoris* ne pourrait incontestablement, s'il devenait débiteur du pupille, se payer de sa créance naturelle en retenant ce dont il est débiteur, tandis que, au regard des légataires, le même individu, quand il est héritier du pupille, pourra imputer sur le passif de l'hérédité le montant intégral de la dette du pupille, et diminuer de la sorte la part des légataires, aux

(1) Voy. p. 94.

termes de la loi 95, § 2, D. *De solut.* (XXXV). De même, un pupille a payé ce qu'il a promis sans l'*auctoritas tutoris*, le payement n'est pas valable ; il le serait, au contraire, si le payement avait été fait par l'héritier du pupille, l. 64, pr. D. *Ad SCtum Trebell.*

On ne peut également admettre d'une manière absolue, quelle que soit l'obligation naturelle, l'efficacité des diverses garanties que nous avons rencontrées comme possibles à l'occasion des obligations naturelles. L'accession d'un fidéjusseur, la constitution d'une hypothèque ne donneront sécurité à celui qui a prêté de l'argent à un fils de famille qu'autant qu'il n'y aura pas de recours à exercer contre le débiteur (1). Les actes de reconnaissance de sa dette de la part de l'emprunteur ne seront régulièrement valables que s'ils ont été fournis par le débiteur depuis qu'il est devenu *sui juris* (2). — L'obligation naturelle du maître envers son esclave, du père vis-à-vis de son fils *in potestate* ne se prêtent pas à une fidéjussion, l. 56, § 1, D. *De fidej.* — L'esclave, capable de s'obliger naturellement, ne pourra par son engagement opérer une novation (3). — Le fidéjusseur, qui a cautionné sciemment un mineur de 25 ans, sera lié, tandis qu'il échappera aux conséquences de sa promesse, s'il n'a agi que par erreur (4). C'est dans le même sens que nous a paru devoir être entendue la loi 25, D. *De fidej.*, que nous avons interprétée comme admettant une fidéjussion à l'égard de la dette du prodigue ou de l'insensé (5).

---

(1) Voy. p. 125 et suiv.
(2) Voy. p. 123.
(3) Voy. p. 165 et suiv.
(4) Voy. p. 244 et suiv.
(5) Voy. p. 274. Notre collègue, M. Lacomme, professeur à la Fa

Comment peut-on s'expliquer que la législation romaine ait admis deux classes d'obligations, entre lesquelles se trouvait cette ligne profonde de démarcation que les unes étaient sanctionnées par un droit d'action, tandis que les autres étaient dépourvues de cette garantie? En général, les auteurs ont rendu compte de cette

---

culté de Dijon, nous a adressé des observations critiques fort judicieuses sur l'interprétation que nous avons donnée à cette loi 25. Nous sommes parfaitement d'accord avec lui sur ce point, que la transposition des mots : *His* et *ei*, proposée par Noodt, doit être acceptée. Ulpien veut dire évidemment qu'on n'a pas besoin de venir au secours des divers incapables qu'il énumère *(his)*, parce qu'ils ne sont pas exposés à une action de mandat de la part du fidéjusseur (*ei*). M. Lacomme, en rapprochant l'inscription de la loi 25 de celle des lois 13 et 16, D. *De minor.*, empruntées toutes trois au livre XI^e^ des commentaires d'Ulpien sur l'édit, pense avec Noodt que Marcellus et Ulpien n'avaient en vue que de résoudre une seule question, celle de savoir si les insensés, les prodigues, les impubères, qui auraient fourni un fidéjusseur, avaient besoin de réclamer une restitution en entier, question à laquelle ils répondent négativement, attendu que ces incapables se trouvent *communi auxilio et mero jure muniti*, par suite de la nullité du mandat donné à celui qui s'est porté fidéjusseur. Quant à cette autre question, la fidéjussion est-elle valable, les jurisconsultes ne s'en occuperaient pas; elle sera valable ou non, suivant les cas. La fidéjussion est possible, quand un impubère a contracté sans *auctoritas*; elle doit être rejetée, quand le contrat émane d'un prodigue, ou d'un insensé, en dehors d'un intervalle lucide.

A l'égard du prodigue, notre honorable collègue repousse absolument l'idée d'une obligation naturelle, et par conséquent d'une fidéjussion, en invoquant la loi 6, D. *De verb. oblig.* A ses yeux, la sentence d'interdiction prononcée par le magistrat équivaut à la prohibition du SC^te^ Velléien, dont la portée était *totam obligationem improbare*. — Nous avons peine à donner cette signification à l'incapacité résultant de l'interdiction. Nous écartons l'analogie tirée du SC^te^ Velléien. On peut taxer d'exagérées les conséquences que le jurisprudence romaine faisait produire à ce SC^te^; ces conséquences dépassaient le but qu'il s'agissait d'atteindre, protection à la faiblesse du sexe. Il y a plus d'analogie assurément entre le *paterfamilias* interdit, et le *filiusfamilias* débauché,

distinction, en disant qu'à côté d'un *jus civile*, dont les règles étaient rigoureuses quant aux conditions de la formation ou de l'extinction des obligations, il existait, sous le nom de *jus naturale*, un droit plus conforme à la raison, aux yeux duquel pouvait être reconnue, tout en n'obtenant qu'une portée restreinte, une obligation repoussée par le *jus civile*. C'est encore le système qui a

---

qui contrevient au SC^te^ Macédonien. Le prodigue, malgré l'interdiction, reste capable du droit, puisqu'il lui est permis de faire sa condition meilleure. Serait-il possible de critiquer le remboursement qu'il aurait fait, quand il aura recouvré sa capacité, des emprunts contractés pendant la période d'interdiction ? Si durant l'interdiction il conclut quelque affaire, qu'un tiers vient approuver et prendre sous sa responsabilité, nous ne voyons pas pourquoi celui-ci pourrait invoquer une incapacité qui n'existe que dans l'intérêt du prodigue. Nous supposons que le fidéjusseur a agi sciemment, connaissant bien la position de celui qu'il cautionnait. Dans ces termes, la validité d'une fidéjussion n'a rien qui nous choque. L'idée d'Ulpien paraît bien être que le fidéjusseur peut être lié, et c'est ainsi que les rédacteurs des Basiliques ont entendu la chose, puisqu'ils mettent en relief l'obligation du fidéjusseur. Si la fidéjussion eût été toujours non avenue, Ulpien aurait dû motiver l'inutilité d'un *subvenire* quant à l'incapable sur l'absence de toute fidéjussion, et non sur le défaut d'un droit de recours, ce qui suppose un préjudice possible de la part de celui auquel un recours est dénié.

Quant à la fidéjussion relative à l'engagement d'un insensé, il est plus délicat, nous l'avouons, de baser ici la fidéjussion. Nous ne pouvons l'expliquer qu'en disant que le fidéjusseur a apprécié à ses risques et périls l'état mental du débiteur, de telle sorte que, ce dernier échappât-il à une obligation, parce que la preuve de la sanité d'esprit au moment de l'acte ne pourrait être faite, elle sera réputée exister relativement au fidéjusseur, qui a accepté sciemment cette position. Celui qui a contracté avec un *furiosus* n'a traité qu'en considération de l'engagement pris par le fidéjusseur. Ulpien, dans la loi 1, § 14, D. *Depos.*, nous fournit l'exemple suivant. Quelqu'un intervient comme fidéjusseur d'un dépôt que je fais sur la foi de cette fidéjussion entre les mains d'un insensé; le jurisconsulte décide que le fidéjusseur sera tenu envers moi pour tout ce que je puis réclamer par l'action *depositi*.

été admis récemment par M. de Savigny (1). Mais cette théorie a trouvé de nos jours des contradicteurs. M. Holtius, dans l'article que nous avons déjà cité, a critiqué l'opinion qui essaye d'asseoir les obligations naturelles sur un droit philosophique et rationnel. Il ne peut y avoir, suivant cet auteur, d'obligation naturelle que là où se rencontrent les conditions voulues pour la création d'une obligation civile (2), sauf que l'incapacité du débiteur empêche l'engagement d'être civil et de produire ses effets ordinaires. Cette thèse a été développée longuement par M. Schwauert. Les deux auteurs, conséquents à leur principe, s'accordent à décider qu'une obligation naturelle ne pouvait dériver d'un simple pacte.

Nous croyons l'ancienne doctrine mieux fondée, et nous n'hésitons pas à nous y rattacher. Il est plus simple, nous le reconnaissons, de faire passer les obligations naturelles, quant aux causes qui peuvent les produire, sous le joug des règles du droit civil. On se trouve ainsi sur un terrain parfaitement défini, et on échappe à l'indétermination du *jus naturale*, sur les limites duquel on n'est jamais parvenu à s'entendre. Mais, quelle que soit la commodité de ce système, s'il n'est pas conforme à la vérité, il doit être condamné; et il faut se résigner, malgré l'incertitude des résultats auxquels on peut aboutir,

---

(1) *Das Obligationenrecht*, § 5, 6, 7.

(2) M. Holtius, dans cet article, ingénieux comme tout ce qui sort de la plume de cet écrivain distingué, s'est efforcé de ramener aux proportions les plus mesquines l'obligation naturelle du droit romain. Notre excellent ami et collègue, M. Cauvet, professeur à la Faculté de Caen, a fait, dans la Revue de législation (année 1853, t. 2, p. 193, au système de M. Holtius une réponse où se trouvent exposées les véritables règles qui doivent, à notre gré, servir à apprécier les obligations naturelles dans la législation romaine.

à rechercher dans quels cas et jusqu'à quel point une obligation est possible en dehors des exigences du droit civil, en appréciant ce qui suffit, d'après les règles de l'honnêteté et de la bonne foi, pour constituer une dette qui sera incomplète et qualifiée naturelle. C'est la voie dans laquelle étaient entrés les jurisconsultes romains, qui opposent si souvent au droit proprement dit ce qu'ils appellent *æquitas*. Cette *æquitas* est précisément ce qui sert de base au *jus naturale*, et par suite aux obligations naturelles.

