Cours élémentaire de droit romain, contenant l'explication méthodique des Institutes de Justinien et des principaux [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Pailhé, Henri-Emmanuel-Didier. Cours élémentaire de droit romain, contenant l'explication méthodique des Institutes de Justinien et des principaux textes classiques... par E. Didier-Pailhé,... 2e édition... par Charles Tartari,.... 1881.

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

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

1707



74780. — CORBEIL, typ. et stér. CRÉTÉ.

DROIT LARO
Soulfl
No 06
1881

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R

CONTENANT

L'EXPLICATION MÉTHODIQUE DES INSTITUTES DE JUSTINIEN

ET DES

PRINCIPAUX TEXTES CLASSIQUES

POUR LA PRÉPARATION AUX EXAMENS

DE BACCALAURÉAT, DE LICENCE ET DE DOCTORAT EN DROIT

PAR

E. DIDIER-PAILHÉ

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

DEUXIÈME ÉDITION

REVUE ET CORRIGÉE

PAR

CHARLES TARTARI

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

PARIS

L. LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

22, RUE SOUFFLOT, 22

1881

©

PRÉLIMINAIRES

DÉFINITION ET DIVISIONS DU DROIT ROMAIN.

(*Inst.* I., t. I, II.)

Le droit romain est l'ensemble des lois qui ont régi le peuple romain à toutes les époques de son histoire. Pour les jurisconsultes modernes, qui ne peuvent le considérer que sous le rapport historique, il embrasse particulièrement l'immense période des Douze Tables à Justinien, en atteignant son apogée aux deuxième et troisième siècles de notre ère.

Première division, d'après les intérêts qu'il règle. — Une division fondamentale du droit romain le partage en droit public et droit privé (*Inst.* L. I, t. I, *De justitia et jure*, § 4).

Le droit public est réduit par les Romains aux trois termes suivants : *sacra*, *sacerdotes*, *magistratus*. (*Ulpien*, L. 1, § 2, D. *De justitia et jure*, 1-1). *Sacra*, c'est la détermination officielle des dieux et de leurs cultes ; *sacerdotes*, c'est l'organisation des divers sacerdoces ; *magistratus*, c'est le règlement des magistratures, avec leurs modes de recrutement et leurs attributions. Restent en dehors de ce cadre : 1° le droit des gens international, que Rome n'a pas connu ; 2° le droit administratif, qu'elle fit rentrer, partie dans le droit public, partie dans le droit privé ; 3° le droit criminel, qu'il faut sans doute classer à part, comme une branche distincte de toutes les autres ; les Institutes, le Digeste et le Code lui consacrent des livres ou titres spéciaux.

Le droit privé a pour fonction essentielle de régler les relations des particuliers entre eux. Par le fond et par la forme, par la méthode et par l'équité, il est infiniment supérieur au droit public chez les Romains. Les Institutes, si ce n'est au dernier titre du livre IV, se renferment dans l'exposition du *jus privatum* ; il sera seul étudié dans cet ouvrage.

Deuxième division, tirée de l'étendue de son application. — — Justinien subdivise le droit privé en *jus naturale*, *jus gentium* et *jus civile* (*Inst.* L. I, t. I, *De justitia et jure*, § 4).

Mais on doit retrancher le premier terme de cette subdivision tripartite. Les Institutes, en effet, entendent par *jus naturale* un droit applicable aux animaux aussi bien qu'aux hommes, *quod natura omnia animalia docuit*. Or il est évident que Justinien confond ici les lois de la nature, nécessaires et généralement irrésistibles, avec les lois sorties de l'esprit humain, destinées à l'homme seul, et qu'il observe ou viole à ses risques et périls. Les premières appartiennent aux sciences naturelles ; la science du droit ne s'occupe que des secondes. Les Romains l'ont si bien senti, que nombre de textes, et les Institutes elles-mêmes, considèrent ailleurs les locutions de *jus naturale* et *jus gentium* comme équivalentes et synonymes (*Gaius*, I, 189 ; II, 65 et s. — *Inst.* L. I, t. II, *De jure nat. gent. et civili*, § 11).

Le droit privé ne peut donc se partager qu'en *jus gentium* et *jus civile*. On appelle *jus gentium* les règles que les tribunaux romains appliquent et sanctionnent sans différence entre les citoyens et ceux qui ne le sont pas ; on appelle *jus civile* les règles qu'ils ne doivent appliquer et sanctionner qu'entre les citoyens. Il est certain d'ailleurs que Rome eut moins de répugnance à rendre accessibles aux étrangers les institutions en quelque sorte cosmopolites, c'est-à-dire qui se retrouvent dans toutes les législations, et qu'elle réserva de préférence aux Romains ses institutions nationales (*Gaius*, I, 55 ; II, 65, III, 93).

L'expression *jus civile* a quelquefois une autre portée ; elle signifie suivant les cas : 1° tout droit autre que le droit public ou criminel ; elle est alors synonyme de *jus privatum*, et c'est là son acception la plus ordinaire chez nous ; 2° tout droit autre que le droit honoraire ou prétorien, c'est-à-dire organisé par les magistrats investis de la *jurisdictio ;* 3° le droit introduit par l'action des jurisconsultes ; ce dernier sens est le plus technique.

Troisième division, tirée de son mode de formation. — Le droit privé se subdivise en *jus scriptum* et *jus non scriptum*. Cette subdivision, qui est de tous les temps et de tous les lieux, n'implique aucunement la distinction matérielle de règles qui seraient toujours écrites et d'autres qui ne le seraient jamais (*Inst.* L. I, t. II, *De jure naturali*, §§ 3, 10).

Le *jus non scriptum* est le droit non promulgué, formé peu à peu par la coutume. Entre autres institutions qui lui appartiennent à Rome, il faut signaler les théories remarquables de l'exhérédation des *sui heredes*, de la substitution pupillaire, du testament inofficieux et de la nullité des donations entre époux.

Le *jus scriptum* est le droit formulé par une autorité qui en a le pouvoir, et promulgué régulièrement à certaine date. Il dérive de sources diverses, suivant les pays et les époques. A Rome, il se constitue par six procédés : 1° la loi, *lex;* c'est la décision prise, sur la proposition du roi ou d'un *magistratus senatorius*, par tous les citoyens, patriciens ou plébéiens, réunis dans les comices-curies ou dans les comices-centuries ; il y a donc deux espèces de lois, dont la seconde est de beaucoup prédominante, *leges curiatæ* et *leges centuriatæ;* 2° le plébiscite, *plebiscitum;* c'est la décision prise, sur la proposition d'un tribun, dans les comices-tribus, soit à l'origine par les seuls plébéiens, soit par le peuple tout entier depuis une loi Hortensia qui la rendit, en 467 de Rome, obligatoire pour les patriciens eux-mêmes; 3° le sénatus-consulte, *senatus-consultum;* c'est la décision prise par le Sénat; cette source du droit se développa surtout aux temps de l'Empire, après la disparition effective des comices ; 4° les constitutions impériales ; elles ont leur plus grand essor depuis Dioclétien ; on en distingue plusieurs catégories : les *edicta*, dispositions émanées de l'initiative de l'empereur, générales et pour l'avenir, les *decreta*, jugements rendus par l'empereur, les *rescripta*, réponses adressées à des magistrats, juges ou particuliers, qui consultent l'empereur sur un point de droit embarrassant, les *mandata*, instructions adressées aux divers fonctionnaires de l'Empire ; les décrets et rescrits n'eurent d'abord force de loi qu'en vertu d'une disposition formelle du prince ; mais elle leur fut attachée en principe par Justinien (L. 12, pr. C. *De legibus*, 1-14) ; 5° l'*édit* des magistrats, surtout des préteurs ; c'était l'exposé qu'ils faisaient, à leur entrée en charge, de la façon dont ils appliqueraient la loi ; progressivement améliorés et maintenus dans leurs éléments principaux, ces édits finirent par former à la longue un enchaînement de pratiques et de doctrines qui constitua le droit prétorien ; ils passèrent du domaine de la coutume dans le domaine du *jus scriptum*, lorsque le jurisconsulte Julien les condensa dans un recueil célèbre sous le nom d'*Edictum perpetuum;* ce fut sur l'ordre d'Adrien, qui con-

firma cette œuvre par un sénatus-consulte et l'investit de l'autorité légale ; 6° les réponses des prudents, *responsa prudentûm ;* ce sont les décisions des jurisconsultes officiels, c'est-à-dire favorisés par l'empereur du *jus respondendi publicè*, faculté de donner des consultations en son nom ; imaginé par Auguste, ce privilège devient à l'époque d'Adrien une source du droit (*jus jura condendi*); en effet, à partir de ce prince, les réponses des jurisconsultes privilégiés lient le juge, pourvu qu'elles soient unanimes et ne heurtent pas des textes formels. Mais depuis Théodose le Jeune, la célèbre loi des citations rendue en l'an 426 de notre ère enlève aux jurisconsultes le *jus jura condendi* et les réduit désormais au rôle de simples interprètes (*Inst.* L. I, t, II *De jure naturali*, §§ 4-9. — L. 3, C. Th. *De resp. prud.*, 1-4) (1).

Cette distinction entre le droit écrit et le droit non écrit n'a pas d'importance pratique, parce que la force obligatoire du droit reste la même dans tous les cas. En revanche, l'intérêt philosophique en est grand ; car la coutume, sortie des entrailles mêmes de la nation, serait la meilleure des manifestations de la loi, si la constatation n'en offrait d'inextricables difficultés. Mais fût-elle un jour ou l'autre confiée à l'écriture, elle n'en conserve pas moins le nom de *jus non scriptum ;* au contraire, le droit promulgué s'appelle *jus scriptum*, n'eût-il jamais été ni écrit ni gravé.

Quatrième division, tirée de son objet. — Des trois divisions précédentes, aucune ne peut servir de cadre à ce livre. La première est trop générale, puisqu'il ne s'agit ici que du *jus privatum*. Les deux autres amèneraient à rechercher, dans chaque sujet de droit privé, la part du *jus gentium* et du *jus civile*, du *jus scriptum* et du *jus non scriptum ;* ce serait la dislocation de toutes les matières, la confusion et le chaos.

Aussi Gaius et Justinien suivent-ils une méthode qui a fait fortune, et que s'est appropriée notre Code civil. D'après une classification naturelle des objets du droit, ils le partagent en trois parties, relatives aux personnes, aux choses, aux actions : *Omne autem jus quo utimur, vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertinet* (*Gaius*, I, 8 ; *Inst.* L. I. t. II, *De jure naturali*, § 12).

Dans la rigueur spéculative, cette division n'échappe pas à la critique ; car il est incontestable que le droit a les personnes pour

(1) Théodose conserva cependant toute leur autorité aux écrits de cinq jurisconsultes classiques : Gaius, Papinien, Paul, Ulpien et Modestin.

objet unique, puisqu'il n'examine dans les choses que leurs rapports légaux avec les personnes ; Justinien le fait lui-même observer, *parum est jus nosse, si personæ, quarum causa statutum est, ignorentur.* Mais si l'on veut aller au sens raisonnable des mots, on reconnaîtra que ce classement n'a rien de contraire à la vérité pratique.

En effet, l'étude des personnes les envisage, abstraction faite de leurs relations avec les choses, dans leur état et capacité, c'est-à-dire dans leur situation de nationalité et de famille.

L'étude des choses nous les montre dans leurs relations avec les personnes, qui sont investies sur elles de droits immédiats, comme la propriété, ou médiats, comme les créances. En d'autres termes, nous y voyons presque toutes ces choses devenir des *biens.*

Enfin l'étude des actions est le complément nécessaire des deux autres ; elle suppose méconnus les droits précédemment étudiés, et trace les voies à suivre pour en obtenir l'exécution.

En s'élevant de ce point de départ à la conclusion générale, il faut dire que la théorie des personnes a pour objet les droits pécuniairement inappréciables de *nationalité et de famille ;* la théorie des choses a pour objet les droits appréciables en argent et constitutifs *du patrimoine ;* la théorie des actions a pour objet la sanction judiciaire de tous ces droits. Suivant l'énergique formule d'un ancien commentateur : *Omne jus redditur personis, de rebus, per actiones.*

Telles seront les trois grandes parties de ce livre.

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE DES PERSONNES. — DROITS INAPPRÉCIABLES EN ARGENT.

(*Inst.* I., t. III à XXVI.)

Dans un sens originaire, *persona* désigne le masque des acteurs, percé d'une ouverture pour donner passage à la voix en la grossissant (*personare*).

Dans une acception voisine de ce premier sens, *persona* désigne un rôle joué dans la société ; par exemple, on est esclave ou libre, père de famille ou fils de famille, tuteur ou pupille, etc. A ce point de vue, on peut avoir plusieurs *personæ;* car on peut être en même temps libre, père, tuteur, etc. La personne ne constitue pas alors une réalité concrète, mais une abstraction légale, une qualité productive de tels ou tels effets juridiques.

Enfin dans son sens ordinaire, *persona* désigne tout être capable de devenir le sujet actif ou passif d'un droit. La personne ainsi comprise peut être réelle ou morale.

Quant aux personnes morales, elles ne sont que fictives et de création légale ; telles sont : les cités, diverses corporations, certaines sociétés, et sous Justinien les églises. Dans les Institutes, aucun texte ne les concerne : il faudra donc se borner à la constatation incidente et rapide de leurs principales règles (L. 1, pr. D. *Quod cujus cumque universitatis*, 3-4).

La personne réelle, c'est la personne physique. Elle ne compte pour telle en droit, que du moment de sa naissance au moment de sa mort, si ce n'est dans les cas exceptionnels où les Romains appliquent la célèbre maxime qui règne chez nous : *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur* (Cf. C C. art. 906).