Il n'est pas difficile d'établir, quant à la 2me classe d'obligations naturelles (les obligations civiles dégénérées en obligations naturelles), qu'elles ne sont écartées que par les principes du *jus civile*, et qu'elles subsistent suivant le *jus naturale*, en équité, de manière à s'imposer à toute conscience sainement éclairée, à tout homme loyal et juste, dans le sens large de ce mot. Que la qualité d'héritier soit indélébile, et qu'elle maintienne par voie de confusion l'extinction des créances du fiduciaire contre le défunt, malgré la restitution de l'hérédité, c'est une règle du pur droit civil, *ratio juris*, comme le dit Papinien, l. 3, *pr*. D. *De separat*. Pour le *jus naturale*, la confusion sera non avenue. En cette occasion, la *condictio indebiti* viendra, nous l'avons vu, au secours du fiduciaire qui a restitué plus qu'il ne devait. Or, la *condictio indebiti*, cette ressource si fréquente en matière d'obligations naturelles, est fondée, suivant le même Papinien, l. 66, D. *De cond. indeb.*, sur le *bonum* et l'*æquum*. Aussi est-elle qualifiée *naturalis* par Paul, l. 15, *pr. eod. tit.*; et un autre jurisconsulte, Tryphoninus, l. 64, *pr. eod. tit.* (XXIX), nous dit que, dans cette ac-

tion, pour savoir s'il y a dette, il faudra faire abstraction du droit civil, et s'en tenir uniquement au *jus naturale : Debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est.* — Quand la *minima capitis minutio* anéantit les obligations, parcequ'elle fait disparaître la personne du débiteur, cela ne doit s'entendre assurément que de la personne civile. La personne naturelle reste, comme sujet capable des obligations envisagées d'après le *jus naturale.* Aussi le *capite minutus* demeure-t-il obligé *naturaliter*, l. 2, § 2, D. *De cap. min.* (LI). Aussi les obligations *ex delicto* ne sont-elles pas atteintes par la *capitis minutio*, *dict. l.* 2, § 3. Ces obligations, en effet, n'exigent autre chose que l'homme naturel, c'est-à-dire l'être intelligent et responsable de ses méfaits. C'est pourquoi les esclaves qui, d'après la loi 32, D. *De reg. jur.*, *pro nullis habentur* quant au *jus civile*, mais qui *jure naturali* sont les égaux des hommes libres, étaient tenus de leurs délits, malgré l'état d'esclavage où ils se trouvaient au moment où le délit avait été commis. — Enfin, si le droit d'un créancier est éteint dans beaucoup de cas par suite d'un vice de procédure, par péremption d'instance, pour plus-pétition, à raison d'une exception *procuratoria, litis dividuæ* ou *residuæ*, est-il possible de nier que ce soient autant de règles qui n'ont de valeur qu'en droit strict, et qui sont réprouvées par le *jus naturale?* Quel est l'homme loyal et scrupuleux qui ne s'empressera de répudier le bénéfice de ces causes de libération ? Ne peut-on pas dire dans toutes ces hypothèses, en empruntant le langage d'Ulpien, que nous avons déjà cité : *De bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit nec ne.*

Ce fondement des obligations naturelles de la 2me

classe une fois reconnu, la logique nous conduit à dire que les obligations naturelles de la 1re classe, celles qui se forment avec cette qualité, doivent avoir la même source, puisqu'elles partagent le même nom ; et, en effet, l'examen des principales obligations de cette espèce nous amène à cette conclusion.

Prenons d'abord l'obligation du pupille, qui a contracté sans *auctoritas*, et qui ne s'est pas enrichi, cas pour lequel la plupart des jurisconsultes romains, et les plus célèbres sans contredit, nous paraissent avoir admis l'idée d'une obligation naturelle (1). Pour parler d'une obligation dans ces circonstances, il faut évidemment ne pas se préoccuper des règles de droit civil. Suivant ces règles, le pupille contractant sans l'*auctoritas tutoris* n'a pas une *persona*; de sorte que, si l'obligation naturelle est soumise quant à ses conditions d'existence à l'empire du droit civil, on doit se résoudre à écarter cette obligation. Telle n'était pas assurément la doctrine de Papinien. Quand il est question d'une obligation naturelle, dit ce jurisconsulte, dans la loi 95, § 4, D. *De solut.* (VI), elle n'a d'autre base que l'équité : *vinculum æquitatis quo solo sustinebatur*. Aux yeux de l'équité, le consentement donné par une personne intelligente suffit pour l'obliger ; et ce consentement éclairé a pu émaner d'un pupille, qui en fait était peut-être en état d'apprécier l'acte auquel il a participé, bien qu'une règle établie *utilitatis causa* ne présume légalement la pleine capa-

(1) M. Schwauert pense qu'il y avait alors une obligation efficace l'égard des tiers, et susceptible d'être ratifiée par le pupille, soit *tutore auctore* pendant l'impuberté, soit depuis qu'il est devenu capable.

cité qu'après la puberté, et au-dessous de cet âge exige la garantie de l'*auctoritas tutoris*. Comme on n'est pas gêné, à l'égard d'une obligation naturelle, par les règles du droit civil, le lien, qui a pu se former en dehors des conditions voulues par ce droit, peut également se dissoudre indépendamment des formes qu'il exige pour l'extinction des obligations. En vain se trouve-t-on en présence d'une obligation, qui a été créée par un mode du droit civil; il y a une fidéjussion, ce qui suppose l'intervention d'une stipulation. Dans le cas où on serait asservi aux règles du droit civil, une simple convention serait certainement impuissante à éteindre l'obligation; mais, tout au contraire, le droit à appliquer ici a des allures plus libres. De même que l'*æquitas* admet un engagement là où le droit civil le repousse, de même l'*æquitas* donne pleine force à la convention, qui opère aussi énergiquement que s'il y avait eu payement, le mode par excellence d'extinction des obligations. La décision de Papinien reste inexplicable, suivant nous, dans le système de MM. Holtius et Schwauert; elle se comprend très-bien, du moment où l'on est affranchi des étreintes du droit civil, quand il ne s'agit que d'une obligation naturelle.

Nous avons vu que la jurisprudence romaine admettait pour l'esclave la capacité des obligations naturelles, et non celle des obligations civiles. Cette distinction est en parfaite harmonie avec la manière dont on traitait les esclaves, qui, suivant la loi 32, D. *De reg. jur.*, étaient considérés comme n'existant pas (*pro nullis habentur*) par rapport au *jus civile*, tandis qu'ils marchaient sur le pied de l'égalité avec les hommes libres relativement au

jus naturale. En s'attachant à ce point de vue, on doit dire que la formation d'une obligation de la part d'un esclave n'est pas soumise aux règles du droit civil. Cela est si vrai que, quand il s'agit d'un effet qui ne peut se produire qu'en empruntant un mode du droit civil, l'esclave, malgré son aptitude à s'obliger naturellement, est impuissant à amener un résultat appartenant à une sphère de droit à laquelle il reste étranger. Aussi la promesse d'un esclave ne pouvait-elle opérer une novation, à raison de ce que celle-ci exige dans la forme un contrat *verbis*, qui n'est accessible à l'esclave que *ex persona domini*, et pour faire meilleure la condition de celui-ci. Telle est, on le sait, l'explication donnée par Théophile, qui n'en admet pas moins que la volonté de s'engager exprimée par l'esclave fera naître une obligation naturelle. Celle-ci, en effet, se contente d'une convention à l'existence de laquelle les solennités de la stipulation ne font pas obstacle. Mais *civilement* parlant il n'y a pas de *promesse*, parce qu'il n'y a pas chez l'esclave une personne *civile* : *In legibus servus non est persona*, dit Théophile. M. Schwauert en est réduit à reprocher à Théophile de ne savoir ce qu'il dit, et à accuser l'un des rédacteurs des Institutes de n'avoir pas compris ce qu'il écrivait. Gaïus cependant s'accorde assez bien avec Théophile; la stipulation fait défaut, comme s'il n'y avait pas eu de répondant : *proinde ac si a nullo stipulatus fuissem*.

Cependant, en ce qui concerne les obligations des esclaves, il est un texte qui paraît favoriser la doctrine que nous combattons, et qui a été invoqué par MM. Holtius et Schwauert : nous voulons parler de la loi 49, § 2, D. *De pecul.*, d'après laquelle le point de savoir si l'esclave

est débiteur envers son maître ou *vice versa* devrait être apprécié *ex causa civili*, de telle sorte que le fait de l'inscription sur les livres de l'un ou de l'autre ne constituerait pas une dette, s'il n'y a eu un *mutuum* ou toute autre cause d'obligation (1). Ce texte, prenons-y garde, est étranger à l'esclave, en tant qu'il s'agit uniquement de sa capacité pour les obligations naturelles; il est relatif à un esclave gérant un pécule, c'est-à-dire qui a une espèce de patrimoine susceptible d'être grevé de dettes donnant lieu à une action. Ce patrimoine est le gage des créanciers qui traitent avec l'esclave, et qui sont autorisés à se faire payer sur le pécule, sauf le droit de préférence qui appartient au maître. Il était donc raisonnable d'assimiler l'esclave pourvu d'un pécule à un homme libre, quant à la manière de calculer cette fortune qu'il administrait, et qui lui permettait de se comporter comme un individu *sui juris;* son crédit devait être apprécié suivant le droit commun. Il ne fallait pas qu'il dépendît de l'esclave de favoriser le maître, en lui abandonnant, au détriment des créanciers ordinaires, l'actif de son pécule, quand il ne s'est passé aucun événement qui ait dû régulièrement faire acquérir une créance au maître. L'esclave, quand il a un pécule, n'est pas, nous l'avons déjà dit, simplement capable d'obligations naturelles. Il joue en quelque sorte le rôle d'un citoyen; et, sous ce rapport, on comprend que le droit civil devienne applicable pour régler des obligations, qui,

---

(1) *Ut debitor vel servus domino, vel domino servus intelligatur, ex causa civili computandum est; ideoque si dominus in rationes suas referat se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla causa præcesserat debendi, nuda ratio non facit eum debitorem.*

comme celles de l'homme libre, sont sanctionnées par une action.

En assignant aux obligations naturelles la base que nous leur avons donnée, nous devons maintenir la doctrine que nous avons adoptée sur la question fort controversée de savoir si le *nudum pactum* suffisait à engendrer une obligation naturelle. Notre intention n'est pas de recommencer la discussion à laquelle nous nous sommes livré sur ce point. Bornons-nous à rappeler cette proposition énoncée par Papinien dans la loi 95, § 4, D. *De solut.*, d'après laquelle c'est l'équité seule qui soutient les obligations naturelles. Or, si l'on rapproche de ce texte fondamental les principes exprimés plusieurs fois par les jurisconsultes (voyez l. 1, pr. D. *De pact.*; l. 1, pr. D. *De pec. constit.*) sur la valeur des pactes, dont l'observation est recommandée par l'équité, il nous semble difficile de refuser au simple pacte la force de produire une obligation naturelle. M. Schwauert admet du reste que l'exécution du pacte est irrévocable, et qu'elle doit être considérée comme autorisant la *soluti retentio*. A notre gré, il n'en faut pas davantage pour qu'il soit permis de dire qu'il y avait obligation, puisqu'un payement était possible.

Il est aisé de reconnaître que la jurisprudence romaine s'est montrée de jour en jour plus disposée à reconnaître l'efficacité des conventions dénuées des formes civiles. C'est ce que démontre la théorie des *pacta* dits *adjecta in continenti*, qui ont été admis à fonder une action, non-seulement à l'occasion des contrats consensuels, mais

encore dans tous les contrats qui devaient être appréciés *ex bona fide*. La tendance en ce sens était telle que, même en matière de stipulation, le pacte fait *in continenti* a fini, malgré une résistance témoignée par la loi 40, D. *De reb. cred.*, par être enveloppé dans la stipulation, de manière à fournir une action. C'est dans le même esprit qu'Ulpien, l. 1, § 3, D. *De verb. oblig.*, décide que, nonobstant le défaut de conformité entre l'interrogation et la réponse, la stipulation sera valable, pourvu que le créancier ait adhéré immédiatement aux modifications exprimées par le débiteur, bien qu'en pareil cas la forme du contrat *verbis* ne se rencontre point. Le Préteur, en créant l'action *de pecunia constituta*, fit faire un grand pas à la règle du droit des gens, qui attribue force obligatoire au consentement; et Justinien, on le sait, a supprimé les limites dans lesquelles était autrefois renfermée l'action de constitut. Enfin, sous le même empereur, la puissance de la convention est devenue tellement prépondérante qu'elle suffit pour soumettre à une action dans l'hypothèse la plus dangereuse cependant, quand il s'agit d'une donation, et que c'est sous cette simple forme qu'a été manifestée l'intention de s'engager à titre de libéralité.

Sans doute cette règle générale a toujours subsisté, que le pacte nu ne peut fonder une action. Mais on ne voyait là, suivant l'expression de Paul, qu'une règle du *jus civile : Inter cives romanos ex nudo pacto actio non nascitur*. Dès que celui qui réclamait l'exécution d'un pacte pouvait l'invoquer *exceptionis ope*, il lui était permis d'en tirer parti; et nous croyons que, quand la faculté de compenser a été débarrassée des entraves qui

l'ont gênée longtemps en droit romain, l'obligation résultant d'un pacte a pu servir de base à une compensation. Ce n'est pas seulement le droit de retenir ce qui aurait été payé, c'est encore le droit de se faire payer, grâce à l'intervention d'un pacte, et par conséquent d'en exiger l'accomplissement, qui appartient au pactisant. Quand Ulpien nous dit, l. 7, § 5, D. *De pact.*, que la convention faite avec le mari, et ayant pour objet la restitution immédiate de la dot, vaudra sinon *jure actionis*, du moins *jure exceptionis*, on ne peut supposer qu'il avait en vue une exception de dol à opposer à la *condictio indebiti* pour le cas où le mari aurait restitué avant le délai légal. La circonstance d'une convention intervenue à cet égard aurait été chose inutile, puisque le débiteur à terme, qui payait par anticipation, n'avait pas le droit de répéter, quand bien même il n'aurait pas renoncé au bénéfice du terme. Ulpien veut dire assurément que cette convention nuira au débiteur, en paralysant dans ses mains le droit d'exiger à son tour ce dont il serait créancier, parce qu'il échouera en présence de l'exception de dol, qui fournira à la femme ou à ses héritiers le moyen de contraindre le mari à l'exécution du pacte.

Nous ferons observer, en terminant, que, dans le système qui donne l'équité pour fondement aux obligations naturelles, on s'explique facilement comment certaines obligations sanctionnées par une action étaient aussi appelées naturelles. Ces obligations, en effet, étaient celles reposant sur des principes que l'on regardait comme étant communs à tous les peuples, comme fondés sur la

raison humaine. C'est à ce point de vue qu'étaient appréciés la plupart des contrats, qui rentraient, disait-on, dans le *jus naturale*. C'est aussi pour le même motif qu'on peut se rendre compte de la qualification d'obligation naturelle donnée à la dette du pupille, qui, ayant contracté sans l'*auctoritas tutoris*, était tenu d'une action jusqu'à concurrence du profit qu'il avait retiré du contrat. L'impubère était alors obligé naturellement, parce que c'était l'équité qui réclamait dans ces limites la concession d'un droit d'action.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES.

—

PRÉFACE, p. 1.

INTRODUCTION.

Textes expliqués, p. 1.

Idée de l'obligation naturelle chez les Romains.

Diverses significations des expressions : *obligatio naturalis*, p. 3. — 1er sens : obligations avec action, d'après le *jus naturale* ou *gentium*, par opposition au *jus civile*, *ibid*. — Intérêt de cette distinction, p. 4. — Ses applications, p. 5. — 2e sens : obligations sans action, p. 10. — Quelle interprétation faut-il donner à la loi 16, § 4, D. *De fidej.* ? p. 12. — Remarques sur l'incertitude du langage usité par les Romains, p. 16. — Quels sont les effets possibles des obligations naturelles, p. 18. — Elles n'ont pas toutes la même portée, p. 19. — Division du sujet, p. 20.

Première partie.

Obligations naturelles, qui se forment avec ce caractère.

§ 1er. *Obligations naturelles tenant à l'inobservation des formes exigées pour constituer l'obligation civile.*

Textes expliqués, p. 21.

Le *nudum pactum* produit-il, en général, une obligation naturelle? p. 28. — Effets du pacte relatif aux *usuræ*, p. 30.— Examen des objections tirées de la loi 1, § 2, D. *De verb. oblig.*; p. 35; de la loi 1, § 4, D. *De pec. constit.*, p. 39. — Du rapprochement des lois 95, § 4, D. *De solut.*, et 27, § 2, D. *De pact.*, p. 40. — Doit-on admettre, dans les contrats innomés, d'une manière générale, la *condictio ex pœnitentia* de la part de celui qui a exécuté? p. 48. — Explication de la loi 16, D. *De cond. caus. dat.*, p. 64. — La *condictio indebiti* appartient-elle à celui qui a payé *donationis causa?* p. 70. — Effets généraux du *nudum pactum*, p. 83. — Validité de l'hypothèque, de la fidéjussion, du constitut, *ibid.* — Distinction quant à la novation, p. 84. — La compensation est-elle possible? p. 89.

§ 2e *Obligations naturelles tenant à l'incapacité du débiteur.*

Art. 1er. — *Fils de famille.*

Textes expliqués, p. 97.

Capacité de s'obliger chez le fils de famille vis-à-vis des tiers, p. 103. — Le créancier peut-il faire exécuter la condamnation pendant la durée de la puissance paternelle? p. 104. — Capacité de s'obliger pour la *filiafamilias*, p. 108. — Restrictions à la capacité des fils de famille dérivant du sénatus-consulte Macédonien, p. 110. — Dans quels cas est valable le payement fait par l'emprunteur? p. 113. — Validité des actes de confirmation, p. 118. — Effets de la fidéjussion, p. 125. — Quand le fidéjusseur a-t-il un recours contre l'emprunteur? p. 128. — La faculté de compenser doit être rejetée, p. 131. — Capacité de s'obliger chez le fils de famille par rapport au chef sous la puissance duquel il est placé; explication de la loi 38, *pr.* et § 1, D. *De cond. ind.*, p. 132. — Obligation naturelle de la part du chef au profit du *filiusfamilias*. Explication de la loi 38, § 2, D. *De cond. ind.*, p. 144. — Effets possibles de l'obligation naturelle dans l'une et l'autre de ces hypothèses, p. 148.

Art. 2e. — *Esclaves.*

Textes expliqués, p. 151.

Capacité des esclaves, p. 156. — Dettes des esclaves; délits, p. 159. — Contrats, p. 161. — Pourquoi l'expromission de la part d'un esclave n'opérait pas une novation, p. 165. — Effets de l'obligation naturelle de l'esclave, p. 173. — Validité de la fidéjussion, p. 175, de l'expromission, du constitut, de l'hypothèque, du payement, de la part des tiers, p. 179. — Quant au débiteur, il faut distinguer s'il est *in servitute* ou affranchi, p. 180. — *Quid*, quant à la compensation? p. 183. — Créances de l'esclave, p. 185. — Il peut être créancier naturel de son maître, *ibid*. Effets de cette obligation, p. 188.

Art. 3e. — *Pupilles.*

Textes expliqués, p. 195.

Capacité des pupilles en matière de délits, de contrats, d'obligations *quasi ex contractu*, p. 200. — Le pupille est tenu d'une action *in quantum locupletior factus est*, p. 203. — A défaut d'enrichissement, est-il obligé naturellement? p. 206. — Conditions de la validité du payement, p. 221. — Y a-t-il lieu à compensation? p. 224. — Portée de l'obligation naturelle du pupille, p. 231.

Art. 4e. — *Mineurs de 25 ans.*

Textes expliqués, p. 234.

Capacité du mineur de 25 ans, p. 239. — Le mineur, qui n'a pas de curateur, s'oblige civilement, sauf restitution en cas de lésion, p. 242. — La restitution doit-elle profiter au fidéjusseur ? p. 242 et suiv. — Le mineur pourvu d'un curateur peut-il s'obliger sans le *consensus curatoris?* p. 261.

Art. 5e. — *Prodigues, insensés.*

Textes expliqués, p. 265.

Capacité du prodigue ; peut-il s'obliger naturellement ? p. 266. — Capacité du *furiosus*, du *demens* ; une obligation naturelle est-elle possible ? p. 268.

Appendice. — Sénatus-consulte Velléien.

Effets de l'obligation contractée par la femme en contravention au sénatus-consulte, p. 276.

§ 3e. *Obligations naturelles fondées sur l'accomplissement d'un devoir de morale.*

Doit-on faire rentrer ces hypothèses sous l'idée d'obligations naturelles ? p. 281.

Deuxième partie.

Obligations naturelles survivant à la disparition de l'obligation civile.

§ 1er. *Obligation naturelle en cas de confusion.*

Textes expliqués, p. 290.

Idée de la confusion, ses effets, p. 294. — Quel est le sort des créances du fiduciaire contre le testateur, quand il y a eu restitution de l'hérédité ; explication de la loi 59, *pr.* D. *Ad senatusconsultum Trebell.*, p. 296. — Effets de l'obligation naturelle qui subsiste, p. 308. — Effets de la confusion, quand le fidéjusseur succède au *reus* ou *vice versa*, p. 311.

§ 2e. *Obligation naturelle, à la suite d'une* capitis minutio.

Textes expliqués, p. 316.

Effets de la *capitis minutio* sur les obligations, p. 318; de la *maxima*, p. 319 ; de la *media* p. 321 ; de la *minima*, p. 323. — L'action *de peculio* était possible contre l'adrogeant ; intérêt à préférer la voie de la restitution, p. 332.

§ 3°. *Obligation naturelle survivant à la litiscontestation.*

Textes expliqués, p. 336.

Effets de la litiscontestation, suivant la qualité du *judicium*, p. 344. — Novation qu'elle produit; particularités de la novation judiciaire, p. 346. — Pourquoi la litiscontestation libérait-elle le *correus* et le *fidejussor?* p. 356. — La péremption d'instance laisse subsister une obligation naturelle, p. 364. — Cette péremption était-elle encore admise au temps des jurisconsultes? p. 365. — Effets de cette obligation naturelle; refus de la *condictio indebiti*, p. 371. — Maintien du *pignus*, p. 372.—Autres effets de cette obligation, p. 376. — Obligation naturelle à la suite d'une exception *procuratoria*, de l'exception *litis dividuæ* ou *residuæ*, p. 380. — Obligation naturelle en cas de plus-pétition, p. 381. — Ses effets; l'ypothèque subsiste, p. 384. — La plus-pétition était-elle possible dans une action avec *intentio incerta?* p. 387. Omission d'une *præscriptio pro actore*. Ses effets; divers moyens de réparer cette omission, p. 388. — La voie de la réplique de dol était-elle générale? p. 400. — Une obligation naturelle survit-elle à l'absolution? p. 405. — *Quid*, en cas d'absolution obtenue par dol; conciliation des lois 20, § 1, et 25, D. *De dol. mal.*, p. 406. — Le débiteur absous sans dol, qui paie par erreur, a-t-il la *condictio indebiti?* p. 414. — Le *pignus* est-il libéré? p. 422. — Explication de la loi 60 pr. D. *De cond. ind.*, p. 426. — Le fidéjusseur est-il libéré? p. 437. — En quel sens y a-t-il encore une obligation naturelle? p. 441. — Le serment prêté par le débiteur laisse-t-il subsister une obligation naturelle? p. 443.

§ 4°. *Obligation naturelle en cas de prescription.*

Textes expliqués, p. 446.

Influence du temps sur l'extinction des obligations, suivant l'ancien droit civil, p. 450. — Cas exceptés, notamment d'après la loi Furia, p. 452. — Point de départ du *biennium*; interprétation des lois 4. D. *De div. temp.*, et 25, D. *De stip. serv.*, p. 455. — Actions annales prétoriennes, p. 461. — L'action était-elle éteinte *ipso jure?* p. 464. — Après le temps écoulé, une fidéjussion était-elle valable? p. 467. — La *condictio indebiti* était-elle admise? p. 476. — *Quid* du constitut? p. 482. — du *pignus?* p. 484. — de la novation? p. 487. — de la compensation? p. 488. — Effets de la prescription de 30 ans introduite par Théodose le Jeune, p. 488. — Elle n'éteignait pas le droit de revendication, p. 494. — Comment peut s'expliquer la survivance de l'action hypothécaire? p. 496. — Jusqu'à quel point il y a obligation naturelle après la prescription, p. 500.