Le fond et l'essence même de la théorie des personnes ou *jus personarum*, c'est l'étude de leur état. Or la plénitude d'état d'une personne suppose trois éléments : la liberté, la cité, la famille ;

status libertatis, *status civitatis*, *status familiæ*. Ces trois éléments sont entre eux dans un tel rapport, qu'on ne peut avoir le *status familiæ* sans les deux précédents, ni le *status civitatis* sans le premier ; le *status libertatis* est donc la base nécessaire des autres, et quiconque ne l'a pas ne saurait compter juridiquement au nombre des personnes. En résumé, l'état des personnes est susceptible de trois degrés ; il paraît donc logique d'en renfermer l'étude dans ce cadre de la liberté, de la cité et de la famille, avec les règles et les institutions qui leur sont corrélatives.

Justinien présente deux grandes divisions des personnes, l'une et l'autre absolument générales. Il distingue : 1° les personnes libres et les personnes esclaves (*Inst.* L. I, t. III, *De jure personarum*) ; 2° les personnes *alieni juris* et les personnes *sui juris* (*Inst.* L. I, t. VIII, *De iis qui sui vel alieni juris sunt*).

Chacune de ces divisions comprend les esclaves, qui manquent pourtant du plus indispensable élément de la personne, le *status libertatis*. C'est une première protestation de la nature, plus forte que la loi, contre la rigueur artificielle qui leur infligeait le nom et la qualité de choses. Leur personnalité humaine s'imposait et s'inscrivait d'elle-même dans les classifications.

PREMIÈRE DIVISION

PERSONNES ESCLAVES OU LIBRES.

(*Inst.* I., t. III à VII.)

Dans le langage du droit, mal à propos abandonné par les Institutes pour un essai de définition philosophique, la liberté consiste à n'être la propriété de personne, et l'esclavage est l'état de l'individu qui a un propriétaire (*Inst.* L. I, t. III, *De jure pers.*, §§ 1, 2).

CHAPITRE I

ESCLAVES.

(*Inst.* I., t. III, IV, VIII.)

L'esclavage était un des principaux ressorts des sociétés antiques; il se lie spécialement à toutes les idées des Romains en matière politique, économique et civile ; on ne peut donc espérer de connaître l'histoire, les mœurs et le droit de Rome, sans apprécier ses théories relatives à la *servitus*.

Les Romains constataient eux-mêmes que l'esclavage est une violation de la nature, *contrà naturam;* comment donc l'ont-ils admis? On en propose deux raisons, qui sont l'une et l'autre de purs sophismes ; la première suppose au vainqueur le droit de tuer ses captifs, d'où résulterait que l'esclavage est un bienfait pour les prisonniers qu'il sauve de la mort; la seconde attribue au vainqueur la propriété de ses captifs comme de leurs biens, d'où résulterait qu'il peut s'arroger légitimement le monopole de leurs services. Nous n'insisterons pas sur ces prétendues justifications d'un état injustifiable (*Inst.* L. I, t. III, *De jure pers.*, §§ 2, 3 ; L. II, t. I, *De divisione rerum*, § 17).

PREMIÈRE SECTION

On divise les modes constitutifs de l'esclavage en deux classes : les uns du droit des gens, les autres du droit civil.

§ I

Modes du droit des gens.

Les causes d'esclavage du droit des gens sont la *captivité* et la *naissance*. On les rattache au droit des gens, parce que la captivité rend tout aussi bien un Romain esclave des étrangers qu'un étranger esclave des Romains, et parce que la femme esclave transmet partout sa condition à ses enfants. Ces deux causes d'esclavage sont d'ailleurs les plus fécondes et les plus anciennes ; nous avons même

vu dans la captivité le cas le plus simple et la première source de la servitude.

Captivité. — La captivité produit l'esclavage, soit en temps de paix, soit en temps de guerre. Les Romains distinguaient deux catégories d'étrangers. Envers les uns, qu'ils appelaient *barbari*, ils ne reconnaissaient que le droit du plus fort, et les prisonniers réciproquement faits, même en temps de paix, étaient légalement esclaves. Envers les autres, qu'ils appelaient *peregrini* durant la paix et *hostes* durant la guerre, il existait un droit plus correct, motivé par la parenté des races ou par des souvenirs d'alliance; l'esclavage ne pouvait à leur égard résulter que de la captivité survenue dans le cours d'une guerre régulièrement déclarée. Par là s'expliquent les formalités et cérémonies préalables à l'ouverture des hostilités, et le fait incontestable que le prisonnier des pirates et des brigands, ou le captif d'une guerre civile, n'est pas esclave en droit (L. 5 § 2; 19 § 2; 21; 24 D. *De captivis* 49-15).

Naissance. — Pour déterminer la condition originaire et natale d'un individu, la loi romaine applique deux principes généraux : 1° l'enfant, s'il est conçu d'un mariage légitime, suit la condition de son père, en tout autre cas celle de sa mère; cette règle a de l'importance, lorsque les deux époux ne jouissent pas du même état juridique; 2° la condition du père s'envisage au moment de la conception, parce que son œuvre est dès lors terminée; la condition de la mère s'apprécie au jour de l'accouchement, parce que de sa vie dépend jusqu'alors la vie de l'enfant; pour trouver l'intérêt de la règle, il suffit de supposer un changement apporté dans l'état juridique de l'un ou l'autre des parents, à quelque époque de la gestation. Ces deux maximes, communément applicables à toutes les questions d'état, doivent ici se combiner avec un troisième principe spécialement propre à notre théorie de l'esclavage; 3° la faveur de la liberté déroge au droit commun (*Inst.* L. II, t. VII, *De donationibus*, § 4, *in fine*. — *Ulpien*, R. t. V, §§ 8, 10).

Éclaircissons cette doctrine par des exemples. La femme qui a conçu *ex justis nuptiis*, c'est-à-dire en état de liberté, a beau accoucher en état d'esclavage; l'enfant sera libre, comme l'était son père lors de la conception. Pareillement la femme qui a conçu esclave, mais qui accouche libre, met au monde un enfant libre. Naît enfin libre l'enfant d'une femme qui a joui de la liberté à une heure quelconque de la grossesse, eût-elle été esclave lors de la conception et

de l'accouchement; ainsi l'avaient décidé, sous l'impulsion généreuse d'Adrien, certains jurisconsultes dont l'opinion fut définitivement consacrée par Justinien. L'esclavage ne frappe donc à la naissance que l'enfant dont la mère, esclave à la conception, esclave à l'accouchement, n'a jamais été libre pendant la grossesse (*Inst.* L. I, t. IV, *De ingenuis* pr.).

§ II

Modes du droit civil.

Dans le très ancien droit romain, aux époques presque fabuleuses des rois et des Douze Tables, devenaient esclaves : 1° le citoyen qui refusait le service militaire ; 2° celui qui ne s'était pas fait inscrire sur les registres du cens ; 3° le débiteur condamné qui n'exécutait pas la sentence dans le délai légal ; 4° le *fur manifestus* ou voleur pris en flagrant délit. Ces premières causes d'esclavage ne sont plus qu'un souvenir au temps classique.

Sous les jurisconsultes et les empereurs, on en relève quatre mieux connues :

1° L'empereur Claude tente de réagir contre le désordre des mœurs par un sénatus-consulte qui a gardé son nom, bien que des résistances en aient amené le renouvellement sous Vespasien. D'après le sénatus-consulte Claudien, la femme libre, consciente de sa condition, qui persistait dans des relations coupables avec l'esclave d'autrui, nonobstant trois sommations du maître, était acquise à ce maître, avec tout son patrimoine ; ses enfants précédemment nés ou conçus restaient libres. Justinien supprima le Claudien (*Suétone, Vespasien*, 11. — *Inst.* L. III, t. XII *de succ. subl.* § 1).

2° Certaines condamnations capitales, telles que les condamnations *ad ferrum, ad bestias, ad metallum*, entraînaient la perte de la liberté. L'esclavage prenait date du jour où la sentence devenait définitive par l'expiration du délai de l'appel ou le rejet de l'appel (L. 2, § 2 D. *De pœnis* 48-19.) Ces esclaves s'appelaient *servi pœnæ*. Justinien, dans l'intérêt religieux de la conservation du mariage, décida que le condamné aux mines resterait libre en droit (*Nov.* XXII, c. VIII) (1) ;

(1) Cette décision fut probablement étendue dans la pratique à toutes les condamnations qui faisaient encourir la *servitus pœnæ*.

3° L'ingratitude de l'affranchi envers son patron, diversement punie jusqu'à Commode, put en vertu d'une décision de ce prince motiver la perte de la liberté ; n'était admis à demander cette révocation que le patron qui avait affranchi son esclave spontanément et sans obligation ; il fallait une sentence du magistrat, rendue sur la constatation d'une ingratitude bien caractérisée, comme par un refus d'aliments ou des sévices matériels. Justinien a maintenu cette règle salutaire ; mais deux Constitutions d'Honorius et de Théodose l'avaient injustement aggravée, en l'étendant aux rapports de l'affranchi avec les enfants du patron, ou du patron avec les enfants de l'affranchi (*Inst.* L. I, t. XVI, *De capitis deminutione* § 1.)

4° L'usage avait révélé le danger d'une curieuse supercherie. Deux fourbes se donnaient pour le maître et l'esclave, et l'un vendait l'autre ; le prix une fois payé et partagé, le vendu réclamait sa qualité de libre ; le double principe que la liberté est aliénable, et que l'état des personnes ne dépend pas des conventions privées, lui assurait un facile triomphe. Les principes généraux de la vente ouvraient bien à l'acheteur ainsi évincé un recours en garantie contre le vendeur, et les préteurs lui accordaient contre le vendu une action au double du préjudice subi ; mais il va de soi que les deux complices étaient le plus souvent insolvables. Aussi fut-il décidé, pour couper le mal par la racine, que l'acheteur deviendrait propriétaire du vendu ; ce résultat demeura subordonné à quatre conditions ; car en supposant la bonne foi de l'acheteur, la mauvaise foi du vendeur et du vendu, et le partage du prix entre les auteurs de la fraude, on exigeait de plus que le prétendu esclave eut vingt ans accomplis au moment du partage. Ce dernier cas de servitude, en vigueur sous l'Empire et dans le droit des Institutes, fut plus tard aboli par Léon le Philosophe (*Inst.* L. I, t. III, *De jure personarum* § 4 *in fine* — Léon, *Novelle* 59).

DEUXIÈME SECTION

CONDITION DES ESCLAVES.

Si l'esclavage a plusieurs causes, les textes posent en principe que la condition juridique des esclaves est toujours la même pour tous ; car entre personnes dépourvues de tout droit, on ne distingue aucun degré. Nous verrons néanmoins que cette proposition est trop absolue (*Inst.* L. I, t. III, *De jure pers.* § 5).

§ I

Situation de l'esclave envers le maître.

Les rapports de l'esclave avec le maître se résument dans l'idée que l'un est propriétaire de l'autre; suivons les conséquences de cette propriété sur la personne et sur les biens.

Pouvoirs du maître sur la personne. — Le pouvoir du maître sur la personne de l'esclave a reçu, dans le cours de la législation romaine, d'importantes modifications dont les causes et les effets sont intéressants.

A l'origine, le pouvoir du maître est absolu ; c'est le droit de vie et de mort (*jus vitæ necisque*). Les premiers Romains n'abusaient pas de cette faculté redoutable ; mais au temps des grandes conquêtes, les esclaves se recrutèrent parmi des nations de plus en plus lointaines et méprisées ; il n'y eut pas de bornes aux cruautés de maîtres de plus en plus capricieux et corrompus. De là, protestations des philosophes et des patriotes, qui évoquèrent plus d'une fois l'ombre menaçante de Spartacus. L'honneur de la réforme appartient aux empereurs des deux premiers siècles de notre ère. Sans parler des modifications de détail inspirées à l'humanité d'Auguste, de Claude et d'Adrien, il faut signaler comme définitives les décisions d'Antonin le Pieux. D'une part, au maître qui tuait un esclave sans cause, fut infligée la même peine qu'au meurtrier de l'esclave d'autrui, c'est-à-dire la mort ou la déportation prononcée par une loi Cornélia; d'autre part, le maître qui maltraitait son esclave sans cause se vit désormais contraint à le vendre ; le prix touché sauvegardait son intérêt, et comme il ne pouvait attacher au contrat de clause défavorable à l'esclave, ce dernier avait quelque chance d'entrer dans un meilleur avenir. Les deux Constitutions d'Antonin sont mentionnées aux Institutes ; ce prince avait fait le pas essentiel, et les empereurs chrétiens n'eurent plus à régir que certaines hypothèses spéciales (*Inst.* L. I, t. VIII, *De iis qui sui vel alieni*, § 2).

Privé de son droit absolu, le maître garda néanmoins sur l'esclave une large faculté de correction. Il est à peine besoin de noter qu'il a toujours pu l'aliénier, le grever de droits réels, le revendiquer, le posséder, comme il faisait d'un bœuf ou d'un mulet.

Pouvoirs du maître sur les biens. — La propriété de l'esclave confère d'ailleurs au maître une prérogative capitale, qui ne s'est jamais atténuée comme la précédente, et dont la rigueur est aussi forte sous Justinien qu'au temps des Douze Tables. L'esclave ne saurait avoir de patrimoine, et tout ce qu'il acquiert par une voie quelconque est acquis au maître; lorsque son acquisition est de telle nature que le maître n'en peut profiter, elle ne se réalise pas. Il faudra déduire plus tard les conséquences de cette règle; mais on doit constater ici qu'elle empêche l'esclave de se racheter directement lui-même, c'est-à-dire de troquer son affranchissement contre un équivalent pécuniaire.

Du reste, s'il plaît au maître de confier ou de laisser à l'esclave l'administration et la jouissance de certaines valeurs, rien ne l'en empêche; c'est là ce qu'on nomme le *pécule*. Mais il reste libre de la reprendre à son gré.