§ 5e. *Obligation naturelle en cas de condamnation* in id quod quis facere potest.

Textes expliqués p. 502.

Bénéfice dit de *compétence*, p. 503. — Ne laisse-t-il subsister qu'une obligation naturelle ? p. 505. — Le débiteur devait-il toujours fournir une *cautio*? p. 507.

§ 6e. *Obligation naturelle au cas où le créancier est puni en subissant la perte de sa créance.*

Examen des différents cas auxquels s'appliquait cette peine, et des conséquences qui en résultaient, p. 511.

Troisième partie.

GÉNÉRALISATION.

Est-il possible de ramener à une idée commune les divers cas d'obligation naturelle? p. 523. — Toutes les fois qu'un payement est possible, il y a obligation naturelle, p. 525. — Conditions dont peut dépendre la validité du payement, p. 526. — Faut-il distinguer entre le *naturale debitum* et la *naturalis obligatio?* p. 529. — L'obligation naturelle peut avoir des effets indépendants de la volonté du débiteur, p. 533. — Nécessité de distinguer quant aux conséquences que peuvent produire les obligations naturelles, p. 534. — L'obligation naturelle, en droit romain, repose sur l'*æquitas*, p. 538. — Elle n'exige pas l'observation des formes du droit civil, p. 538. — Preuves tirées de l'obligation naturelle du pupille, p. 541. — De l'obligation naturelle de l'esclave, p. 542. — Des effets du pacte, p. 545. — Sens général de l'expression : *obligation naturelle*, p. 547.

TABLE DES TEXTES

COMMENTÉS OU CITÉS A L'APPUI DES DOCTRINES EXPOSÉES DANS L'OUVRAGE.

Le signe * indique les textes traduits, et sur lesquels a porté la conférence. Le même signe indique la page où se trouve le texte traduit.

DROIT ANTÉJUSTINIEN.

GAIUS, COMMENT. — PAGES.

I. § 119 6
121 390
162 327
190 109
192 108
II. § 24 156
87 104
96 156
126 297
154 193
155 510
186 192
187 . . . . . *Ibid.*
244 194
253 213
256 . . . . . *Ibid.*
258 298
274 297
278 . . . . . 16, 303
III. § 83 324
84 325
91 . . . . . 202, 228
93 6
100 . . . . . 86, 312

GAIUS, COMMENT.

PAGES.

107. 108
108. . . . . *Ibid.*
114. . . . . 150, 157, 324
116. 359
119. . . . . 173, 178
121. . . . . 177, 453
122. 453
127. 454
133. 7
134. 29
138. 8
167. 156
176. . . . . 86, 157, 166, 170, 232
178. 166
179. . . . . 7, 87, 173
180. . . . . 344, 348, 440
181. 344
208. 200
IV. § 37. 9
38. 325
53. . . . . 382, 383, 384
54. 387
68. 384
75. 108
78. 160
80. 329
82. 456
98. 371
100. . . . . *Ibid.*
106. 344
107. . . . . *Ibid.*
122. 380
124. . . . . *Ibid.*
125. 130
131. 388
132. 389
171. 39

ULPIANI FRAGM. EX LIB. SING. REGULAR.

DE LEGIBUS ET MORIBUS. § 1. 71
Tit. VI, § 8. 95

ULPIAN. FRAGM. PAGES.

Tit. XI, § 1 109
26 205
27 . . . . . 108, 328
Tit. XII, § 3 266
Tit. XIX, § 4 6
§ 6 390
Tit. XXII, § 12 192
Tit. XXV, § 3 36
§ 14 213

PAULUS, SENTENTIÆ.

Liv. I, Tit. IX, § 6 244
X, ... 384
II, Tit. V, § 3 . . . . . *Ibid.*
XIII, § 9 162
XIV, § 1 29
XVII, § 3 390
§ 16 360
XXI *a*, § 9 105
III, Tit, IV *a*, § 7 266
Liv. IV. Tit. III, § 2 213
4 285
Tit. VIII, § 24 320
V, Tit. II, § 1 479

VATICANA FRAGMENTA.

§ 47 345
51 156
259 . . . . . 74, 80
260 . . . . . 146, 147
263 347
266 . . . . . 27, 48, 70 et suiv.
293 . . . . . 80, 81
298 71
304 . . . . . *Ibid.*
310 73
311 . . . . . *Ibid.* 82
313 81

DROIT DE JUSTINIEN.

INSTITUTIONES.

Liv. I, Tit. II, § 2. 4
XVI, § 4. . . . . 158, 328
6. 320
XXI, pr. 200
Liv. II, Tit. I, § 41. 53
VIII, § 2. . . . . 117, 221, 398
XII, § 1. 269
XX, § 14. 179
20. . . . . 147, 189
Liv. III, Tit. XV, pr. 478
§ 3. . . . . 177, 450
XVII, pr. 156
XIX, § 4. 132
6. . . . . 104, 132
8. 267
10. 208
XX, § 1. . . . . 12, 162, 175
XXVI, § 7. 128
XIX, § 3. . . . . 166, 232
IV, Tit. I, § 13. 375
18. 200
III, § 16. 386
VI, § 10. 138
30. 93
33. 384
37. 503
VII, § 7. 111
VIII, § 5. . . . . 159, 318
6. 160
XII, pr. 161
§ 1. 352
XIII, § 4. 443
XIV, § 4. 257

DIGESTA, SEU PANDECTÆ.

Liv. I, Tit. VII, De adopt., etc.
* L. 45. . . . . * 316, 331
II, Tit. I, De Jurisd.

PAGES.

* L. 13, § 1. . . . . 337, 365 et suiv.
Tit. II, Quod quisque jur.
L. 1, § 1. 512
3, § 2 et 7. 513
Tit. VIII, Qui satisd. cog.
L. 5, pr. 322
XI, Si quis caution.
L. 13. 161
Tit. XIV, De pactis.
L. 1, pr. 30, 545
L. 7 § 2. . . . . 49, 58
4. 28
5. . . . . 34, 95, 547
7. 40
18. 185
L. 10, § 2. 88
L. 21, § 5. 43
L. 23. 248
L. 25, § 1. 257
L. 27, pr. 347
* § 2. . . . . * 23, 40 et suiv., 350
L. 28, pr. 225
* L. 30, § 1. . . . . * 151, 168
L. 32. . . . . 44, 258
XV, De transact.
L. 8, pr. et § 17. 78
III, Tit. III, De procurat.
L. 51, pr. 260
Tit. V, De neg. gest.
* L. 3, § 4. . . . . * 199, 227, et suiv.
5. 273
L. 17. 162
L. 18, L. 19, pr. et § 1. . . . . *Ibid.*, 183
L. 24. 479
L. 27, § 1. 285
L. 37, pr. 203, 227
Tit. VI, De calumn.
L. 1, § 3. 516
IV, Tit. 2, Quod met. caus.
L. 12, § 2. 314

PAGES.

Tit. III, De dolo malo.
L. 7, § 3. 353
8. 163
9. 410
*L. 18 § 4. . . . . *339, 376 et suiv.
L. 19. 475
*L. 20, § 1. . . . . *342, 406 et suiv.
L. 21 et L. 22. 422
*L. 25. . . . . *342, 406 et suiv.
Tit. IV, De minor. vig.
L. 3, § 4. . . . . 243, 256
L. 11, § 4. 254
L. 12. 277
*L. 13, pr. *234, 243
L. 18, § 5. 252
L. 24, § 4. 254
L. 50. 484
Tit. V, De cap. min.
L. 2, pr. 319
L. 2. § 1. 325
*§ 2. . . . . 143, *316, 326 et suiv., 540
*§ 3. . . . . *316, 318, 540
*§ 4. . . . . *316, 334
*§ 5. . . . . *316, 335
L. 7, § 2. 319
L. 10. 318
Tit. VI, Ex quib. caus. maj.
L. 1, § 1. 472
V, Tit. 1, De judiciis:
L. 4, et L. 11. 133
L. 32. 365
L. 35. 388
L. 43. . . . . *Ibid.*
*L. 49, § 1. . . . . *337, 366, et suiv.
L. 57. 104
Tit. II, De inoff. test.
L. 6, § 1. 296
L. 21, § 2. . . . . *Ibid*
Tit. III, De her. pet.
L. 31, § 1 et 2. 91

PAGES.

VI, Tit. 1, De rei vind.
L. 56. 140
L. 65, § 1. 148
VII, Tit. III, Quand. dies ususf.
L. Unic. § 4. 383
IX, Tit. II, Ad leg. Aquil.
L. 5, § 2. 271
*L. 30, § 1. . . . . *338, 372, et suiv.
Tit. IV, De nox. act.
L. 34 et L. 35. 108
X, Tit. II, Famil. ercisc.
L. 18, § 5. 141
L. 20, § 1. 142
Tit. III, Comm. divid.
L. 8, § 1 140
L. 14, § 2. 78
XII, Tit. 1, De reb. cred.
*L. 14. . . . . *98, 113, 115 et suiv.
L. 19, § 1. . . . . 116, 117
L. 36. 383
L. 40. . . . . 451, 546
Tit. II, De jurej.
L. 9, § 4. 402
L. 20, et L. 21. 180
L. 27. 444
L. 39 et L. 40. . . . . 422, 443
L. 42, pr. 45, 220
§ 1. 444
Tit. IV, De cond. caus. dat.
L. 1, § 1. . . . . 57, 220
*L. 3, § 2. . . . . *24, 60 et suiv.
*L. 5, pr. . . . . *Ibid., Ibid.*
*L. 16. . . . . *25, 65 et suiv.
Tit. V, De cond. ob turp.
L. 2, § 2. 516
Tit. VI, De cond. indeb.
L. 3. 228
*L. 9. . . . . *502, 505
L. 10. 382
L. 11. 286

PAGES.

*L. 13, pr. *154, 179, 180
*§ 1. . . . . *198, 220
L. 15, pr. 5
L. 16. 382
L. 17 et L. 18. 427
L. 19, pr. 512
L. 26, pr. 82
§ 1. 78
§ 3. 81
§ 9. 114
§ 12. . . . . 83, 281, 532
*L. 28. . . . . *343, 441
L. 29. 223
L. 32, pr. 228
§ 2. 282
*L. 38, pr. . . . . *100, 133, et suiv.
*§ 1. . . . . *101, 142 et suiv.
*§ 2. . . . . *102, 144 et suiv.
L. 39. 311
*L. 40, pr. 76, *97, 111, 113, 127, 492
*L. 41. . . . . *195, 206, 223
L. 43. 422
*L. 60, pr. . . . . *343, 426 et suiv.
*L. 64. . . . . 83, 147, 148, *154, 190, 539
L. 66. . . . . 5, 539

Tit. VII, De cond. sine caus.

L. 1, § 2. 52

XIII, Tit. V, De pec. constit.

L. 1, pr. 30, 545
*§ 4. . . . . *23, 36, 39
§ 7. . . . . 8¼
*L. 18, § 1. . . . . *448, 482 et suiv.
§ 3. 85
L. 28. . . . . *Ibid.*

Tit. VI, Commod. vel cont.

L. 1, § 2. 201
L. 2. 202
L. 19. 375

Tit. VII, De pign. act.

L. 1, § 2. 38

PAGES.

L. 11, § 1. 349

Liv. XIV, Tit. v, Quod cum eo...

L. 2, pr. 107

L. 4, § 1, 2, 4. . . . . *Ibid.*

L. 5, pr. 106

Tit. VI, De SCto. Maced.

L. 1, § 3, et L. 2. pr. 112

L. 3, pr. . . . . *Ibid.*

§ 3 111

L. 7, § 3. . . . . *Ibid.*

§ 6. 124

§ 10. 112

*§ 16. . . . . *98, 118 et suiv.

*L. 9, pr. . . . . *99, 199 et suiv.

*§ 1 . . . . . *97, 114 et suiv.

§ 2. 109

*§ 3. . . . . *99, 125 et suiv.

*L. 11. . . . . *100, 130

*L. 20. . . . . 83, *99, 121

XV, Tit. I, De peculio.

L. 3, § 9. 168

§ 11. 354

L. 7, § 6. 188

L. 9, § 2, et p 4. 174

L. 30, § 5. 465

*L. 42. . . . . *317, 332 et suiv.

L. 44. 141

L. 47, § 2. 507

L. 49, § 2. 543

*L. 50, § 2. . . . . *151, 164, 175, 362

*L. 56. . . . . *152, 171 et suiv.

Tit. II. Quando de pecul.

L. 1, pr. 464

§ 7 141

Tit. III, De in rem verso.

L. 15. 85

XVI, Tit. I, Ad SCtum Vell.

L. 8, § 13. . . . . 215, 277

L. 16, § 1 . . . . . 77, 258

Tit. II, De compens.

PAGES.

*L. 6. . . . . *27, 90, 532, 534
L. 8. 362
L. 10, § 1. 310
L. 14. . . . . 132, 488
Tit. III, Depositi.
L. 1, § 14. 537
§ 15. 201
§ 18. 352
L. 7, § 1. 353
L. 18. 352
L. 21, § 1. 162
XVII, Tit. 1. Mandat. vel cont.
L. 3, § 2. 58
L. 12, § 11. 254
§ 13. 128
L. 29, pr. 129
§ 4. 381
§ 6. . . . . 453, 501
Tit. II, Pro socio.
L. 63. pr. 508
*§ 4. . . . . *502, 506
XVIII, Tit. I, De cont. emt.
L. 9, § 2. 38
L. 72, pr. 34, 92
Tit. V, De rescind. vend.
L. 7, § 1. 226
XIX, Tit. I, De act. emt.
L. 31, § 1. 70
L. 49, § 1. 404
Tit. II, Locat. cond.
L. 1. 5
L. 15. § 6. 63
L. 19, § 9. . . . . *Ibid.*
Tit. III, De æstimat.
L. 1, pr. 60
Tit. V, De præscr. verb.
L. 5, pr. 49
*§ 1. . . . . *26, 50, 65
§ 2. 64
XX. Tit. I, De pignor. et hyp.

PAGES.

L. 5, pr. 12
L. 13, § 4. 304
§ 5. 382
L. 14, § 1. . . . . 325, 374, 423
L. 16, § 5. 403
*L. 27. . . . . *339, 384 et suiv.
Tit. III, Quæ res pign.
L. 2. . . . . 127, 278
Tit. VI. Quib. mod. pign.
L. 6, pr. 424
*L. 13. . . . . *343, 422 et suiv.
XXI, Tit. I. De ædil. edict.
L. 19, § 6. 462
L. 43, § 9. 382
L. 48, § 7. 406
Tit. II, De evict.
L. 37, § 1. 70
L. 51, § 4. . . . . 360, 439
XXII, Tit. I, De usur.
L. 30. 31
L. 32, § 5. 474
*L. 35 . . . . . *336, 355
Tit. VI. De jur. et fact. ignor.
L. 9, § 3 533
XXIII, Tit. III. De jur. dot.
L. 56, § 1 et 2 331
L. 74 351
XXIV, T. I, De donat. int.
L. 3, § 10 . . . . . 74, 81
L. 5, § 15. 286
L. 6 80
Tit. III, Solut. matrim.
L. 31, pr. 319
XXV, Tit. II, De act. rer. amot.
L. 25 5
XXVI, Tit. VII, De adm. et peric. tut.
*L. 25. . . . . *340, 393 et suiv.
L. 36 90
*L. 46, § 5 . . . . . *341, 397 et suiv.
Tit. VIII, De auct. et cons. tut.

PAGES.

*L. 5, pr. 5, *195, 204
L. 9, § 2 . . . . . 117, 222
XXVII, Tit. III, De tut. et rat.
L. 9, § 6 319
L. 20, § 1 . . . . . 393, 402
L. 22 354
Tit. IV, De cont. tut.
L. 1, § 5 94
L. 3, § 7 . . . . . 202, 227
XXVIII, Tit. Qui test. fac. poss.
L. 8, § 1 et 2 321
L. 20, § 4 269
§ 6 157
T. II, De lib. et post.
L. 18 298
XXIX, Tit. II, De acq. vel omitt.
L. 13, pr. 59
L. 79. 111
L. 89. 260
XXX, Tit. unic., De legat., I.
L. 8, § 1 358
XXXI, Tit. unic. De legat., II.
L. 16 . . . . . *Ibid.*
XXXII, Tit. unic., De legat., III.
L. 25 . . . . . *Ibid.*
XXXIII, Tit. I, De legat. ann.
L. 4 390
Tit. IX, De dot. præleg.
L. 1, § 10. 141
Tit. VIII, De pecul. legat.
L. 6, pr., et § 1 140
§ 4. 188
L. 7 334
L. 10. 140
XXXIV. Tit. IX, De his quæ ut indign.
L. 8 296
XXXV. Tit. I, De condit. et dem.
L. 99. 217
Tit. II, Ad leg. Falcid.
L. 1, §. 17. . . . . 219, 531

PAGES.

§. 18 295
*L. 21. pr. *198, 218
L. 46, ... 288
L. 62, pr 358
L. 76, pr. 218
L. 91. . . . . *Ib.*

XXXVI. Tit. I. Ad. SCtum Trebell.
L. 21 287
L. 27, § 7 213
L. 44, pr 309
L. 45 213
L. 58, pr. 303
*L. 59, pr . . . . . 214 * 290, 296, 380, 384
L. 64, pr 220 535
L. 65, pr. 299
L. 68, § 1. 287
L. 80. 303
Tit. II Quando dies legat.
*L. 25, § 1 . . . . . *197, 215 et suiv.

XXXVIII. Tit. I, De oper. libert.
L. 7, pr. et § 2. 163
Tit. II, De bon. libert.
L. 12, § 2 298
L. 47, pr. . . . . *Ib.*
Tit. VIII. Unde cogn.
L. 7. 320

XXXIX. Tit. V. De donat.
L. 3, § 2. 81
L. 19. § 4. . . . . 122, 148, 182, 222, 529
L. 20, § 3 288
L. 21, § 1. . . . . 74, 80
L. 24 . . . . . 71, 77
L. 33, § 3 81
Tit. VI, De mort. caus. donat.
L. 19 333

XL. Tit. VII. De statulib.
L. 3, § 1 et 2. 191
*L. 20, § 2 . . . . . *155, 183, 191
Tit. XII, De lib. caus.
L. 44, pr 163

XLI. Tit. II, De acq. poss.

PAGES.

L. 38, § 1 53
L. 42, § 1 479

XLII. Tit. I, De re judic.

L. 16 504
L. 19, § 1 . . . . . *Ib.*
L. 22, § 1 508
L. 49 504
L. 56. 419
L. 63 pr. 418

Tit. III. De cess. bon.

L. 6 et 7. 509

Tit. VI, De separat.

*L. 1, § 18. . . . . *155, 192 et suiv.
*L. 3, pr. 255 *292, 315, 539
§ 1 361

Tit. VIII, Quæ in fraud. cred.

L. 3, § 1 364
L. 25, § 7. 510

XLIII, Tit. XVI, De vi et de vi arm.

L. 1, § 39. 462

Tit. XVII, Uti possid.

L. 1, pr. . . . . *Ib.*

Tit. XXIV, Quod vi aut clam.

L. 15, § 5 465

Tit. XXVI, De precar.

L. 6, § 4. 384

XLIV, Tit. I, De except. præscr.

*L. 7, § 1. . . . . 126, *236, 257, 438
L. 15 422

Tit. II, De except. rei judic.

L. 11, § 7. 261
L. 23. 405
L. 30, § 1. 313

Tit. III, De div. temp. præscr.

L. 2 364
*L. 4 . . . . . * 446, 455 et suiv.

Tit. IV, De dol. mal. et met.

L. 5, § 5 80

Tit. V, Quar. rer. act.

PAGES.

L. 1, § 5 et 8 258
L. 2, § 2 . . . . . *Ib.*

Tit. VII, De oblig. et act.

L. 1, § 12. 270
L. 10. 13
L. 12. 353
*L. 14. . . . . *151, 159, 161, 186
L. 20.. 160
L. 30 320
L. 35 463
L. 39 103
L. 42, pr. et § 1 . . . . . 16, 383
L. 43, § 1. 450
L. 46.. 272
L. 47.. 36
*L. 59 . . . . . *196, 206, 223

XLV, Tit. I, De verb. oblig.

*L. 1, § 2 . . . . . *22, 35 et suiv.
§ 3 546
*L. 6. . . . . 261, *265, 267
L. 16, § 1.. 389
L. 22 38
L. 35, § 2 37
L. 49, § 1 475
L. 73, § 1 459
L. 75, § 9. . . . . 361, 403
L. 76, § 1 382
L. 83, § 1 355
L. 91, pr. 476
§ 4 475
*L. 101. . . . . *237, 261 et suiv.
L. 116. 360
L. 126, § 2. 5
L. 127. 232
L. 140, § 1. 389

Tit. II, De duob. re.

L. 12, § 1 171
L. 13 215
L. 18 . . . . . 361, 476

PAGES.

L. 19. 294
Tit. III, De stip. serv.
*L. 25 . . . . . *446, 456 et suiv.
L. 36. 157
XLVI, Tit. I. De fidej. et mand.
L. 4, § 1. 356
L. 5, pr 176, 215, 311
L. 6, § 1, et l. 7 . . . . . 36, 84, 283, 376
L. 8, § 3. . . . . 363, 439
L. 14 . . . . . 176, 311
*L. 16, § 4. . . . . *1, 11 et suiv., 526, 531
L. 19 et 20. 167
*L. 21, § 2 . . . . . *153, 175 et suiv.
*L. 25. . . . . 43, *265, 272, 535
L. 29, § 6. 177
L. 35. 165
*L. 37 . . . . . *447, 467 et suiv.
L, 41, § 1. 395
L. 47. 322
*L. 48, § 1 . . . . . *235, 245 et suiv.
L. 56, § 1 . . . . . 135, 149, 167, 189, 535
L. 63. . . . . 314, 325, 364, 470
L. 69. 453
L. 70, § 3 175
§ 4. 272
L. 71, pr 294
§ 1 453
Tit. II. De novat. et delegat.
L. 1, pr 348
§ 1 . . . . . 12, 84, 232
L. 11, § 1. 347
L. 14, § 1. 322
L. 18. 355
L. 19. 123
L. 27. 355
*L. 29 . . . . . *336, 349 et suiv.
L. 31, § 1. 350
L. 34 347
Tit. III. De solu. et liberat.
L. 1. 92

PAGES.