L'esclave n'est, on le voit, que l'organe ou l'instrument de son maître, et seulement pour acquérir (*Inst.* L. II, t. IX, *Per quas personas nobis adquiritur*).

§ II

Situation de l'esclave envers les tiers.

Les rapports de l'esclave avec les tiers, quoique dominés par la théorie de son anéantissement devant le maître, se ressentent néanmoins d'une certaine capacité personnelle, de fait plutôt que de droit, qu'on a pu lui nier. Le principe est bien, en effet, que l'esclave n'a pas de personnalité proprement dite; par exemple, il ne peut ni contracter mariage, ni figurer comme témoin dans un testament, ni agir en justice. Mais il a fallu céder à la force des choses sur quelques points. Ainsi l'union des sexes est admise et reconnue entre esclaves, sous le nom de *contubernium*; il en résulte une parenté véritable, une *cognatio servilis* que le droit a consacrée, notamment en y attachant un empêchement au mariage et même une certaine vocation héréditaire. Bien plus, il naît du délit de l'esclave une obligation civile, et de son contrat une obligation naturelle; dans les deux cas, ce lien obligatoire ne devient pratiquement efficace contre l'esclave qu'après sa mise en liberté, qui lui permet d'acquérir un patrimoine. Mais il arrive souvent que l'effet des contrats ou des délits de l'esclave rejaillit sur le maître,

avant l'affranchissement, soit *jure prætorio* grâce à la théorie des actions *adjectitiæ qualitatis*, soit *jure civili* grâce à la théorie des actions noxales (*Inst.* L. I, t. X, *De nuptiis* § 10; L. III, t. VI, *De gradibus cognationis* § 10 — *Gaius*, IV, 77).

§ III

Conclusion générale.

On se demande souvent si l'esclave en droit romain est une personne ou une chose. La question est complexe.

Considéré dans ses relations avec le maître, l'esclave est une chose, *res;* car on le voit susceptible de propriété, passible de tout autre droit réel, donné en usufruit, en gage, frappé d'hypothèque, comme une bête de somme. Aussi les Romains le rangeaient-ils dans la classification des choses, parmi les *res mancipi* (*Ulpien*, R. t, XIX § 1). Seulement il pouvait représenter pour son maître l'immense valeur de l'intelligence ; il avait chance d'obtenir l'existence juridique par l'affranchissement, et les lois de la nature, qui font toujours échec aux conceptions purement artificielles, amenèrent les empereurs à reconnaître son caractère d'homme, par des mesures protectrices. Aussi le voit-on classé dans les divisions des *personæ* (*Inst.* L. I, t. III, *De jure pers. pr.*).

Considéré dans ses relations avec les tiers, l'esclave paraît bien être une personne. Car, soit en acquérant pour son maître, soit en s'obligeant pour son compte, il est admis à figurer comme partie dans la plupart des actes juridiques; il joue un rôle, *persona,* dans le drame du droit. Il ne faut donc pas accepter sans réserves l'assimilation qu'on a coutume d'établir entre les esclaves et les choses.

Il est à peine utile de rappeler que la volonté du maître pouvait créer et supprimer entre les esclaves des différences de fait, suivant leurs aptitudes et ses fantaisies. D'ailleurs, même au point de vue du droit, on met à part : 1° les *servi publici*, esclaves compris dans le domaine public de l'État; généralement attachés au service des magistrats ou des temples, ils jouissaient de plus que les autres de la faculté d'avoir un patrimoine, puisqu'ils pouvaient disposer par testament de la moitié de leurs biens ; 2° les *servi sine domino*, esclaves qui n'appartenaient à personne, tels que les *servi pœnæ* et les *servi derelicti* (esclaves abandonnés par leurs maîtres); ils étaient

au-dessous du niveau commun ; car ils ne pouvaient réaliser aucune acquisition au bénéfice de personne (*Ulpien*. R. t. XX, § 16).

CHAPITRE II

HOMMES LIBRES.

(*Inst.* I., t. IV, V, VI, VII.)

Les personnes libres se subdivisent en deux classes : 1° en ingénus et affranchis ; 2° en citoyens et pérégrins.

PREMIÈRE SECTION

INGÉNUS ET AFFRANCHIS.

L'ingénu est la personne qui est née libre, et qui n'a jamais cessé de l'être ; l'affranchi est la personne libérée d'un esclavage légal, *ex justa servitute manumissus*. Cette subdivision revient donc à distinguer deux classes de personnes libres, celles qui l'ont toujours été, et celles qui ont été esclaves. De là deux règles élémentaires que posent les Institutes : (*Inst.*, L. I, t. IV, *De ingenuis*, *pr.* ; L. I, t. V, *De libertinis*, *pr.*).

1° *Quiconque est affranchi a été esclave ;* sous le droit classique, le sénatus-consulte Claudien dérogeait à ce principe, en considérant comme affranchie la femme même ingénue qui vivait *in contubernio* avec l'esclave d'autrui, de l'assentiment du maître (Tacite, *Ann.* XII, 53).

2° *Quiconque est ingénu n'a pas été esclave ;* signalons une exception célèbre, connue sous le nom de *jus postliminii ;* le captif échappé à l'ennemi, et revenu définitivement sur la terre romaine, est censé n'avoir jamais passé par l'esclavage, et recouvre rétroactivement tous les droits de nationalité, de famille ou de patrimoine, qui n'avaient pas besoin d'être soutenus par son fait ; les jurisconsultes ont tiré bien des conséquences de cette fiction légale.

Dans ces termes, la seule question qui se pose à l'égard de l'ingénu est de savoir comment un enfant naît libre ; la réponse dépend de maximes fondamentales déjà constatées (*suprà*, p. 9). Passons donc aux affranchis, en indiquant pour transition que leurs

enfants sont ingénus en principe, puisque de tels enfants naissent libres.

Il y a bien quelques hypothèses où le *servus* devient libre de plein droit; tel est, en vertu d'un édit de Claude, le sort de l'esclave malade abandonné par son maître. Il y en a quelques autres où la liberté est conférée par le magistrat; ainsi l'on récompense de cette façon l'esclave qui a dénoncé le meurtre de son maître. Mais ce sont là des cas bien rares; en thèse générale, l'affranchissement émane du *dominus*, et prend le nom de *manumissio*. Pour suivre le plan des Institutes, il ne sera traité ici que de cette *datio libertatis*.

§ I

Conditions intrinsèques de l'affranchissement.

La validité d'un affranchissement suppose réunies diverses circonstances.

1° Le maître doit affranchir de sa libre volonté; s'il y était forcé par violence, son œuvre serait nulle; mais il peut s'y obliger valablement par l'effet d'une convention ou d'un legs, parce que ces actes procèdent de son consentement (*Inst.*; L. II, t. XXIV, *De singulis rebus per fid.*, § 2);

2° La personne qui affranchit doit avoir la propriété quiritaire de l'esclave, puisqu'il s'agit de l'aliéner (*Gaius*, II, 267);

3° Elle doit avoir aussi la capacité d'aliéner les *res mancipi*, puisque l'esclave en est une (*Ulpien*, R. t. I, § 17);

4° L'affranchissement ne doit pas violer les droits acquis aux tiers; supposons, par exemple, que plusieurs personnes aient la copropriété d'un esclave par indivis, et que l'un des maîtres l'affranchisse seul; l'esclave ne peut acquérir la liberté pour partie et le *manumissor* perd sa part de propriété, qui profite aux autres par une sorte de *jus accrescendi*. Justinien abrogea cette règle, il décida que l'esclave deviendrait libre et que l'auteur de l'affranchissement paierait une indemnité à ses copropriétaires, d'après un tarif fixé par l'empereur (*Inst.*, L. II, t. VII, *De donationibus*, § 4. — L. 1, § 5, C. *De communi servo*, 7-7).

§ II

Conditions intrinsèques ou formes.

La *manumissio* met en jeu le triple intérêt de l'esclave qui acquiert la liberté, du maître qui la donne, et de la cité qui reçoit un nouveau membre dans son sein ; il n'est donc pas étonnant que le droit romain en ait réglé avec précision les formes extérieures. On distingue à cet égard trois périodes.

Ancien droit. — Le premier droit de Rome ne reconnaissait que trois modes d'affranchissement ; ils avaient pour trait commun l'intervention directe ou indirecte de l'autorité publique, et pour ce motif on les nomme *legitimi* ou solennels ; c'étaient le cens, la vindicte et le testament.

La *manumissio censu* exige trois acteurs, le censeur, le maître et l'esclave ; elle consiste simplement dans l'inscription de l'esclave, en qualité de citoyen, sur les registres du cens. Ce procédé offrait le grave inconvénient de n'être possible qu'aux époques de recensement, c'est-à-dire tous les cinq ans, puisque le *census* était *lustralis*.

La *manumissio vindictâ* mettait quatre personnes en présence, le préteur, le maître, l'esclave et son représentant, qu'on appelait *assertor libertatis*. Elle se constituait par un débat imaginaire, la fiction d'un procès en revendication de liberté. L'esclave était exclu de l'arène judiciaire ; mais son représentant le réclamait comme libre, en le touchant de la *vindicta*, baguette ou lance de bois qui figurait, à titre de symbole, dans les causes relatives à la propriété. Sur l'acquiescement du maître, le préteur prononçait la liberté de l'esclave, par une déclaration nommée *addictio*. Cette décision ne tranchait pas un vrai litige ; aussi n'appartenait-elle pas à la juridiction contentieuse du préteur, mais bien à sa juridiction gracieuse ; entre autres conséquences, il résultait de là que le magistrat pouvait y procéder tous les jours de l'année, sans l'assistance des licteurs et en dehors de son tribunal par exemple, sur le chemin du bain ou du théâtre (*Inst.*, L. I, t. V, *De libertinis*, § 2).

La *manumissio testamento* consiste en une déclaration de volonté inscrite par le maître dans son testament. On peut distinguer ici : 1° le legs de liberté, *libertas directa*, qui ne s'adresse valablement qu'à l'esclave dont la propriété quiritaire appartenait au testateur,

lors du testament et lors du décès ; 2° le fidéicommis de liberté, *libertas fideicommissaria*, qui s'adresse même à l'esclave de l'héritier ou d'un tiers. Le premier seul est un véritable affranchissement testamentaire, puisqu'il se suffit à lui-même et rend l'esclave libre *ipso jure*, après la mort du testateur, par le fait de l'adition d'hérédité, sans aucun acte de l'héritier ; le second, au contraire, ne produit pour l'esclave qu'un droit à la liberté, que l'héritier sera tenu de lui donner par le cens ou la vindicte. Cependant on a coutume de réunir ces deux procédés inégaux sous le même nom de *manumissio testamento*, parce que les restrictions à la liberté d'affranchir par testament leur sont généralement communes (*Ulpien*, R. t. II, § 7).

L'affranchissement entre-vifs, par le cens ou la vindicte, a des traits de différence et de ressemblance avec l'affranchissement testamentaire. Il en diffère à deux points de vue : 1° s'il est incontestable que l'irrévocabilité de la liberté repousse d'un affranchissement quelconque toute condition ou terme résolutoires, il est non moins vrai que l'affranchissement testamentaire peut recevoir une modalité suspensive ; au contraire, le cens et la vindicte n'en comportent aucune, à raison de l'affirmation écrite ou verbale, mais présente et actuelle, qui est de leur essence ; 2° l'esclave affranchi entre-vifs garde le pécule, à moins d'une réserve expresse du maître, qui est censé lui en faire donation pour aider ses premiers pas dans une existence nouvelle ; l'esclave affranchi par testament ne retient le pécule qu'en vertu d'une disposition formelle, raisonnablement nécessaire pour dépouiller l'héritier (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 20).

Hormis ces dissemblances, les trois modes solennels de l'ancien droit se confondent dans leur effet, qui est de procurer du même coup à l'affranchi la liberté et la cité. On devenait citoyen ou l'on restait esclave ; il n'y avait pas de milieu. Cette unité de condition de tous les affranchis subsista jusqu'aux derniers temps de la République (*Inst.*, L. I, t. V, *De libertinis*, § 3).

Droit classique. — Si le maître, au lieu d'employer l'un des trois modes solennels, manifestait de toute autre manière sa volonté d'affranchir l'esclave, par exemple, en l'admettant à sa table *per mensam*, en faisant une déclaration devant témoins, *inter amicos*, ou bien en renonçant à la *dominica potestas* par lettre, *per epistolam*, la liberté n'était pas acquise ; mais le préteur en conservait la jouissance de fait à l'esclave jusqu'à sa mort. Il ne servait donc plus ;

néanmoins sa condition juridique restait la même ; toutes ses acquisitions appartenaient à son maître; s'il s'agissait d'une femme, ses enfants au premier degré et ses descendants ultérieurs par les filles naissaient en état d'esclavage.

Cette jurisprudence prétorienne fut légalisée par un plébiscite rendu probablement en l'an 671 de Rome, la loi *Junia Norbana*. Elle décida que la liberté serait désormais acquise à l'esclave affranchi d'une façon quelconque ; mais l'emploi des modes solennels resta nécessaire pour lui donner la cité. Dès lors on distingua deux classes d'affranchis, les uns libres et citoyens, les autres libres seulement; ceux-ci prirent le nom de *Latins Juniens*, Latins parce qu'on les assimilait aux membres des colonies latines, Juniens parce que leur organisation date de la loi Junia (*Gaius*, III, 56).