*L. 5. § 2 . . . . . 17, *21, 31 et suiv. . 92
L. 14, § 8 . . . . . 117, 222
L. 18. 188
L. 32 . . . . . *Ib.*
L. 34, § 8. 112
L. 36, § 382
*L. 38, § 4. . . . . *447, 469 et suiv.
*§ 5. . . . . *292, 312
L. 43. 314
L. 44. 220
L. 71, § 1. . . . . 453, 480
L. 83. 182
L. 84. . . . . 165, 181
L. 93, § 1 et 2 311
L. 94, § 3. . . . . 17, 526
L. 95, § 1. 475
*§ 2. . . . . 91, 176, *196, 210, 295
*§ 3. . . . . 176, 250 et suiv.
*§ 4. . . . . *23, 30, 40, 170, 541, 545
§ 10. 396
§ 12. 45
L. 101, § 1. . . . . 32, 83
L. 102, § 3. 287
Tit. IV, De acceptilat.
L. 8, pr. 36
§ 4. . . . . 167, 171
L. 19, pr. 36
Tit. VIII, Rat. rem hab.
*L. 8, § 1. . . . . *337, 371
L. 15, ... 90
L. 24. 480
*L. 25, § 1. . . . . *448, 477 et suiv.
XLVII. Tit. II, De furtis.
L. 14, § 6. 375
L. 15, pr. .. . . . . *Ibid.*
L. 16, ... 133
Tit. X, De injuriis.
L. 17, § 6. 461
XLVIII. Tit. X, De lege Cornel. de fals.
L. 15, § 3. 160

PAGES.

L. 22, pr. 200
Tit. xx, De bon. damn.
L. 1, pr, et § 1. 321
L. 7, pr, et § 3. . . . . *Ibid.*
Tit. xxii, De interd. et relegat.
L. 14, § 3 et L. 15. 323
Tit. xxiii. De sent. pass.
L. 3. 321

L. Tit. xvi, De verb. sign.
*L. 10. . . . . *1, 11, 16, 17
L. 19. 58
L. 21. 321
L. 37. 388
L. 108. 117
L. 178, § 2. 16
L. 189, ... 49
Tit. xvii, De div. reg.
L. 22, pr.. 158
L. 32. . . . . 158, 190, 540, 542
L. 40. 271
L. 45, pr.. 313
L. 53.. . . . . 84, 526
L. 66 . . . . . 76, 305
L. 73, § 4. 87
L. 84, § 1. 30
L. 107. 58
L. 112. 16
L. 123, pr 156
L. 139, pr. 352
L. 152, § 3. 353
L. 157, pr. 161
§ 3 353
L. 169, pr. 160
L. 173, pr. 504
L. 207. 418
L. 209. 158

CODEX.

Liv. II, Tit. iii, De pactis.
L. 28.. 34

PAGES.

Tit. Ire, De transactionibus.
L. 6 50
L. 8 78
L. 19. 412
Tit. XIV, Ne lic. pot.
L. 1 517
Tit. XXII, De in int. restit.
* L. 3 . . . . . * 237, 261 et suiv.
Tit. XXIII, De fidej. min.
L. 1 et 2 . . . . . 244, 260
Tit. LIII, De temp. in int. rest.
L. 7 253
III, Tit. I, De judiciis.
L. 2. 398
L. 6 161
Tit. XXXII, De rei vind.
L. 12. . . . . 51, 55
Tit. XXXVI, Famil. ercisc.
L. 13 135
IV, Tit. VI, De cond. ob caus.
L. 10 68
Tit. XIV, An servus pro suo.
L. 1 et 2. 162
L. 4. 159
Tit. XVIII, De const. pec.
L. 2. . . . . 85, 95, 464
Tit. XXVIII, Ad SCtum. Maced.
L. 1 112
L. 2 118
Tit. XXX, De non num. pec.
L. 1 423
L. 4 119
Tit. XXXII, De usur.
L. 3 82
L. 4. 84
L. 12. 31
L. 13. 404
L. 18. 287
L. 21 33
L. 23 31

		PAGES.
	Tit. XXXV, Mandat. vel cont.	
	L. 22 et 23	518
	Tit. XXXVIII, De cont. emt.	
	L. 2.	269
	L. 8 51,	55
	Tit. XLIV, De rescind. vend.	
	L. 14 51,	55
Liv. IV,	Tit. XLIX, De act. emt.	
	L. 6. 51,	55
	Tit. LXIV, De rer. perm.	
	L. 1 52,	55
	L. 4 et L. 5 57,	61
	L. 6.	50
	L. 7	62
	L. 8	57
V,	Tit. IV, De nuptiis.	
	L. 25.	271
	Tit. XXXVII, De admin. tut.	
	L. 26.	264
	Tit. LVII, De fidej. tut.	
	L. 1	360
	Tit. LIX, De auct. præs.	
	L. 5	205
	Tit. LXX, De curat. furiosi.	
	L. 6	269
VI,	Tit. XX, De collat.	
	L. 12	135
	Tit. XXII, Qui test. fac.	
	L. 9	269
	Tit. XXX, De jur. delib.	
	L. 5	299
	Tit. XLII, De fideic.	
	L. 2	285
	Tit. XLVIII, Ad SCtum. Trebell.	
	L. 7, § 1.	299
	Tit. XLIX, Ad leg. Falcid.	
	L. 19.	288
VII,	Tit. XXXIX, De præscr. trig.	
	L. 3.	488
	L. 7	490

PAGES.

Tit. L, Sent. rescind.
L. 2 131
VIII, Tit. IV, Unde vi.
L. 2 462
Tit. XXXI, De luit. pign.
*L. 2 . . . . . 374, *449, 485
Tit. XXXVI, De except. et præscr.
L. 8 131
Tit. XLI, De fidej. et mandat.
L. 1 323
L. 4 349
L. 20 322
L. 28 360
Tit. XLII, De novat.
L. 8 350
Tit. XLIV, De acceptil.
L. 2 84
Tit. XLV, De evict.
L. 11 476
Tit. LI, De postlim. revers.
L. 17 285
IX, Tit. XII, Ad leg. Jul. de vi.
L. 2 319
Tit. XXXV, De injuriis.
L. 5 . . . . . 461, 466
Liv. IX, Tit. XLIX, De bon. proscr.
L. 5 319
L. 10 322
Tit. LI, De sent. pass.
L. 3, L. 4 L. 12 . . . . . 321, 322

NOVELLÆ

Nov. LXXII 519
CXXXIV 322

ERRATA.

P. 14, note, au lieu de *Schulerdverh.*, lisez : *Schuldverh.*
P. 36, ligne 1, au lieu de L. 6, § 2, lisez : L. 6, § 2.
P. 53, ligne 16, au lieu de L. 38, § 2, lisez : L. 38, § 1.
P. 60, ligne 4, au lieu de L. 2, lisez : L. 1.
P. 63, ligne 29, au lieu de L. 19, § 7, lisez : L. 19, § 9.
P. 87, ligne 30, au lieu de L. 74, lisez : L. 73.
P. 105, ligne 9, au lieu de Liv. XXII, lisez : Liv. II.
P. 112, ligne 12, au lieu de L. 1, § 2, lisez : L. 1, § 3.
P. 151, n° XXIV, au lieu de L. 50, lisez : L. 50, § 2.
P. 156, note, ligne 9, au lieu de L. 125, lisez : L. 123.
P. 220, note 2, ligne 3, au lieu de L. 66, lisez : L. 64.
P. 326, ligne 16, au lieu de L. 2, § 4, lisez : L. 2, § 5.
P. 402, lignes 13 et 14, au lieu de L. 9, § 2, lisez : L. 9, § 4.
P. 496, ligne 1, au lieu de *possesse un*, lisez : *possesseur*.

BIBLIOTHÈQUE IMPÉR.

Paris -- Imprimerie de E. Donnaud, rue Cassette, 9.

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7513 00388682 6

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES.

PRÉFACE,
INTRODUCTION.
Textes expliqués,
Idée de l'obligation naturelle chez les Romains.
Diverses significations des expressions: *obligatio naturalis*,
- 1er sens: obligations avec action, d'après le *jus naturale* ou *gentium*, par opposition au *jus civile*,
- Intérêt de cette distinction,
- Ses applications,
- 2e sens: obligations sans action,
- Quelle interprétation faut-il donner à la loi 16, § 4, D. *De fidej.*?
- Remarques sur l'incertitude du langage usité par les Romains,
- Quels sont les effets possibles des obligations naturelles,
- Elles n'ont pas toutes la même portée,
- Division du sujet,
Première partie.
Obligations naturelles, qui se forment avec ce caractère.
§ 1er. Obligations naturelles tenant à l'inobservation des formes exigées pour constituer l'obligation civile.
Textes expliqués,
Le *nudum pactum* produit-il, en général, une obligation naturelle?
- Effets du pacte relatif aux *usuroe*,
- Examen des objections tirées de la loi 1, § 2, D. *De verb. oblig.*,
de la loi 1, § 4, D. *De pec. constit.*,
- Du rapprochement des lois 95, § 4, D. *De solut.*, et 27, § 2, D. *De paci.*,
- Doit-on admettre, dans les contrats innomés, d'une manière générale, la condictio ex poenitentia de la part de celui qui a exécuté?
- Explication de la loi 16, D. *De cond. caus. dat.*,
- La *condictio indebiti* appartient-elle à celui qui a payé *donationis causa*?
- Effets généraux du *nudum pactum*,
- Validité de l'hypothèque, de la fidéjussion, du constitut,
- Distinction quant à la novation,
- Lacompensation est-elle possible?
§ 2e Obligations naturelles tenant à l'incapacité du débiteur.
Art. 1er. - Fils de famille.
Textes expliqués,
Capacité de s'obliger chez le fils de famille vis-à-vis des tiers,
- Le créancier peut-il faire exécuter la condamnation pendant la durée de la puissance paternelle?
- Capacité de s'obliger pour la *filiafamilias*,
- Restrictions à la capacité des fils de famille dérivant du sénatus-consulte Macédonien,
- Dans quels cas est valable le payement fait par l'emprunteur?
- Validité dos actes de confirmation,
- Effets de la fidéjussion,
- Quand le fidéjusseur a-t-il un recours contre l'emprunteur?
- La faculté de compenser doit être rejetée,
- Capacité de s'obliger chez le fils de famille par rapport au chef sous la puissance duquel il est placé; explication de la loi 38, pr. et § 1, D. *De cond. ind.*,
- Obligation naturelle de la part du chef au profit du *flius-familias*. Explication de la loi 38, § 2, D. *De cond. ind.*,
- Effets possibles de l'obligation naturelle dans l'une et l'autre de ces hypothèses,
Art. 2e. - Esclaves.
Textes expliqués,
Capacité des esclaves,
- Dettes des esclaves; délits,
- Contrats,
- Pourquoi l'expromission de la part d'un esclave n'opérait pas une novation,
- Effets de l'obligation naturelle de l'esclave,
- Validité de la fidéjussion,
de l'expromission, du constitut, de l'hypothèque, du payement, de la part des tiers,
- Quant au débiteur, il faut distinguer s'il est *in servitute* ou affranchi,
- *Quid*, quant à la compensation?
- Créances de l'esclave,
- Il peut être créancier naturel de son maître,
Effets de cette obligation,
Art. 3e. - Pupilles.
Textes expliqués,
Capacité des pupilles en matière de délits, de contrats, d'obligations quasi ex contractu,
- Le pupille est tenu d'une action *in quantum locupletior factus est,*
- A défaut d'enrichissement, est-il obligé naturellement?
- Conditions de la validité du payement,
- Y a-t-il lieu à compensation?
- Portée de l'obligation naturelle du pupille,
Art. 4e. - Mineurs de 25 ans.
Textes expliqués,
Capacité du mineur de 25 ans,
- Le mineur, qui n'a pas de curateur, s'oblige civilement, sauf restitution en cas de lésion,
- La restitution doit-elle profiter au fidéjusseur?
- Le mineur pourvu d'un curateur peut-il s'obliger sans le *consensus curatoris*?
Art. 5e. - Prodigues, insensés.
Textes expliqués,
Capacité du prodigue; peut-il s'obliger naturellement?
- Capacité du *furiosus*, du *demens*; une obligation naturelle est-elle possible?
Appendice. - Sénatus-consulte Velléien.
Effets de l'obligation contractée par la femme en contravention au sénatus-consulte,
§ 3e. Obligations naturelles fondées sur l'accomplissement d'un devoir de morale.
Doit-on faire rentrer ces hypothèses sous l'idée d'obligations naturelles?
Deuxième partie.
Obligations naturelles survivant à la disparition de l'obligation civile.
§ 1er. Obligation naturelle en cas de confusion.
Textes expliqués,
Idée de la confusion, ses effets,
- Quel est le sort des créances du fiduciaire contre le testateur, quand il y a eu restitution de l'hérédité; explication de la loi 59, *pr.* D. *Ad senatusconsultum Trebell.*,
- Effets de l'obligation naturelle qui subsiste,
- Effets de la confusion, quand le fidéjusseur succède au *reus* ou *vice versa*,
§ 2e. Obligation naturelle, à la suite d'une capitis minutio.
Textes expliqués,
Effets de la *capitis minutio* sur les obligations,
de la *maxima*,
de la *media*