Droit de Justinien. — Ces diverses formes d'affranchissement se trouvent bien simplifiées au temps de Justinien. Le cens tombé en désuétude dès l'époque classique était remplacé depuis Constantin par l'affranchissement fait dans les églises *in sacrosanctis Ecclesiis*, devant l'évêque, en présence des fidèles. La *vindicta* ne comportait désormais qu'une déclaration du maître au magistrat. Le testament ne présentait plus, comme on le verra, de différence entre le legs et le fidéicommis. Justinien put sans inconvénient déclarer efficace la volonté d'affranchir manifestée de l'une ou de l'autre des façons qu'il précisa, soit *per epistolam*, dans une lettre signée de cinq témoins, soit *per nominationem filii*, en appelant l'esclave du nom de fils dans un acte public ou par adoption, soit *inter amicos*, en exprimant la manumission devant cinq témoins, etc. Cependant, si dans le droit des Institutes les conditions extrinsèques de l'affranchissement sont plus faciles qu'autrefois, il faut se garder de croire que le maître puisse affranchir en dehors de certaines formes prescrites (*Inst.*, L. I, t. V, *De libertinis*, § 1).

§ III

Restrictions à la faculté d'affranchir.

En supposant remplies les diverses exigences de fond et de forme requises pour l'affranchissement, il peut arriver que la loi le prohibe quand même et le déclare nul. Elle s'inspire alors de différents motifs, dont le principal est bien connu ; vers la fin de la République, les maîtres ne consultaient, pour mettre les esclaves en

liberté, que leur fantaisie personnelle ou leur passion politique, sans considérer l'intérêt public ; ils inondaient Rome de citoyens indignes. Des barrières furent dressées contre cet envahissement (*Inst.*, L. II, t. VI-VII). Nous examinerons les plus importantes de ces mesures défensives : celles qui dérivent des lois Œlia Sentia et Furia Caninia.

Loi Œlia Sentia. — La loi Œlia Sentia est un plébiscite rendu sous Auguste en l'année 757 de Rome (4 de J.-C.). On peut y relever au moins quatre restrictions essentielles à la faculté d'affranchir. Deux de ces restrictions concernent les esclaves ; les deux autres concernent les maîtres.

I. *Affranchis déditices.* — La loi Œlia Sentia organise d'abord une troisième classe d'affranchis, en déclarant le droit de cité inaccessible aux esclaves qui, pendant leur esclavage, ont subi quelque peine infamante, telle que la marque au fer rouge sur l'ordre du maître ou du magistrat. L'affranchissement ne confère à ces esclaves que la liberté, sans la cité ni même la latinité ; par opposition aux affranchis citoyens et aux Latins Juniens, on les appelle *déditices*, du nom que les Romains avaient donné jadis à ceux de leurs vaincus qui s'étaient rendus à discrétion, et qu'ils traitaient avec rigueur et mépris (*Paul,* S. L. IV, t. XII, §§ 3, 8). Cette disposition de la loi Œlia Sentia n'est plus en vigueur sous Justinien, ce prince ne reconnaissant plus qu'une seule classe d'affranchis, les affranchis citoyens.

II. *Esclaves mineurs de* 30 *ans.* — Une autre disposition de la loi Œlia Sentia écartait du droit de cité l'esclave affranchi avant l'âge de trente ans ; on craignait sans doute de l'élever trop jeune à des prérogatives dangereuses. Devenait-il Latin Junien ou restait-il en servitude ? Il y a quelques nuages sur ce point ; le doute doit se trancher vraisemblablement dans le sens de la *latinitas*. Mais il suffisait d'ajouter quelques formes spéciales à la manumission pour lui rendre son effet ordinaire, ainsi qu'on va le voir (*Gaïus*, I, 18 ; *Ulpien*, R. t. I, § 12). Cette restriction a également disparu dans le dernier état du droit, les Latins Juniens n'existant plus.

III. *Maîtres mineurs de* 20 *ans.* — Une décision plus rigoureuse prononçait la nullité de l'affranchissement émané d'un maître mineur de vingt ans. La loi voulait ainsi protéger le jeune homme contre les faiblesses de son âge, et préserver la cité de libérations irréfléchies. Cette prohibition, étrangère aux affranchissements obligatoires, frappait toute manumission volontaire, qu'elle fût directe

ou détournée; par exemple, le mineur de vingt ans ne pouvait pas même faire de son esclave un Latin, ni l'aliéner sous la condition que l'acquéreur l'affranchirait, etc.

Cependant on apportait à cette règle une dérogation nécessaire. Le mineur de vingt ans avait parfois de justes motifs de procéder à l'affranchissement. Tantôt c'était une raison d'intérêt, notamment dans l'hypothèse où le maître désirait confier la direction d'un procès à un esclave, qui devait alors avoir au moins dix-sept ans accomplis; car on n'était pas admis avant cet âge à soutenir une cause en justice. Tantôt c'était une raison d'affection, notamment si le maître voulait affranchir son précepteur, sa nourrice, son frère de lait, ou quelque proche parent, tel que son père, sa mère, etc., ce dernier cas peut se produire, lorsque le maître est un ancien esclave institué héritier par son propriétaire. Ces motifs étaient soumis à l'approbation d'un conseil spécial, de cinq sénateurs et cinq chevaliers à Rome, de vingt récupérateurs en province, choisis et présidés par le magistrat; la décision du *consilium manumissionis* était irrévocable. En la supposant affirmative, l'affranchissement avait lieu par la vindicte, le seul des trois modes solennels dont l'effet fût immédiat et l'application toujours facile; la manumission *inter amicos* restait néanmoins permise, s'il ne s'agissait de donner à l'esclave que la liberté latine (*Gaïus*, I, 41).

Justinien ne modifia pas cette législation pour les affranchissements entre-vifs. Mais il permit la manumission par acte de dernière volonté d'abord à dix-sept ans, ensuite à quatorze ans, dans le but d'établir une coïncidence d'âge entre la capacité de tester et celle d'affranchir; il ne s'aperçut pas qu'aucune relation logique ne rattache ces deux capacités (*Inst.*, L. I, t. VI, *Qui manumittere non possunt*, § 4-7).

IV. *Affranchissement en fraude des créanciers.* — Le préteur avait de longue date ouvert aux créanciers, sous le nom d'action Paulienne, un moyen d'attaquer les actes faits par un débiteur en fraude de leurs droits; mais un affranchissement, irrévocable de sa nature, échappait à toute rescision prétorienne. C'est ici qu'intervint la loi Œlia Sentia, qui annula dans l'intérêt des créanciers les manumissions frauduleusement faites par le débiteur. Après quelques discussions, on subordonna la nullité à deux conditions : 1° il faut que l'affranchissement ait causé aux créanciers un préjudice, *damnum*, *eventus damni*, en créant ou aggravant l'insolvabilité

du débiteur; 2° il faut que le débiteur ait agi sciemment, qu'il ait eu le *consilium fraudis* (*Inst.*, L. I, t. VI, *Qui manumittere non possunt*, § 3).

Ces deux conditions réunies, la *manumissio* ne reste pas moins valable à l'égard du *manumissor* et de ses héritiers; ce n'est pas eux que la loi veut proléger. Ne sont admis à demander la nullité que les créanciers antérieurs à l'affranchissement ou qui ont fourni les deniers pour désintéresser les créanciers antérieurs. La réclamation doit s'élever dans un délai de dix ans, si le créancier lésé est le fisc; le délai reste perpétuel dans tout autre cas; mais une Constitution de Dioclétien maintient définitivement en liberté, nonobstant toute attaque, l'esclave qui a vécu libre, de bonne foi, durant vingt années (L. 2, C. *De præscrip. long. temp.*, 7-22).

Il est une curieuse hypothèse où les quatre dispositions précédentes de la loi *Œlia Sentia* ont toujours fléchi devant une considération d'ordre supérieur. C'est lorsque le maître insolvable affranchit son esclave par testament et l'institue héritier; la liberté et la cité sont alors acquises à l'affranchi, même mineur de trente ans ou marqué de flétrissures antérieures, et le *manumissor* n'eût-il pas encore vingt ans. En effet, si l'esclave ne devenait pas libre et citoyen, il ne pourrait pas devenir héritier; le maître mourrait donc intestat, ce qui répugnait profondément aux mœurs romaines. La loi *Œlia Sentia*, par faveur pour le maître et non pour l'esclave, s'inclina devant cette idée nationale; mais elle réduisit la dérogation au strict nécessaire; en conséquence : 1° l'insolvable ne doit affranchir et instituer qu'un seul esclave, sinon le premier nommé arriverait seul à la liberté; 2° l'esclave ne profite de l'affranchissement et de l'institution, que si nulle des personnes instituées à son défaut ou concurremment ne peut ou ne veut faire adition (*Inst.*, L. I, t. VI, *Qui quibus ex causis man*, § 1. — L. 57, D. *De hered. instit.* 28-5).

Loi Furia Caninia. — La loi Furia Caninia est également un plébiscite porté sous Auguste en l'an de Rome 761 (8 de J.-C.); elle restreignit la faculté d'affranchir par testament. On avait vu des Romains, désireux d'appeler à leurs funérailles un grand nombre d'affranchis coiffés du bonnet de la liberté, gratifier tous leurs esclaves en bloc de cette générosité posthume. Le danger de telles ostentations n'était pas à craindre dans les manumissions entre-vifs, parce que l'intérêt du maître assurait sa modération. Aussi la loi Furia Caninia prit-elle une double disposition contre les *manumis-*

siones par acte de dernière volonté : 1° elle fixa, entre un minimum de deux et un maximum de cent, le nombre d'esclaves qu'un testateur pourrait affranchir, proportionnellement à la quantité qu'il en avait ; 2° elle exigea que l'affranchissement testamentaire fût individuel, c'est-à-dire que nul esclave ne puisse devenir libre *ex testamento*, s'il n'est déterminé par son nom ou par toute autre désignation personnelle (*Gaius*, I, 42-46 ; II, 239).

Justinien supprima la loi Furia Caninia, dont il ne comprenait plus la portée sociale, et qui répugnait d'ailleurs aux nouvelles tendances de son époque (*Inst.*, L. I, t. VII, *De lege Furia Caninia sublata*).

§ IV

Condition des affranchis.

La condition des affranchis est une dans l'ancien droit comme dans le droit de Justinien. Mais au temps classique, les affranchis se divisent en trois classes : les *affranchis citoyens*, issus d'un affranchissement régulier ; les *déditices* que rien ne peut laver de la tache subie pendant l'esclavage : entre ces deux catégories, les *Latins Juniens*, dont la qualité dérive de manumissions appliquées à des esclaves mineurs de trente ans, ou réalisées par des modes non solennels, ou émanées de maîtres qui n'avaient pas la pleine propriété quiritaire.

Situation de l'affranchi envers le patron. — Considéré dans ses rapports avec le patron, l'affranchi s'appelle spécialement *libertus* ; ce n'est pas ici qu'apparaît toute l'importance de la distinction entre les trois classes.

Les droits de patronat, *jura patronatûs*, survivent au lien de la servitude brisé par l'affranchissement. Ils appartiennent à l'ancien maître devenu patron, et se partagent également, en principe, entre tous ses enfants, quoique institués pour des parts inégales ou même exhérédés, s'il ne les a lui-même réservés à l'un d'eux par l'*adsignatio libertorum* (*Ulpien*, R. t. XXVII, §§ 2, 3. — L. 7, § 6, D. *De operis libertorum*, 38-1. — *Inst.*, L. 3, t. VIII, *De adsignatione liberorum*).

Les droits de patronat se résument en trois termes : *obsequium*, *operæ*, *jus tutelæ et successionis* : 1° on entend par *obsequium* la déférence légalement due par l'affranchi au patron ; entre autres conséquences, rappelons que l'irrévérence poussée jusqu'à l'ingratitude

replace parfois l'affranchi en esclavage ; de plus, il n'est pas admis à poursuivre le patron en justice sans une autorisation du magistrat, et ne peut obtenir contre lui, ni des actions ou des exceptions infamantes, ni une condamnation au delà de ses ressources ; 2° les *operæ* sont les services que l'affranchi promet de rendre à son patron, par un contrat spécial qu'on étudiera plus tard sous le nom de *jurata promissio liberti ;* les *operæ fabriles*, services relatifs au métier de l'affranchi, et qui ont pour tout le monde une valeur appréciable en argent, s'opposent aux *operæ officiales*, d'une nature plus exclusivement personnelle; les *operæ fabriles* font l'objet d'une véritable créance susceptible de cession, et diffèrent profondément des autres *jura patronatûs* en ce qu'ils se transmettent à tout héritier, même externe, et qu'ils ne passent jamais aux descendants exhérédés; aussi les textes les traitent-ils *perinde ac pecunia credita ;* — 3° le *jus tutelæ et successionis* sépare les trois classes d'affranchis, d'une part, on verra que la tutelle n'est pas uniforme pour les affranchis citoyens et non citoyens ; d'autre part, le patron exerce, dans les conditions légales, sur les biens que laisse à son décès l'affranchi citoyen, un véritable droit de succession qui se manifeste par la pétition d'hérédité ; au contraire, les biens du Latin Junien retournent au patron à titre de pécule, et sont réclamés en vertu d'une propriété antérieure qui se manifeste par la revendication ; quant aux biens du déditice, le patron les prend à sa mort comme héritier ou comme propriétaire, suivant que l'affranchissement aura été de nature à conférer la cité ou la latinité (*Gaius*, III, 74, 75, 76).

Comment s'éteignent les droits de patronat ? La mort naturelle du patron ou de l'affranchi les restreint sans les anéantir ; ainsi les enfants de l'affranchi peuvent retomber en esclavage pour cause d'ingratitude, et les enfants du patron recueillent la tutelle et la succession de l'affranchi. La *capitis deminutio* du patron ou de l'affranchi supprime les *jura patronatus* et toutes leurs conséquences immédiates ou médiates, si ce n'est la *reverentia* qui demeure due. Le droit aux *operæ* disparaît lui-même, quoique contractuel, parce qu'il dérive d'un contrat étroitement lié à l'affranchissement, et qu'il n'est qu'une suite indirecte du *patronatus*. Au surplus, cette créance de service s'éteint par une cause spéciale, lorsque l'affranchi est père d'un enfant âgé de cinq ans, ou qu'il en a deux plus jeunes sous sa puissance (*Inst.*, L. I, t. XVII, *De legitima patro-*

norum tutela; L. III, t. X, *De adq. per. adrog.* § 1. — L. 10, § 2. D. *De in jus vocando*, 2-4; L. 37, D. *De operis libertorum*, 38-1).