de la *minima*,
- L'action de *peculio* était possible contre l'adrogeant; intérêt à préférer la voie de la restitution,
§ 3e. Obligation naturelle survivant à la litiscontestation.
Textes expliqués,
Effets de la litiscontestation, suivant la qualité du *judicium*,
- Novation qu'elle produit; particularités de la novation judiciaire,
- Pourquoi la litiscontestation libérait-elle le *correus* et le *fidejussor*?
- La péremption d'instance laisse subsister une obligation naturelle,
- Cette péremption était-elle encore admise au temps des jurisconsultes?
- Effets de cette obligation naturelle; refus de la *condictio indebiti*,
- Maintien du *pignus*,
- Autres effets de cette obligation,
- Obligation naturelle à la suite d'une exception procuratoria, de l'exception litis dividuoe ou *residuoe*,
- Obligation naturelle en cas plus-pétition,
- Ses effets; l'ypothèque subsiste,
- La plus-pétition était-elle possible dans une action avec *intentio incerta*?
Omission d'une *proescriptio pro actore*. Ses effets; divers moyens de réparer cette omission,
- La voie de la réplique de dol était-elle générale?
- Une obligation naturelle survit-elle à l'absolution?
- *Quid*, en cas d'absolution obtenue par dol; conciliation des lois 20, § 1, et 25, D. *De dol. mal*.,
- Le débiteur absous sans dol, qui paie par erreur, a-t-il la *condictio indebiti*?
- Le *pignus* est-il libéré?
- Explication de la loi 60 pr. P. *De cond. ind*
- Le fidéjusseur est-il libéré?
- En quel sens y a-t-il encore une obligation naturelle?
- Le serment prêté par le débiteur laisse-t-il subsister une obligation naturelle?
§ 4e. Obligation naturelle en cas de prescription. Textes expliqués, p. 446.
Influence du temps sur l'extinction des obligations, suivant l'ancien droit civil,
- Cas exceptés, notamment d'après la loi Furia.
- Point de départ du *biennium*; interprétation des lois 4. D. *De div. temp.*, et 25, D. *De stip. serv*.,
- Actions annale prétoriennes,
- L'action était-elle éteinte *ipso jure*?
- Après le temps écoulé, une fidéjussion était-elle valable?
- La *condictio indebiti* était-elle admise?
- *Quid* du cons- titut?
- du *pignus*?
- de la novation?
- de la compensation?
- Effets de la prescription de 30 ans introduite par Théodose le Jeune,
- Elle n'éteignait pas le droit de revendication,
- Comment peut s'expliquer la survivance de l'action hypothécaire?
- Jusqu'à quel point il y a obligation naturelle après la prescription,
§ 5e. Obligation naturelle en cas de condamnation in id quod quis facere potest.
Textes expliqués
Bénéfice dit de *compétence*,
- Ne laisse-t-il subsister qu'une obligation naturelle?
- Le débiteur devait-il toujours fournir une *cautio*?
§ 6e. Obligation naturelle au cas où le créancier est puni en subissant la perte de sa créance.
Examen des différents cas auxquels s'appliquait cette peine, et des conséquences qui en résultaient,
Troisième partie.
GÉNÉRALISATION.
Est-il possible de ramener à une idée commune les divers cas d'obligation naturelle?
- Toutes les fois qu'un payement est possible, il y a obligation naturelle,
- Conditions dont peut dépendre la validité du payement,
- Faut-il distinguer entre le *naturale debitum* et la *naturalis obligatio*?
- L'obligation naturelle peut avoir des effets indépendants de la volonté du débiteur,
- Nécessité de distinguer quant aux conséquences que peuvent produire les obligations naturelles,
- L'obligation naturelle, en droit romain, repose sur l'*oequitas*,
- Elle n'exige pas l'observation des formes du droit civil,
- Preuves tirées de l'obligation naturelle du pupille,
- De l'obligation naturelle de l'esclave,
- Des effets du pacte,
- Sens général de l'expression: *obligation naturelle*,
TABLE DES TEXTES COMMENTÉS OU CITÉS A L'APPUI DES DOCTRINES EXPOSÉES DANS L'OUVRAGE.
Le signe * indique les textes traduits, et sur lesquels a porté la conférence. Le même signe indique la page où se trouve le texte traduit,
DROIT ANTÉJUSTINIEN.
GAIUS, COMMENT.
GAIUS, COMMENT.PAGES.
I. § 119
121
162
190
192
II. § 24
87
96
126
154
155
186
187
244
253
256
258
274
278
III. § 83
84
91
93
100
107
108
114

116
119
42
12
1 27
133
134
138
167
176
178
179
180
181
208
IV. § 37
38
5
5
68
75
78
80
82
98
100
106
107
122
124
125
131
132
171
ULPIANI FRAGM. EX LIB. SING. REGULAR.
DE LEGIBUS ET MORIBUS. § 1
Tit. VI, § 8
ULPIAN. FRAGM.
Tit. XI, § 1
26
27
Tit. XII, § 3
Tit. XIX, §4
§ 6
Tit. XXII, §12
Tit. XXV, § 3
§ 14
PAULUS, SENTENTLE.
Liv. I, Tit. IX, § 6
X,
II, Tit. V, § 3
XIII, § 9
XVI, § 1
XVII, § 3
§ 16.
XXI *a*, § 9
III, Tit, IV *a*, § 7
Liv. IV. Tit. III, § 2
4
Tit. VIII, § 24
V, Tit. II, § 1.
VATICANA FRAGMENTA.
§ 47
51
259
260
263
266
293
298
304
310
311
313
DROIT DE JUSTINIEN.
INSTITUTIONES.
Liv. I, Tit. II, § 2
XVI, § 4
6
XXI, pr
Liv. II, Tit. 1, § 41
VIII, § 2
XII, § 1
xx, § 14
20
Liv. III, Tit. XV, pr
§ 3
XVII, pr
XIX, § 4
6
8
10
XX, § 1
XXVI, § 7
XIX, § 3

IV, Tit. 1, § 13
48
III, § 46
VI, § 10
30
33
37
VII, § 7
VIII, § 5
6
XII, pr
§ 1
XIII, § 4
XIV, § 4
DIGESTA, SEU PANDECTAE.
Liv. I, Tit. VII, De adopt., etc.
* L. 45 *
II, Tit. 1, DeJurisd.
L. 13, § 1
Tit. II, Quod quisque jur.
L. 1, § 1
3, § 2 et 7
Tit. vin, Qui satisd. cog.
L. 5, pr
XI, Si quis caution.
L. 13
Tit. XIV, De pactis.
L. 1, pr
L. 7 § 2
4
5
7
18
L. 10, § 2
L. 21, § 5
23
L. 25, § 1
L. 27, pr
§ 2
* L. 28, pr
*L. 30, § 1
L. 32
XV, De transact.
L. 8, pr. et § 17
III, Tit. III, De procurat.
L. 51, pr
Tit. V, De neg. gest.
L. 3, § 4
5
L. 17
L. 48, L. 49, pr. et § 1
L. 24
L. 27, § 1
L. 37, pr
Tit. vi, De calumn.
L. 1, § 3
IV, Tit. 2, Quod met. caus.
L. 1 2, § 2
Tit. III, De dolo malo.
L. 7, § 3
8
9
*L. 18 § 4
L. 19
* L. 20, § 1
L. 21 et L. 22
L. 25
Tit. iv, De minor. vig.
L. 3, § 4
L. 11, § 4
L. 12
* L. 43, pr
L. 18, § 5
L. 24, § 4
L. 50
Tit. V, De cap. min.
L. 2, pr
L. 2. § 1
*§ 2
*§ 3 *
*§ 4 *
*§ 5 *
L. 7, § 2
L. 10
Tit. VI, Ex quib. caus. maj.
L. 1, § 1
V, Tit. 1, De judiciis:
L. 4, et L. 44
L. 32
L. 35
L. 43
*L. 49, § 1
L. 57
Tit. II, De inoff. test.
L. 6, § 1

L. 21, § 2
Tit. III, De her. pet.
L. 31, § 1 et
VI, Tit. 4, De rei vind.
L. 56
L. 65, § 1
VII, Tit. III, Quand. dies ususf.
L. Unie. § 4
IX, Tit. II, Ad leg. Aquil.
L. 5, § 2
L. 30, § 1
Tit. IV, De nox. act.
L. 34 et L. 35
X, Tit. II, Famil. ercisc.
L. 18, § 5
L. 20, § 1
Tit. III, Comm. divid.
L. 8, § 1
L. 44, § 2
XII, Tit. 4, De reb. cred.
L. 14
L. 19, § 1
L. 36
L. 40
Tit. II, De jurej.
L. 9, § 4
L. 20, et L. 21
L. 27
L. 39 et L. 40
L. 42, pr
§ 1
Tit. IV, De cond. caus. dat.
L. 1, § 1
*L. 3, § 2 *
*L. 5, pr *
L. 16
Tit. V, De cond. ob turp.
L. 2, § 2
Tit. VI, De cond. indeb.
L. 3
*L. 9 *
L. 10
L. 11
*L. 13, pr *
*§ 1 *
L. 15, pr
L. 16
L. 17 et L. 18
L. 19, pr
L. 26, pr
§ 1
§ 3
§ 9
§ 12
* L. 28 *
L. 29
L. 32, pr
§ 2
L. 38, pr *
* § 1 *
* § 2 *
L. 39
L. 40, pr
L. 41 *
L. 43
L. 60, pr *
L. 64
L. 66
Tit.vii, De cond. sine caus.
L. 1, § 2
XIII, Tit. V, De pec. constit.
L. 1, pr
*§ 4 *
§ 7
L. 18, § 1
§ 3
L. 28
Tit. VI, Commod. vel cont.
L. 4, § 2
L. 2
L. 19
Tit. vii, De pign. act.
L. 4, § 2
L. 11, § 1
Liv. XIV, Tit. V, Quod cum eo
L. 2, pr
L. 4, § 4, 2, 4
L. 5, pr
Tit. vi, De SCto. Maced.
L. 1, § 3, et L. 2. pr
L. 3, pr
§ 3
L. 7, § 3
§ 6
§ 10