Situation sociale des affranchis. — Considéré dans ses rapports sociaux, l'affranchi s'appelle spécialement *libertinus*, et les différences sont grandes entre les trois classes. Il faut les examiner successivement au double point de vue : 1° *des droits publics ;* les principaux sont le droit de vote, *jus suffragii* et l'aptitude aux fonctions publiques, *jus honorum ;* 2° *des droits privés ;* les principaux sont le *connubium*, ou droit de participer au mariage romain avec ses grandes conséquences de la famille, de la puissance paternelle, de l'agnation, etc., et le *commercium*, ou droit de participer à tous les modes d'acquérir et de contracter de l'ordre purement civil, comme la mancipation, le testament, la stipulation, etc.

Déditices. — 1° Les déditices sont au dernier degré des affranchis et des hommes libres, *pessima libertas*. Privés de tout droit public, privés de *connubium* et de *commercium*, il ne sont admis qu'aux actes du *jus gentium*. La loi leur défend même de paraître à Rome ou dans un rayon de cent milles autour de Rome, sous peine de retomber en esclavage. Le trait le plus cruel de leur situation, c'est l'impossibilité d'en sortir; aucune voie ne leur est ouverte pour arriver à la cité. Mais leur condition n'est pas héréditaire, et leurs enfants, traités comme des pérégrins ordinaires, peuvent devenir citoyens (*Ulpien*, R. t. XX, §§ 14, 15. — *Gaius,* I, 26, 27).

Latins Juniens. — 2° Les Latins Juniens sont exclus de tout droit politique, et parmi les droits privés, le *connubium* leur manque. Quant au *commercium,* ils en jouissent avec deux restrictions importantes. D'abord, s'ils peuvent être appelés à une hérédité ou à un legs, cette faculté n'est souvent qu'illusoire ; car ils doivent obtenir la cité du vivant du testateur, ou dans les cent jours de son décès, pour recueillir le bénéfice pratique de la disposition faite à leur profit (*jus capiendi*). Ensuite, s'ils peuvent jouer le rôle de témoins dans le testament d'autrui, ils ne sont pas admis à tester pour leur compte; car nous savons que leur patrimoine retourne, comme un pécule d'esclave, au patron ou à ses héritiers. Aussi disait-on d'eux qu'ils vivaient libres et mouraient en servitude ; *ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant* (*Inst.*, L. III, t. VII, *De successione libertorum*, § 4).

Mais l'accès du *jus civitatis* était singulièrement facile aux Latins Juniens. Ils devenaient citoyens de diverses manières ; l'une des

plus commodes était l'*iteratio*, c'est-à-dire un nouvel affranchissement fait dans les formes solennelles et avec toutes les conditions requises ; l'empereur pouvait également leur en accorder *beneficio principali* le titre et les avantages, sous la réserve des droits du patron. On trouve d'autres cas de la même transformation dans Gaius, et dans Ulpien (*Gaius*, I, 29, 67-75. — *Ulpien*, R. t. III).

Affranchis citoyens. — 3° Les affranchis citoyens ont toujours été privés du *jus honorum* et doués du *jus suffragii*. Le *connubium* et le *commercium* leur appartiennent en principe ; il existe néanmoins quelques obstacles à leur mariage, et l'infériorité de leur position s'accuse aussi au point de vue du *jus liberorum ;* toutes choses égales, il leur faut un enfant de plus qu'aux ingénus pour obtenir le privilège attaché à la paternité. En matière criminelle, les affranchis, à la différence des ingénus, pouvaient subir la torture comme témoins, si ce n'est contre le patron ; on les rangeait enfin dans les *homines humiles* ou petites gens, par opposition aux *homines honesti* ou gens de haute classe, que certaines lois favorisaient d'une pénalité moins sévère (Ex. : *Lex Cornelia, de sicariis; Lex Julia, de adulteriis; Lex Fabia, de plagiariis. Inst.*, L. IV, t. XVIII, *De publicis judiciis*, §§ 4-5-10).

Sous la pression des mœurs et des faits, l'Empire organisa deux moyens d'élever l'affranchi au-dessus de son état normal : le *jus aureorum annulorum* et la *natalium restitutio*. Leur effet commun est de placer l'affranchi sur le même pied que l'ingénu dans ses rapports sociaux, et de lui conférer l'aptitude aux fonctions publiques. Hormis ce point, ils n'ont pas une égale efficacité ; le *jus aureorum annulorum* ne touche pas aux droits de patronat, et la concession en est valable par le seul fait que le patron informé ne s'y oppose pas ; au contraire, la *restitutio natalium* efface même les droits de patronat ; aussi exige-t-elle le consentement formel du patron ou de ses enfants. En un mot, dans la langue des Romains, le second de ces deux bénéfices produit pour l'affranchi le *statum ingenuitatis*, tandis que le premier ne procure que l'*imaginem ingenuitatis* (L. 2, C., *De jure aur. ann.*, 6-8).

Droit de Justinien. — L'unité primitive fut rétablie par Justinien dans la condition des affranchis. Il décida, comme l'avait autrefois voulu la loi romaine, que l'affranchissement serait désormais nul ou donnerait tout ensemble la liberté et la cité. En

supprimant pour l'avenir les Latins Juniens et les déditices, l'empereur laissait encore subsister la distinction entre les affranchis et les ingénus : il finit, postérieurement aux Institutes, par déclarer inhérent à l'affranchissement le *jus aureorum annulorum*, c'est-à-dire l'état d'ingénuité sociale de l'affranchi ; quant à la *restitutio natalium*, c'est-à-dire à l'ingénuité complète avec la suppression des droits de patronat, il suffisait pour la produire d'une renonciation formellement exprimée par le patron dans l'acte d'affranchissement ou dans un acte de dernière volonté. Ainsi fut mise la dernière main à l'œuvre de régénération des affranchis (*Inst.* L. I, t. V, *De libertinis*, § 3. — Novelle, 78, ch. 1, 2).

APPENDICE

COLONAT.

A peine connu des jurisconsultes classiques le *colonat* est une condition intermédiaire entre l'esclavage et la liberté ; cette institution, qui prit tout son développement, sous les empereurs chrétiens et qui devait préparer plus tard l'abolition de l'esclavage personnel et son remplacement par le servage de la glèbe, ne s'est pas constituée comme on l'a prétendu, en un seul jour et par voie législative ; elle s'est établie lentement sous l'influence des mœurs et sous la pression de certaines nécessités sociales. On peut en effet attribuer sa création à deux causes principales. Le colonat naquit d'abord de la transformation de l'esclavage imaginée par les propriétaires fonciers qui, pour intéresser leurs esclaves à la culture et pour se dispenser de la surveillance souvent onéreuse qu'impose l'exploitation par les esclaves proprement dits, leur donnèrent la liberté à la condition qu'ils resteraient attachés à la terre et qu'ils la cultiveraient moyennant une redevance annuelle. Le colonat dut encore son origine à l'habitude que prirent les empereurs, pour plier sous le joug les populations vaincues, de transplanter les barbares faits prisonniers dans le sein de l'empire, et de les répartir à titre de colons entre les grands propriétaires (L. 112, pr. D. *De legatis* : 1° L. XXX. — L. 1. C. *De infantibus expositis*, 8-52. — *Julius Capitolinus*, *Marc Aurèle*, nos 13-22).

Les colons répandus sur toute la surface de l'empire romain n'avaient ni la même situation juridique et sociale, ni le même nom ; ils se nommaient : *coloni*, *tributarii*, *censiti*, *adscriptitii*, *in-*

quilini et cette variété d'appellations devait certainement correspondre à une diversité de conditions. Cependant, malgré cette diversité, il n'est pas impossible de poser quelques règles générales qui permettront d'apprécier assez exactement le caractère du colonat. Dans ses rapports avec les tiers, le colon est libre et ingénu; il peut se marier, avoir la puissance paternelle et exercer la tutelle; il peut aussi contracter, acquérir, avoir un patrimoine, et le transmettre *ab intestat* ou par testament ; toutefois, il ne peut en principe disposer entre-vifs sans l'autorisation de son maître. Dans ses relations avec le propriétaire du sol, le colon est assimilé à l'esclave, *in potestate domini positus;* il est attaché à perpétuelle demeure à la terre qu'il cultive moyennant une redevance et dont il forme pour ainsi dire une dépendance à titre de *servus terræ*, il ne peut pas plus en être détaché par la volonté du maître qu'il ne peut la quitter sous peine d'être revendiqué et la vente du fonds le fait passer en la même qualité entre les mains du nouvel acquéreur (L. 6, 12, 21, C. *De agricolis*, 11-47 ; L. 1, C. *De colonis, Thrac.* 11-51 ; L. 2, C. *In quibus causis colonus*, 11-49).

La qualité de colon s'acquiert de quatre manières : par la *naissance*, conformément aux principes généraux; par la *loi* qui peut, de sa propre autorité, réduire à l'état de colon toute une population vaincue ou toute une classe d'individus (1) ; par l'*acceptation volontaire* du colonat malgré la règle qui met l'état des personnes au-dessus des conventions privées; enfin par la *prescription trentenaire* d'après laquelle les hommes libres qui ont vécu pendant trente ans sur un fonds comme colons deviennent eux et leurs enfants les colons du propriétaire du fonds. Le colonat s'efface par l'affranchissement, par la promotion à l'épiscopat et par la prescription de trente ans ; mais ce dernier mode a disparu depuis Justinien qui déclare que le colon ne pourra plus désormais se libérer par la prescription (L. 21, 23, 24, C. *De agricolis*, 11-47; Novelle, 123 ch. 4, 17; Novelle, 162 ch. 3).

(1) Une constitution de Valentinien et Théodose (382) réduisit à l'état de colons tous les mendiants libres et valides ainsi que leurs enfants (L. 1, C. *De mendicantibus validis*, 11-25).

DEUXIÈME SECTION

CITOYENS ET NON CITOYENS.

Tandis que la première subdivision des personnes libres, en ingénus et affranchis, occupe une grande place dans les recueils de Justinien, la seconde, qui les distingue en citoyens et non citoyens, n'y a presque pas laissé de traces. Ce silence des textes peut s'expliquer par la considération que l'étude de la nationalité touche de près au droit public ; car elle détermine la jouissance ou la privation du *jus suffragii* et du *jus honorum*. Mais elle a néanmoins son importance dans une exposition du droit privé, puisque les citoyens profitent seuls du *connubium* et du *commercium*, refusés aux non citoyens. Suivant une remarque déjà faite, la pleine personnalité romaine comprend trois éléments principaux; nous connaissons le premier, le *status libertatis* ou liberté ; arrivons au deuxième, le *status civitatis* ou cité, en rappelant que dans les personnes qui en sont investies, il suppose toujours le précédent.

§ I

Des citoyens romains.

On a déjà vu comment s'acquiert ou se perd la liberté ; les mêmes questions sont à résoudre sur le droit de cité.

Acquisition de la cité. — Le droit de cité, de même que la liberté, résulte de la naissance ou d'un fait postérieur.

Naissance. — Pour déterminer dans quels cas un enfant naît citoyen romain, il suffit d'appliquer les deux grands principes dès longtemps signalés ; par exemple, l'enfant de la femme qui a conçu Romaine, et accouché *peregrina*, naîtra Romain, s'il est issu de mariage, et *peregrinus* dans le cas contraire.

Acquisition postérieure. — Quant à l'acquisition postérieure de la nationalité romaine, distinguons entre les esclaves et les hommes libres.

L'esclave devient citoyen, lorsqu'il est régulièrement affranchi par un citoyen. S'il reçoit la liberté d'un magistrat à titre de récompense, sa position est la même. Enfin est-il affranchi de plein droit par la loi? Le *jus civitatis* lui appartient encore, puisqu'il a fallu une décision spéciale pour le restreindre à la *latinitas*, dans le

cas où il est abandonné malade par son maître (*Cicéron, pro Balbo*, 9. — L. 1, § 3, C. *De latina libertate tollenda*, 7-6).

Les personnes libres n'acquièrent la cité qu'en vertu d'une concession expresse; elle est faite, sous la République, par le peuple, le sénat, ou le magistrat qui en reçoit d'eux la mission spéciale, et sous l'empire par le sénat ou l'empereur. La concession est totale ou partielle; totale, elle confère l'ensemble des droits publics et privés du citoyen; partielle, elle n'en confère que tel ou tel. La concession est individuelle ou collective; individuelle, elle ne profite qu'à la personne même du bénéficiaire, et ne s'étend pas à sa femme ni à ses enfants, s'ils n'y ont été formellement compris; collective, elle embrasse une nation, une ville, qui aura le nom de *populus fundus* si les lois romaines lui sont en même temps attribuées, et de *municipium* si elle conserve une certaine autonomie (*Gaius*, I, 94).

Perte de la cité. — La perte de la cité est volontaire ou forcée.

Tout Romain est libre de dépouiller sa nationalité, à la condition d'en acquérir une autre. Il y arrive, soit *dicatione*, en transférant sa résidence chez un peuple étranger, qui l'accepte comme citoyen, soit *postliminio*, en regagnant sa première patrie, lorsqu'un affranchissement le délivre de la servitude qu'il subissait à Rome.

En sens inverse, nul Romain ne perd de force sa nationalité. Sous la République, on tournait ce principe par l'interdiction de l'eau et du feu, qui obligeait à l'exil le condamné inexorablement exclu de toute relation sociale. Sous l'Empire, cette peine se confond avec la déportation, qui est l'internement dans une île romaine où l'on reste libre; il en résulte la déchéance immédiate de la *civitas*. A toute époque, le droit de cité fut perdu pour quiconque encourait l'esclavage *jure civili* (L. 2, § 1; L. 17, D. *De pœnis*, 48-19; L. 12, § 9, D. *De captivis*, 49-15).

§ II

Des non citoyens.

Parmi ceux qui ne sont pas citoyens, nous avons à distinguer les Latins et les pérégrins.

Latins. — Les Latins se subdivisent en *Latini veteres*, *Latini coloniarii*, *Latini Juniani*. Ces derniers composent la deuxième classe des affranchis, qui nous est suffisamment connue.

Les *Latini veteres* sont les peuples de l'ancien Latium, contraints à recevoir Rome dans leur association après la bataille du lac Régille, en 260, et qu'elle soumit définitivement en 446. Plusieurs d'entre leurs cités participèrent dès lors au *jus civitatis;* les autres l'obtinrent en 664, au sortir de la guerre sociale. Il n'y a donc plus de *Latini veteres* au temps du droit classique; mais la condition des *Latini coloniarii* fut l'image de ce qu'ils avaient été.

On entend par *Latini coloniarii* les membres des colonies que Rome fonda de bonne heure. Elles se recrutaient, à l'origine, de volontaires, de fils de famille désignés par leur père, qui se libéraient ainsi de la puissance paternelle, et de condamnés à l'amende, qu'on dispensait alors de la payer. Plus tard, la qualité de Latin s'acquit par l'émigration dans une colonie déjà fondée, et par concession individuelle ou collective du prince. Cette colonisation avait donc pour objet, tout en débarrassant Rome d'un trop plein de population, d'établir çà et là des groupes d'alliés fidèles, ou d'assimiler des peuples domptés. Les Latins, inférieurs aux citoyens par le défaut absolu des droits politiques et du *connubium*, étaient supérieurs aux pérégrins par le *commercium*. De plus, il leur était plus facile d'acquérir la *civitas* (*Gaïus*, I, 96; *Ulpien*, R. t. V, § 4; t. XIX, § 4).

Pérégrins. — Les pérégrins, qu'il ne faut pas confondre avec les barbares, sont les étrangers non investis de la *civitas* ou de la *latinitas*. Ceux qui relèvent de la domination romaine forment les provinces; les autres encore indépendants sont appelés *hostes* en temps de guerre. Ils n'ont aucune participation au droit civil, public ou privé; mais le prince peut leur en faire une concession totale ou partielle; on leur applique les règles du droit des gens.

§ III

Confusion des citoyens et des non citoyens.

L'extension du droit de cité s'opère graduellement dans l'histoire romaine. Rares sous la République, les concessions deviennent de plus en plus fréquentes sous les empereurs, qui savent y trouver une source de revenus pour le fisc. Enfin une constitution célèbre de Caracalla confère le *jus civitatis* à tous les habitants de l'Empire. (L. 17. D., *De statu hominum* 1-5). On ne peut attribuer à cette grande mesure un motif de générosité. Les citoyens suppor-

taient un impôt d'un vingtième de la valeur sur les affranchissements par eux accomplis et sur les successions et libéralités de dernière volonté par eux recueillies; Caracalla, pour en augmenter le produit, multiplia les contribuables, en marquant tous ses sujets du titre qui les forçait à payer. Même après cette constitution, il y eut encore dans l'Empire des gens privés du droit de cité. Car les matières spéciales de l'affranchissement et des peines restèrent en dehors de la réforme ; on ne supprima ni les déchéances qui pouvaient résulter des condamnations criminelles, ni la classe des Latins Juniens et des déditices. De plus on admet aujourd'hui que la concession de Caracalla fut restreinte aux habitants actuels de l'Empire et à leur descendance; les provinces postérieurement conquises n'en profitèrent point. Mais ces dernières inégalités furent effacées par Justinien ; de son temps, tout sujet a la qualité de citoyen, s'il n'en a été dépouillé par une condamnation criminelle. En dehors des *cives*, il n'y a plus que les *barbari*.

DEUXIÈME DIVISION

PERSONNES *SUI JURIS VEL ALIENI JURIS.*

(*Inst.*, L. I, t. VIII.)

La première division générale des personnes, qui les partage en esclaves et libres, et qui subdivise les hommes libres en affranchis, ingénus, citoyens ou non citoyens, nous a présenté l'étude de deux des principaux éléments d'une personnalité complète, le *status libertatis* et le *status civitatis*. En d'autres termes, nous avons considéré les différentes positions qui peuvent appartenir aux individus dans l'organisation sociale.

Nous abordons, avec Justinien, une seconde division aussi générale que la première, et qui embrasse comme elle l'universalité des personnes; elle les sépare en personnes *sui juris* et en personnes *alieni juris*. Celle-ci touche de plus près au droit privé; elle met en jeu le troisième et dernier des principaux éléments d'une personnalité complète, le *status familiæ*. Nous arrivons ainsi

à l'examen des rapports domestiques et à l'étude de la famille romaine.

On qualifie de personne *sui juris* celle qui n'est placée sous aucune puissance; elle s'appelle *pater familias* ou *mater familias*, quel que soit son âge, abstraction faite de toute idée de paternité ou de maternité; ce titre exprime simplement qu'elle est ou peut être le chef d'une *familia*, c'est-à-dire d'un ensemble d'individus et de biens. On qualifie de personne *alieni juris* celle qui est placée sous la puissance d'autrui.

Or, le droit romain primitif consacra quatre puissances diverses sur les personnes : la *dominica potestas* ou du maître sur l'esclave, la *patria potestas* ou du père sur l'enfant, la *manus* et le *mancipium*. De ces quatre puissances, la première nous est connue; la troisième et la quatrième, de bonne heure tombées en désuétude, n'exigeront que de brèves explications; la deuxième seule nous arrêtera par son haut intérêt historique et juridique.

CHAPITRE III

PUISSANCE PATERNELLE.

(*Inst.* L. I, t. IX.)

La théorie de la *patria potestas* s'écarte sensiblement à Rome des données rationnelles.

En effet, considérée philosophiquement, la puissance paternelle est un pouvoir de protection, organisé dans l'intérêt de l'enfant; elle a pour objet principal de mettre les parents en mesure de suffire à leur grand devoir, qui est l'éducation physique et morale de leurs descendants; c'est un corollaire légal de cette mission naturelle. Par conséquent : 1° s'il convient que la puissance paternelle appartienne de préférence au père, il n'y a pas de motifs d'en priver la mère à son défaut; 2° la puissance paternelle ne doit comprendre que les droits nécessaires au bien de l'éducation; 3° la puissance paternelle doit cesser, avec sa raison d'être, à la majorité des enfants, sauf l'hommage de respect et de déférence qu'exige la qualité d'ascendant; 4° le père ne doit pas pouvoir l'abdiquer quand bon lui semble.

Ces principes n'ont pas inspiré la loi romaine.

§ I

Caractères de la puissance paternelle.

L'aspect original de la puissance paternelle à Rome tient à quelques traits principaux :

1° La *patria potestas* appartient au *jus civile;* c'est dire que les tribunaux romains ne la feront respecter qu'au profit d'un père romain et sur un fils romain (*Ulpien*, R. t. X, § 3).

2° La *patria potestas* ne peut appartenir qu'au père, jamais à la mère; les femmes en sont exclues sans exception : par conséquent, les enfants n'ont pas de lien civil avec la famille maternelle, et ne sauraient relever de la puissance d'aucun ascendant maternel; ils ne sont *filii familias* ou *filiæ familias* qu'envers leur père; ceux qui n'ont point de père certain se trouvent *sui juris* dès leur naissance; une femme *sui juris* est nécessairement seule de sa famille, *familiæ suæ caput et finis* (*Inst.* L. I, t. IX. *De patria potestate* § 2, 3 — *Contrà*, C. C. art. 371-372-373).

3° La *patria potestas* ne peut appartenir qu'au père *sui juris;* si donc un enfant a plusieurs ascendants mâles dans la ligne paternelle, par exemple son père et son aïeul, il sera sous la puissance du plus éloigné, comme tous les intermédiaires (*Inst.* L. I, t. IX. *De patria potestate* § 3).

4° La *patria potestas* ne prend fin à aucun âge; le nourrisson et le barbon peuvent y être également soumis, puisqu'elle embrasse les descendants de tous les degrés (*Inst.*, L. I, t. XII. *Quibus modis jus potest. solvitur* § 10 — *Contrà*, C. C. art. 372, 488).

5° Le père de famille n'est pas tenu de conserver la *patria potestas;* il peut émanciper ses enfants ou les donner en adoption, alors qu'ils sont encore tout jeunes et par conséquent incapables de veiller eux-mêmes à leurs intérêts; il suffit que l'enfant ne veuille ou ne puisse manifester aucune volonté contraire (*Paul*, S. L. II, t. XXV § 5 — *Contrà*, C. C. art. 477).

Telle que nous la voyons, cette puissance paternelle n'est pas un pouvoir de protection organisé dans l'intérêt de l'enfant; elle a l'intérêt du père pour objet apparent, et pour objet secret l'intérêt de l'État. En effet, la loi romaine établit dans chaque famille le trône solide d'un père, et donne à ce chef une triple souveraineté sur le culte, sur le patrimoine et sur les personnes; cette

royauté domestique lui est un sûr garant de la conservation des idées religieuses, des fortunes privées et des mœurs nationales.

La puissance paternelle est le pivot de toutes les théories de la parenté à Rome. Les parents en général se nomment cognats, *cognati, quasi communiter nati.* Mais leur lien réciproque vient de la nature seule, comme la parenté par les femmes, ou de la loi seule comme la parenté qui résulte de l'adoption, ou tout ensemble de la nature et de la loi, comme la parenté qui découle du mariage. La parenté purement naturelle retient le nom de cognation, *cognatio;* la parenté créée ou consacrée par la loi s'appelle exclusivement agnation, *agnatio.* Donc, et pour conclure, la cognation est le lien du sang, l'agnation est le lien civil. Or, l'agnation n'a d'autre cause efficiente que la *patria potestas ;* sont agnats les personnes qui se trouvent sous la même puissance paternelle, ou qui s'y trouveraient dans le cas où le chef le plus reculé de la famille vivrait encore. Si l'on veut bien remarquer maintenant que la loi romaine réserve à cette qualité d'agnat tous les droits, notamment de tutelle et de succession, attribués à la cognation par les peuples modernes, on apercevra d'un coup d'œil l'immense portée de la puissance paternelle. Ces notions étroitement condensées ne tarderont pas à s'éclaircir par l'application.

§ II

Rapports juridiques du père et des enfants.

La puissance paternelle ne produit d'effets que dans le cercle de la famille et dans la sphère des droits privés ; en d'autres termes, le fils est complètement indépendant du père dans la sphère de ses droits de citoyen; il a le *jus suffragii,* le *jus honorum ;* s'il est investi d'une magistrature, la majesté de ses fonctions publiques ne saurait fléchir devant une autorité d'ordre essentiellement privé.

Mais dans l'intérieur de la famille, le pouvoir du père nous apparaît d'abord sans limites ; puis on le voit se restreindre et s'adoucir progressivement. Le principe, c'est que la personnalité du père absorbe en quelque sorte la personnalité des enfants ; il concentre dans sa main tous leurs droits ; sans en être théoriquement dépouillés, ils n'en ont pas l'exercice, monopolisé dans l'intérêt commun. De cette idée mère, de cette unité de personne dans la famille, résultent trois corollaires principaux.

1° Unité de culte. — Le père est seul investi des *sacra privata*, qui deviendront propres au fils quand il héritera du titre et des droits de *pater ;* les vieux Romains attachaient un grand prix à cette prérogative, le plus beau fleuron de leur couronne domestique ; mais elle disparut insensiblement avec l'antique piété ; de longs siècles avant Justinien, il n'en est plus question.

2° Unité de patrimoine. — Le fils de famille n'a pas de biens personnels et n'en saurait avoir ; toutes ses acquisitions profitent au père qui peut d'ailleurs à son gré lui confier et lui retirer un pécule, de même qu'à l'esclave. Mais d'un côté le *filius familias* est considéré comme copropriétaire de ce même patrimoine, dont la jouissance et l'exercice restent aux mains paternelles, *domini quodammodò existimantur ;* aussi devient-il héritier nécessairement et sans acceptation à la mort du père ; car il ne fait alors que continuer un droit antérieur et latent. De ce point de départ, il découle d'abord que les fils de famille ne peuvent conclure aucun acte juridique ni avec leur père, ni entre eux ; ce serait conclure l'acte avec soi-même. On ne les admet pas davantage à servir de témoins dans les opérations des tiers avec leur père ; autrement ils seraient en quelque sorte leurs propres témoins. Enfin aucune action n'est possible pour aucune cause entre ces personnes légalement confondues dans une seule. On voit que l'incapacité des enfants est égale à celle des esclaves dans leurs rapports avec le chef de famille ; mais à la différence des esclaves, ils ont une capacité véritable en face des tiers, et s'obligent valablement, aussi bien par leurs délits que par leurs contrats ; seulement leurs créanciers n'auront, en principe, d'action efficace qu'après l'extinction de la puissance paternelle (*Gaius*, II, 87, 96, 157. — *Inst.* L. II, t. XIX, *De heredum qualitate et differentia*, § 2).

Cette énergique théorie s'affaissa progressivement. A partir du règne d'Auguste, elle fut battue en brèche par l'institution des pécules qu'on étudiera plus tard, et sous Justinien, on peut dire que les acquisitions du fils de famille ne profitent qu'à lui-même, sauf des exceptions en faveur du *pater*.

3° Unité de volonté. — Le père, seule tête juridique dans la maison, jouit du pouvoir absolu, qui se manifeste spécialement par des prérogatives exorbitantes sur la personne des enfants. C'est à ce point de vue que la *patria potestas* reste difficile à comprendre.