*§16 *
*L. 9, pr *
* § 1 *
§ 2
*§ 3 *
*L. 11 *
*L. 20
XV, Tit. 1, De peculio.
L. 3, § 9
§ 11.
L. 7, § 6
L. 9, § 2, et p 4
L. 30, § 5
*L. 42 *
L. 44
L. 47, § 2
L. 49, § 2
*L. 50, § 2
*L. 56 *
Tit. II. Quando de pecul.
L. 1, pr
§ 7
Tit. III, De in rem verso.
L. 15
XVI, Tit. I, Ad SCtum Vell.
L. 8, § 13
L. 16, § 1
Tit. II, De compens.
L. 6 *
L. 8
L. 10, § 1
L. 14
Tit. III, Depositi.
L. 4, § 14
§15
§ 18
L. 7, § 1
L. 18
L. 21, § 1
XVII, Tit. 1. Mandat. vel cont.
L. 3, § 2
L. 12, § 11
§ 13
L. 29, pr
§ 4
§ 6
Tit. II, Pro socio.
L. 63. pr
*§ 4 *
XVIII, Tit. 1, De. cont. emt.
L. 9, § 2
L. 72, pr
Tit.V,Derescind.vend.
L. 7, § 1
XIX, Tit. 1, De act. emt.
L. 31, § 1
L. 49, § 1
Tit.II,Locat.cond.
L. 1
L. 15. § 6
L. 19, § 9
Tit.III,De aestimat.
L. 1, pr
Tit. V, De praescr. verb.
L. 5, pr
*§ 1 *
§ 2
XX. Tit. 1, De pignor. et hyp.
L. 5, pr
L. 13, § 4
§ 5
L. 14, § 1
L. 16, § 5
L. 27 *
Tit. III, Ouae res pign.
L. 2
Tit. vi. Quib. mod. pign.
L. 6, pr
L. 13 *
XXI, Tit. 1. De aedil. edict.
L. 49, § 6
L. 43, § 9
L. 48, § 7
Tit.II, De evict.
L. 37, § 4
L. 54, § 4
XXII, Tit. I, De usur.
L. 30
L. 32, § 5
*L. 35 *
Tit. vi. De jur. et fact. ignor.
L. 9, § 3
XXIII, Tit. III. De jur. dot.
L. 56, § 4 et 2
L. 74

XXIV, T. 1, De donat. int.
L. 3, § 10
L. 5, § 15
L. 6
Tit. III, Solut. matrim.
L. 31, pr
XXV, Tit. II, De act. rer. amot.
L. 25
XXVI, Tit. VII, De adm. et peric. tut.
* L. 25 *
L. 36
* L. 46, § 5 *
Tit. vin, De auct. et cons. tut.
* L. 5, pr
L. 9, § 2
XXVII, Tit. III, De tut. et rat.
L. 9, § 6
L. 20, § 1
L. 22
Tit. IV, De cont. tut.
L. 1, § 5.
L. 3, § 7
XXVIII, Tit. Qui test. fac. poss.
L. 8, § 1 et 2
L. 20, § 4
§ 6
T. 11, De lib. et post.
L. 18
XXIX, Tit. il, De acq. vel omitt.
L. 13, pr
L. 79
L. 89
XXX, Tit. unic., De légat., 1.
L. 8, § 1
XXXI, Tit. unic. De legat., II.
L. 16
XXXII, Tit. unie., De légat., III.
L. 25
XXXIII, Tit. I, De légat. ann.
L. 4
Tit. IV, De dot. praeleg.
L.1,§10
Tit. vin, De pecul. légal.
L. 6, pr., et § 1
§ 4
L. 7
L. 10
XXXIV. Tit. ix, De his quae ut indign.
L. 8
XXXV. Tit. 1, De condit. et dem.
L. 99
Tit. II, Ad leg. Falcid.
L. 1, §. 17
§ 18
*L. 21. pr *
L. 46,
L. 62, pr
L. 16, pr
L. 91
XXXVI. Tit. I. Ad. SCtum Trebell.
L. 21
L. 27, § 7
L. 44, pr
L. 45
L. 58, pr
* L. 59, pr
L. 64, pr
L. 65, pr
L. 68, § 1
L. 80
Tit. II Quando dies legat.
*L. 25, § 1 *
XXXVIII. Tit. 1, De oper. libert.
L. 7, pr. et § 2
Tit. II, De bon. libert.
L. 42, § 2
L. 47, pr
Tit. VIII. Unde cogn.
L. 7
XXXIX. Tit. V. De donat.
L. 3, § 2
L. 19. § 4
L. 20, § 3
L. 21, § 1
L. 24
L. 33, § 3
Tit. VI, De mort. caus. donat.
L. 19
XL. Tit. VII. De statulib.
L. 3, § 1 et 2
*L. 20, § 2 *
Tit. XII, De lib. caus.
L 44, pr
XLI. Tit. II, De acq. poss.
L. 38, § 1

L. 42, § 1
XLII. Tit. 1, De rejudic.
L.46
L. 49, § 1
L. 22, § 4
L. 49
L. 56
L. 63 pr
Tit. III. De cess. bon.
L. 6 et 7
Tit. vi, De separat.
*L. 1, § 18 *
*L. 3, pr
§ 1
Tit. VIII Quae in fraud. cred.
L. 3, § 4.
L. 25, § 7
XLIII, Tit. XVI, De vi et de vi arm.
L. 4, § 39
Tit. XVII, Uti possid.
L. 1, pr
Tit. XXIV, Quod vi aut clam.
L. 45, § 5
Tit. XXVI, De precar.
L. 6, § 4
XLIV, Tit. 1, De except. praescr.
*L. 7, § 1
L. 15
Tit.II, De except. rei judic.
L. 11, § 7
L. 23
L. 30, § 4
Tit. III, De div. temp. praescr.
L.2
*L. 4 *
Tit. IV, De dol. mal. et met.
L. 5, § 5
Tit. V, Quar. rer. act.
L. 4, § 5 et 8
L. 2, § 2
Tit. vu, De oblig. et act
L. § 42
L. 40
L. 12
*L. 14 *
L. 20
L. 30
L. 35
L. 39
L, 42, pr. et § 1
L. 43, § 1
L. 46
L. 47
*L. 59 *
XLV, Tit. 1, De verb. oblig.
* L. 1, § 2
§ 3
*L. 6
L. 16, § 1
L. 22.
L. 35, § 2
L. 49, § 1
L. 73, § 1
L. 75, § 9
L. 76, § 1
L. 83, § 1
L. 91, pr
§ 4
*L. 101
L. 116
L. 126, § 2
L. 127
L. 140, § 1
Tit. II De duob. re.
L. 12, § 1
L. 43
L. 18
L. 19
Tit. III, De stip. serv.
L. 25 *
L. 36
XLVI, Tit. 1. De fidej. et mand.
L. 4, § 1
L. 5, pr
L. 6, § 4, et 1. 7
L. 8, § 3
L. 14
L. 16, § 4
L. 49 et 20
L. 21, § 2
* L. 25
L. 29, § 6
L. 35
L. 37 *
L, 41, § 1

L. 47
L. 48, § 1
L. 56, § 1
L. 63
L. 69
L. 70, § 3
§ 4
L. 74, pr
§ 1
Tit. II. De novat. et delegat.
L. 4,
§ 1
L. 11, § 1
L. 14, § 1
L. 18
L. 19
L. 27
L. 29 *
L. 31, § 1
L. 34
Tit. III. De solu. et libérât.
L. 1
L. 5. § 2
L. 14, § 8
L. 18
L. 32
L. 34, § 8
L. 36, §
*L. 38, § 4 *
* § 5 *
L. 43
L. 44
L. 71, § 1
L. 83
L. 84
L. 93, § 1 et 2
L. 94, § 3
L. 95, § 1
*§ 2
*§ 3
*§ 4 *
§ 10
§ 12
L.101, § 1
L. 102, § 3
Tit. iv, De acceptilat.
L. 8, pr
§ 4
L. 49, pr
Tit. VIII, Rat. rem hab.
*L. 8, § 1 *
L. 15,
L. 24
*L. 25, § 1 *
XLVII. Tit. II, De furtis.
L. 14, § 6
L. 15, pr
L. 16,
Tit. X, De injuriis.
L. 17, § 6
XLVIII. Tit. X, De lege Cornel. de fals.
L. 15, § 3
L. 22, pr
Tit. XX, De bon. damn.
L. 1, pr, et § 1
L. 7, pr, et § 3
Tit.XXII, De interd. et relegat.
L. 14, § 3 et L. 15
Tit. XXIII. De sent. pass.
L. 3
L. Tit. xvi, De verb. sign.
*L. 10
L. 49
L. 21
L. 37
L. 108
L. 178, § 2
L. 189,
Tit. xvii, De div. reg.
L. 22, pr
L. 32
L. 40
L. 45, pr
L. 53
L. 66
L. 13, § 4
L. 84, § 1
L. 407
L. 112
L. 123, pr
L. 139, pr
L. 152, § 3
L. 157, pr
§ 3
L. 169, pr

L. 173, pr
L. 207
L. 209
CODEX.
Liv. II, Tit. ni, De pactis.
L. 28
Tit. 1 re ,. De transactionibus.
L. 6
L. 8
L. 19
Tit. XIV, Ne lic. pot.
L. 1
Tit. XXII, De in int. restit.
* L. 3 *
Tit. XXIII, De fidej. min.
L. 1 et 2
Tit. LIII, De temp. in int. rest.
L. 7
III, Tit. 1, De judiciis.
L. 2
L. 6
Tit. XXXII, De rei vind.
L. 12
Tit. XXXVI, Famil. ercisc.
L. 13
IV, Tit. vi, De cond. ob caus.
L. 10
Tit. XIV, An servus pro suo.
L. 1 et 2
L. 4
Tit. XVIII, De const. pec.
L. 2
Tit. XXVIII, Ad SCtum. Maced.
L. 1
L. 2
Tit. XXX, De non num. pec.
L. 1
L. 4
Tit. XXXII, De usur.
L. 3
L. 4
L. 12
L. 13
L. 18
L. 21.
L. 23
Tit. XXXV, Mandat. vel cont.
L. 22 et 23
Tit. XXXVIII, De cont. emt.
L. 2
L. 8
Tit. XLIV, De rescind. vend.
L. 14
Liv. IV, Tit. XLIX, De act. emt.
L. 6
Tit. LXIV, De rer. perm.
L. 1
L. 4 et L. 5
L. 6
L. 7
L. 8
V. Tit. IV, De nuptiis.
L. 25
Tit. XXXVII, De admin. tut.
L. 26
Tit. LVII, De fidej. tut.
L. 1
Tit. LIX, De auct. praes.
L. 5
Tit. LXX, De curât. furiosi.
L. 6
VI, Tit. XX, De collat.
L. 42
Tit. XXII, Qui test. fac.
L. 9
Tit. XXX, De jur. delib.
L. 5
Tit. XLII, De fideic.
L. 2
Tit. XLVIII, Ad SCtum. Trebell.
L. 7, § 4
Tit. XLIX, Ad leg. Falcid.
L. 19
VII, Tit. XXXIX, De praescr. trig.
L. 3
L. 7
Tit. L, Sent. rescind.
L. 2
VIII, Tit. IV, Unde VI.
L. 2
Tit. XXXI, De luit. pign.
* L. 2
Tit. XXXVI, De except. et praescr.
L. 8
Tit.XLI, De fidej. et mandat.

L. 1
L. 4
L. 20
L. 28
Tit. XLII, De novat.
L. 8
Tit. XLIV, De acceptil.
L. 2
Tit.XLV, De evict.
L. 11
Tit.LI, De postlim. revers.
L. 17
IX, Tit. XII, Ad leg. Jul. de VI.
L. 2
Tit. XXXV, De injuriis.
L. 5
Liv. IX, Tit. XLIX, De bon. proscr.
L. 5
L. 10
Tit. LI, De sent. pass.
L. 3, L. 4 L. 12
NOVELLAE
NOV. LXXII
CXXXIV