En effet, on a voulu la résoudre en un droit de propriété sur l'en-

fant de famille, qui ressemblerait tout à fait à l'esclave. Il est bien vrai, d'un côté, que cet enfant peut faire l'objet d'une sorte de revendication dans l'ancien temps, d'une mancipation à l'époque classique, et d'un vol encore sous Justinien. Mais, d'un autre côté, il conserve quand même son indépendance dans les rapports de droit public, et son père n'a jamais eu la force de lui enlever la liberté ni la cité (*Gaius*, I, 132. — *Inst.* L. IV, t. I *De obligationibus ex delicto* § 9. — L. 1, D. *De rei vindic.*, 6. 1. — L. 10, C. *De patria potestate* 8-47).

On a voulu aussi résoudre la *patria potestas* en une juridiction criminelle, en une magistrature domestique et irresponsable, dont le père serait investi ; or, s'il est certain que des auteurs classiques semblent énoncer une conception de ce genre, néanmoins on n'expliquera jamais de cette façon la faculté de revendiquer, de manciper l'enfant, etc. (Tite-Live, VIII, 7 ; Tacite, *Ann.* XIII, 32).

Chacune de ces deux idées de propriété ou de magistrature est donc insuffisante à rendre compte de la *patria potestas* sur la personne des fils de famille. Il faut les combiner ensemble, ou plutôt rattacher la rigueur de ce pouvoir à notre point de départ, qui est l'unité de personne dans la famille, d'où dérive l'unité de volonté, c'est-à-dire la volonté sans limites et sans contrôle. Les plus brutales conséquences en résultaient parfois, entre autres : le droit de vie et de mort, le droit d'abandon et le droit de vente.

Le *jus vitæ necisque ;* c'est le droit de vie et de mort sur l'enfant ; cette exagération odieuse disparut dès les Antonins, bien avant le triomphe du christianisme ; Constantin n'eut qu'à généraliser leurs décisions, en appliquant les peines du parricide au père meurtrier du fils, comme au fils meurtrier du père (L. 1, C. *De his qui parentes vel liberos occiderunt*, 9-17).

Le *droit de délaissement* : c'est la faculté d'exposer l'enfant ; Constantin fait passer le petit être ainsi délaissé de la puissance de son père sous la puissance de la personne qui l'a recueilli, et Justinien le déclare *sui juris* (L. 3 C. *De infantibus expositis*, 8-52).

Le *droit de mancipation* : c'est la faculté d'aliéner l'enfant par une vente symbolique, soit en dehors de toute spéculation et pour l'émanciper, le donner en adoption ou le livrer à la personne que son délit avait lésée (1), soit dans une vue de lucre et pour trafiquer de sa valeur. La première de ces deux applications n'existe plus

(1) Cette application de la mancipation constitue l'abandon noxal ; ce droit exor-

sous Justinien, qui a supprimé la mancipation. La seconde ne reste permise qu'à l'égard de l'enfant qui vient de naître, *sanguinolentus*, et dans le cas d'extrême misère des parents ; seulement le premier venu peut racheter en indemnisant l'acquéreur (L. 2 C. *De patribus qui filios suos distr.* 4.-43).

En résumé, le travail des siècles est fortement empreint sur la terrible puissance paternelle des Romains. Déracinée de son antique base civile, elle suit lentement une pente qui la rapproche du droit naturel. Au temps de Justinien, on n'en retrouve plus les effets exorbitants sur les biens ni sur la personne. Nous en examinerons quelques attributs spéciaux dans les matières du mariage, de la tutelle et du testament.

§ III

Sources de la puissance paternelle.

Les faits constitutifs de la puissance paternelle sont le mariage, la légitimation et l'adoption. Les deux premiers nous la procurent sur des enfants de notre sang, la troisième ordinairement sur des étrangers. En outre, la légitimation suppose un enfant né *sui juris*, et l'adoption s'applique tantôt à des personnes *sui juris*, tantôt à des personnes *alieni juris*. De là sort un principe : nul, s'il n'est placé sous la puissance paternelle par l'effet immédiat de sa naissance dans le mariage, n'y tombe contre son gré ; mais il n'est pas besoin d'un consentement formel, et l'on se contente de l'absence de toute opposition.

CHAPITRE IV

DU MARIAGE.

(*Inst.* I, t. IX, X.)

Le mariage, *matrimonium*, *justæ nuptiæ*, est la plus féconde des trois sources de la puissance paternelle. Les Romains en eurent une conception fort élevée, et ne connurent jamais la polygamie. On peut le définir l'union légale de l'homme et de la femme, en

bitant aboli par les empereurs chrétiens pour la fille fut supprimé à l'égard du fils par Justinien (Inst. L. IV, t. VIII, *De noxalibus actionibus*).

vue d'associer leurs existences et de fonder une famille. Justinien le qualifie de *viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens ;* il veut dire que le trait essentiel et caractéristique du mariage, c'est l'égalité parfaite de l'homme et de la femme, c'est l'unité de condition sociale. Il va de soi que la situation de l'époux détermine la situation commune, et que l'épouse monte ou descend à son niveau (*Inst.* L. I, t. IX *De patria potestate* § 2) (1).

PREMIERE SECTION

CONDITIONS D'APTITUDE AU MARIAGE.

Trois conditions sont requises en droit romain de qui veut contracter mariage : la puberté, le consentement et le *connubium*.

§ I

Puberté.

La puberté, qui est l'âge où l'homme acquiert la faculté d'engendrer, et la femme de concevoir, entraîne un grave changement dans la condition des personnes ; car elles deviennent alors capables d'aliéner, de tester, de contracter. Spécialement pour le mariage, il a bien fallu l'exiger, puisque l'objet principal de cet acte est la propagation des familles et la transmission à des enfants de la condition paternelle.

Pour déterminer le moment où se produit le passage de l'impuberté à la puberté, différents systèmes avaient été proposés ; mais le droit classique, confirmé par Justinien, fixa la puberté légale à l'âge uniforme de quatorze ans pour les garçons et de douze ans pour les filles (*Inst.* L I, t. XXII, *quibus modis tutela finitur, pr.*).

§ II

Consentement.

Il est bien clair que le mariage suppose essentiellement le consentement de l'homme et de la femme qui s'unissent ; c'est là un des

(1) Modestin donne du mariage une autre définition : *nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* ; le jurisconsulte faisait ainsi allusion à l'association de la femme aux *sacra privata* de son mari (L. 1, D. *De ritu nupt.* 23-2).

éléments de la formation même du mariage, plutôt qu'une des conditions d'aptitude; aussi en sera-t-il question ailleurs. Mais pour être apte à se marier, on doit souvent obtenir le consentement d'un tiers.

Dans nos idées et nos lois modernes, la faculté reconnue aux ascendants de permettre ou d'empêcher le mariage des descendants se fonde sur l'intérêt de l'enfant lui-même, et n'a d'autre raison que son âge. Ce point de vue est étranger au droit romain classique; l'enfant *sui juris* pubère se marie sans consulter personne. Le Bas-Empire fit un pas timide dans une voie nouvelle; il exigea pour le mariage des mineures de vingt-cinq ans, veuves ou filles, le consentement du père, ou de la mère, ou des proches parents à leur défaut; mais cette théorie nouvelle ne fut pas développée. (L. 18, 20 C. *De nuptiis* 5-4).

On peut donc, en négligeant cette exception tardive, affirmer que les idées et les lois romaines ne se préoccupent pas de protéger le descendant qui se marie. Elles n'exigent que le consentement du *paterfamilias*; en d'autres termes, la faculté de permettre et d'empêcher le mariage de l'enfant ne se fonde que sur l'intérêt du père; c'est un attribut essentiel de la *patria potestas*, et qui disparaît avec elle. De là vient que : 1° Si l'enfant *sui juris* contracte librement mariage dès sa puberté, l'enfant *alieni juris* au contraire, quel que soit son âge, a besoin du consentement de son père; 2° les ascendants maternels, la mère elle-même, ne sont jamais consultés; 3° s'il y a plusieurs ascendants paternels, par exemple le père et l'aïeul, la logique pure voudrait que le consentement de l'aïeul fût seul indispensable, et c'est en effet la décision admise pour le mariage de la petite-fille, *neptis;* quant au petit-fils, *nepos*, il lui faut les consentements réunis de l'aïeul et du père, si le père se trouve aussi dans la famille. La raison en est que les enfants du petit-fils, destinés à passer un jour sous la puissance du fils, deviendront sans doute à son égard *heredes sui;* or on ne doit jamais avoir d'héritiers siens malgré soi, *nemini invito heres suus agnascitur*. Le même danger ne provenait pas de l'union de la petite-fille, puisque ses enfants naissaient dans la famille du mari, et n'acquéraient pas les droits de *sui heredes* envers le grand père maternel (*Inst*. L. I, t. XI, *De adoptionibus* § 7 — *Conf*. C. C. art. 148-160).

Du reste, le consentement du *paterfamilias* n'était pas nécessairement formel; on se contentait d'une adhésion tacite. Mais elle devait précéder le mariage.

Refus ou impossibilité de consentir. — Le législateur et les jurisconsultes eurent à régler deux hypothèses spéciales : 1° Il pouvait d'abord arriver que le père s'obstinât à refuser son consentement au mariage de l'enfant, et la République lui en reconnaissait le droit ; mais du jour où les lois portées sous Auguste, et qu'on étudiera plus tard, attachèrent des peines au célibat en même temps que des avantages à la paternité légitime, le magistrat, préteur ou président de province, fut admis à forcer le consentement du père, c'est-à-dire peut-être à le suppléer. (L. 19 D. *De ritu nuptiarum* 23-2. — *Contrà* C. C. art. 204). 2° En d'autres cas, le père se trouvait hors d'état de consentir au mariage. Une impossibilité matérielle résultait de son absence ou de sa captivité ; on permit de bonne heure au fils comme à la fille de se marier quand même, par la raison que si le père n'autorisait point l'union, tout au moins il ne s'y opposait pas, et que l'intérêt commun de l'enfant et de l'État invitait à passer outre ; Justinien plus sévère exigea l'expiration d'un délai de trois ans à compter du commencement de la captivité ou de l'absence. Une impossibilité morale résultait de la folie du père ; la faculté de contracter mariage *sine interventu patris* fut reconnue dès l'ancien droit aux filles ; pour les fils, qui pouvaient en se mariant donner des *heredes sui* au père, l'autorisation impériale dut jusqu'à Marc-Aurèle remplacer l'autorisation paternelle ; une décision de ce prince laissa subsister encore quelques doutes, que trancha Justinien en faveur de la liberté du mariage, sans distinction entre les fils et les filles (*Inst.* L. I, t. X. *De nuptiis pr.* — L. 25. C. *De nuptiis* 5-4) (1).

§ III

Connubium.

On entend par *connubium* la capacité légale de contracter les justes noces. Il y a des personnes qui ne peuvent se marier avec qui que ce soit, on dit qu'elles manquent du *connubium absolu ;* d'autres ne peuvent se marier avec tel ou tel ; on dit qu'elles manquent du *connubium relatif.* Le *connubium* désigne donc tantôt la capacité absolue, tantôt la capacité relative (*Ulpien*, R. t. V. § 3).

Capacité absolue. — Sont absolument privés du *connubium* et

(1) Les jurisconsultes classiques ne s'entendaient pas sur la portée de la constitution de Marc-Aurèle ; les uns voulaient la restreindre aux enfants d'un père *mente captus ;* les autres voulaient l'appliquer même aux enfants d'un *furiosus.*

n'ont droit à se marier avec personne : 1° Les esclaves, puisqu'il leur manque le *status libertatis ;* 2° les Latins, les pérégrins et les barbares, puisqu'il leur manque le *status civitatis ;* mais ils peuvent acquérir le *connubium*, ou par l'acquisition de la cité, ou par une concession spéciale du prince ; 3° ceux qui sont déjà mariés, puisque la polygamie est interdite à Rome ; mais la dissolution du premier mariage leur en permet un second (*Inst.* L. 1, t. X, *De nuptiis* § 6-7. — *Gaius*, I, 56, 57).

Capacité relative. — En supposant deux personnes individuellement et séparément capables de contracter mariage, c'est-à-dire investies du *connubium* absolu, il est possible que le mariage demeure néanmoins interdit entre elles, c'est-à-dire qu'elles manquent du *connubium* relatif. La recherche des causes qui font obstacle à l'union de deux personne déterminées, forme la théorie des empêchements au mariage. Les Institutes laissent pressentir un assez grand nombre de ces empêchements ; on peut les ramener à deux catégories ; les uns reposent sur les exigences de la morale publique, les autres sur des considérations d'utilité sociale ou publique (*Inst.* L. I, t. X, *De nuptiis* § 11).

Les empêchements de morale publique tiennent surtout à la parenté ou à l'alliance.

Parenté. — La parenté est directe ou collatérale. 1° la parenté en ligne directe, *cognatio superior et inferior*, est le rapport qui existe entre deux personnes issues l'une de l'autre. Pour en compter les degrés, il suffit de compter les générations entre les deux personnes, une du père au fils, deux de l'aïeul au petit-fils, etc. Cette parenté en ligne directe, civile ou naturelle, adoptive ou réelle, provenue du mariage ou de toute autre union, fait absolument obstacle aux justes noces ; elle l'empêche *in infinitum*, c'est-à-dire quel que soit le nombre de degrés entre l'ascendant et le descendant. La prohibition survit même à sa cause dans le cas de l'adoption, en ce sens que l'adoptant ne pourra jamais épouser celle qui a été sa fille ou petite-fille adoptive (*Inst.* L. I, t. X, *De nuptiis* § 1. — *Conf.*, C C. art. 161).

La parenté en ligne collatérale, *cognatio ex transverso* ou *à latere*, est le rapport qui existe entre deux personnes qui descendent d'un auteur commun sans descendre l'une de l'autre. Pour l'évaluer exactement, on remonte de l'une à l'auteur commun, puis on redescend à l'autre, et le total des générations ainsi parcourues mesure les degrés, deux entre frères, trois entre oncle et nièce, tante et neveu, etc.

Cette parenté, civile ou naturelle, adoptive ou réelle, provenue du mariage ou de toute autre union, apporte seulement deux obstacles aux justes noces, premièrement entre frères et sœurs, qu'ils soient germains, utérins ou consanguins, secondement entre l'oncle ou grand-oncle, et la nièce ou petite-nièce, la tante ou grand'tante et le neveu ou petit-neveu (1). Mais à la différence de ce qui se passe pour la ligne directe, la prohibition ne survit plus à sa cause dans le cas de l'adoption, et l'on a le droit d'épouser une sœur adoptive, lorsque cette fraternité civile est brisée par l'émancipation (*Inst.* L. I, t. X. *De nuptiis* § 2, 3, 5. — *Conf.* C C. art. 162, 163, 164).

Alliance. — L'alliance, *affinitas*, peut dans une acception vague et large se définir le lien qui unit entre eux les parents des deux époux; dans un sens plus précis, c'est le lien qui unit chacun des époux aux parents de l'autre. Les degrés en sont déterminés de même façon que dans la parenté. Établie par le mariage, elle ne lui survit pas; aussi faut-il noter cette bizarrerie, que l'empêchement dont elle est cause se manifeste après qu'elle est dissoute; car avant la fin du mariage, l'alliance qui en résulte n'ajoute rien à l'impossibilité pour chaque conjoint de contracter une autre union. En ligne directe, l'alliance s'oppose aux justes noces avec la même énergie que la parenté, c'est-à-dire *in infinitum*; je ne peux épouser ni ma belle-mère, ni ma bru, ni la bru de mon fils; la fille que ma femme divorcée aurait eue d'un mariage postérieur, la fiancée de mon père, ou de mon fils, sont même par délicatesse assimilées à des alliées. En ligne collatérale, l'alliance ne faisait pas obstacle au mariage dans le droit classique; mais les empereurs chrétiens prohibèrent l'union du beau-frère et de la belle-sœur (*Inst.* L. I, t. X, *De nuptiis* § 6, 7, 9. — L. 5. C. *De incestis nuptiis* 5-5. — *Conf.* C. C. art. 161-162).

Outre la parenté et l'alliance, les Romains connurent d'autres prohibitions de mariage, plus ou moins étrangères à la morale et justifiées par des raisons de prudence et de politique; telles furent l'inégalité des conditions sociales, ou certaines différences de religion dans le Bas-Empire, ou des fonctions exercées en province, qui s'opposaient à l'union du fonctionnaire avec une femme de son

(1) L'empereur Claude voulant épouser sa nièce Agrippine fit décider par le Sénat que le mariage serait désormais possible entre un oncle paternel et la fille de son frère (*Gaius*, I, 62). Les fils de Constantin revinrent sur cette décision (L. 1, C. Th. *De incestis nuptiis*, 3-12).

ressort, etc. Ces empêchements, qui varièrent plus ou moins aux différentes époques de la législation romaine, n'offrent pas l'intérêt juridique des précédents ; il suffit d'en marquer ici la place.

§ IV

Sanction des conditions requises.

Le mariage conclu hors des conditions d'aptitude et contrairement aux règles précitées fait naître deux questions, l'une de droit criminel, l'autre de droit civil.

Sanction pénale. — En effet, une sanction pénale doit atteindre la bigamie et l'inceste. La *bigamie* est punie dans l'époux qui contracte un second mariage avant la dissolution du premier, et dans le père de famille qui l'y autorise; la peine est l'infamie au temps classique et la mort sous Justinien. Quant à l'*inceste*, il faut établir une distinction. On appelle inceste du droit des gens l'union de deux parents en ligne directe, qui répugne à la conscience de tous les peuples. L'inceste du droit civil consiste dans l'union des parents collatéraux ou d'alliés ; les règles morales en sont plus incertaines; aussi ce dernier n'entraîne-t-il pas de répression contre la femme, tandis que le premier n'admet aucune excuse. Les peines de l'inceste sont les unes corporelles, comme la relégation dans une île ; les autres pécuniaires, comme la confiscation de la dot, des donations *propter nuptias*, et certaines restrictions à la capacité de tester ; Justinien poussa dans certains cas la sévérité jusqu'à la mort (L. 1, D. *De his qui notantur infamia* 3-2 — *Nov.* 154).

Sanction civile. — Au point de vue civil, tout mariage dépourvu de l'une des conditions requises est comme s'il n'existait pas ; il n'y a ni mari, ni épouse : si la femme avait apporté des biens sous le nom de dot, cette fausse qualification ne saurait les soumettre aux règles de la dotalité. Les enfants ne sont pas légitimes ; la puissance paternelle ne les atteint point; on les considère même, bien que leur père soit connu, comme n'ayant pas de père ; on les range parmi les *spurii* ou *vulgò concepti* (*Gaius*, I, 64 — *Ulpien*, R, t. V, § 7).

Il faut apporter deux graves tempéraments à la rigueur de cette théorie. En premier lieu, lorsque la cause de la nullité du mariage est de nature à disparaître, le mariage nul se valide par la continuation de la vie commune après la suppression de l'obstacle ; il se forme alors en réalité un nouveau mariage exempt de vice ; aussi

ne vaudra-t-il que pour l'avenir, sans aucun effet rétroactif; les textes appliquent cette règle aux *nuptiæ* de l'impubère, ou du fils de famille marié sans le consentement paternel, ou du fonctionnaire en province (L. 11, D. *De statu hominum*, 1-5 — L. 4; L. 65, § 1. D. *De ritu nuptiarum*, 23-2). En second lieu, si l'un des époux au moins s'est marié dans l'ignorance du vice qui infectait l'union, le mariage nul produit en certains cas ses effets normaux en faveur des enfants, qui sont légitimes, et du conjoint ou des conjoints de bonne foi, pourvu qu'ils se séparent dès la découverte de l'empêchement. Cette curieuse décision d'abord appliquée par Marc-Aurèle à une hypothèse spéciale d'inceste du droit civil, semble plus tard généralisée pour toutes les unions irrégulières : on y trouve le germe de notre mariage putatif (L. 57, D *De ritu nuptiarum*, 23-2 — L. 4, C. *De incestis nuptiis* 5-5 — *Conf.* C. C. art. 201-202).

DEUXIÈME SECTION

FORMATION ET PREUVE DU MARIAGE.

En supposant deux personnes qui réunissent les trois conditions d'aptitude précédemment exigées, il reste à savoir comment elles réaliseront le mariage.

Formation. — Un point tout d'abord certain, c'est que le droit romain ne connaît pas à proprement parler de célébration du mariage; il ne prescrit ni l'intervention du pouvoir social dans la personne d'un officier public, ni des solennités ou formes sacramentelles (1). Les mœurs environnaient, il est vrai, les noces d'une pompe touchante et de cérémonies poétiquement décrites par les auteurs littéraires; mais ces fêtes domestiques étaient en dehors de la sphère des lois (*Conf.* C. C. art. 165-169).

Ainsi réduit aux proportions d'un acte essentiellement privé, le mariage était-il un contrat consensuel ou bien un contrat réel? Dans la première opinion, il y a mariage dès que l'homme et la femme *ont consenti à se prendre pour époux*; le second système exige en outre la tradition de la femme au mari. Ni l'une ni l'autre de ces

(1) On doit conclure de cette absence de toute célébration publique que les oppositions au mariage de notre Code civil devaient être complètement inconnues au droit romain (C. civ., art. 172-179). Faut-il en conclure aussi, comme on l'a prétendu, que les empêchements simplement prohibitifs n'existaient pas dans la pratique romaine? Nous ne le croyons pas (*infrà*, p. 50).

deux doctrines n'est entièrement vraie. Les Romains ont tenu le mariage au-dessus de toutes les divisions des contrats, parce qu'il en est le plus noble et le plus grand. La preuve, c'est que le propre de tout contrat est d'engendrer une action, et qu'on ne saurait citer l'action qui naît du mariage ; de plus, les contrats ne sont dissolubles que du gré des deux parties en règle générale, tandis que l'un ou l'autre des époux a le droit de divorcer.

Le mariage romain ne peut donc se qualifier ni de contrat réel ni de contrat consensuel; c'est un état de droit et de fait, dont la formation suppose des éléments indispensables : 1° *la volonté réciproque des parties ;* de là résulte, entre autres conséquences, qu'un fou ne se marie pas valablement en dehors de ses intervalles lucides, et que l'autorité paternelle n'est jamais allée jusqu'au pouvoir d'imposer à l'enfant un mariage contre son gré ; 2° *la mise de la femme à la disposition de l'homme :* en effet, parmi des textes significatifs, il en est un très simple et d'une clarté rare, où nous lisons qu'un homme absent peut se marier, et qu'une femme absente ne le peut pas; or, si le consentement des deux parties suffisait à les unir, l'une ou l'autre, éloignée de son domicile, serait indistinctement en droit de l'y transmettre par écrit ou *per nuntium*. La différence entre les deux cas tient donc à cette raison que, si la femme présente est conduite chez le mari absent, elle s'y trouve dès lors à sa disposition ; au contraire, quand la femme est absente, on aurait beau conduire le mari chez elle ; là n'est pas la maison conjugale, et l'épouse ne serait pas à la disposition de l'époux. Les Romains, comme on le voit, subordonnent la formation du mariage à la coexistence de deux éléments distincts, l'un moral, l'autre matériel, le consentement respectif et la possibilité de cohabitation. Le premier se manifestait d'une façon quelconque, écrite, verbale ou tacite ; on réalisait d'ordinaire le second en conduisant la femme chez le mari, par la *deductio in domum mariti ;* mais ce n'était là que le plus usuel des moyens d'arriver à la fin désignée (*Paul.* S. L. II, t. XIX, § 8 — L. 12, § 4 ; L. 14, § 1 ; L. 25, D. *De captivis* 49-15).

Preuve. — La preuve du mariage n'était pas régulièrement organisée à Rome comme en droit français ; aussi quand deux personnes vivaient maritalement, surgissait un délicat problème : leur union était-elle mariage ou concubinat ? En fait, cette lacune était à peu près comblée; car le mariage avait sa preuve écrite dans l'acte ordinairement rédigé pour constater la dot de la femme ou les autres con-

ventions matrimoniales, *instrumentum dotale*. A défaut de celle-là, les spectateurs de la fête de famille et de la solennité traditionnelle des noces fournissaient une preuve testimoniale. Subsidiairement, les jurisconsultes ont admis et les empereurs ont consacré des présomptions suffisantes ; entre personnes de condition honorable et pareille, *inter pares honestate personas*, la vie commune faisait supposer le mariage ; dans le cas contraire, *inter dispares honestate personas*, on présumait le concubinat. Il fut enfin décidé par Justinien que la cohabitation entre personnes ingénues serait toujours une présomption de mariage ; mais il exigea la rédaction d'un écrit pour les personnes *illustres* ou d'un rang supérieur (L. 22 ; L. 23, § 7 C. *De nuptiis* 5-4 — *Nov.* 64, ch. 4-5 ; *Nov.* 117, ch. 5 — *Conf.* C. C. art. 194-200).

TROISIÈME SECTION

EFFETS DU MARIAGE.

Le mariage produit d'importants effets, qu'il faut étudier au double point de vue des époux et des enfants.

§ I

Entre époux.

En laissant de côté la question déjà indiquée de l'alliance que le mariage établit entre chacun des époux et les parents de l'autre, arrivons aux rapports tant personnels que pécuniaires du mari et de la femme.

Rapports personnels. — La loi romaine consacre ici deux grandes obligations dont la source est dans la morale, et que proclament tous les Codes.

1° L'une est l'obligation *d'assistance ;* de là sort la dette réciproque d'aliments ; là se rattachent aussi la dispense de déposer en justice contre son conjoint, l'impossibilité de le poursuivre par une action infamante ou pénale, et le bénéfice de compétence dont il sera traité plus tard (L. 22, § 7 D. *Soluto matrimonio*, 24-3 — L. 4, D. *De testibus*, 22-5 — *Conf.* C. C. art. 212, 213. 214).

2° L'autre est l'obligation de *fidélité*, dont la violation constitue l'adultère, plus sévèrement puni à l'égard de la femme qu'à l'égard du mari ; en effet, le mari n'encourt que des peines pécuniaires, qui seront indiquées à propos de la dot ; la femme s'expose de plus

à des peines corporelles, la relégation d'abord, ensuite la mort depuis Constantin, et l'internement dans un cloître au temps de Justinien (*Ulpien*, R., t. VI, § 12, 13. — *Paul*, S. L. II, t. XIX, § 5. — L. 30, § 1, C. *Ad legem Juliam*, 9-9. — *Nov.* 134, ch. 10. — *Conf. C. Pénal*, art. 336, 339).

Outre ces deux conséquences principales du mariage, la femme partage la condition juridique du mari ; elle a de plein droit son domicile chez lui ; enfin le mari la représente en justice comme son mandataire présumé (L. 22, § 1 ; L. 32, D. *Ad municipalem*, 50-1. — L. 21, C. *De procuratoribus*, 2-13. — F. V. § 104).

Rapports pécuniaires. — Quant aux biens, la loi romaine, absolument étrangère à notre idée actuelle de la communauté, n'a tracé que deux systèmes ou régimes matrimoniaux (1). Le premier fut la concentration de la fortune des conjoints sur la tête du mari, dans le cas où le mariage s'accompagnait de la *conventio in manum*. Le second, trop étroitement qualifié de régime dotal, acquiert la prépondérance dès le droit classique et domine exclusivement sous Justinien ; il a pour trait essentiel la constitution d'un patrimoine destiné à supporter les charges du mariage, et dont le mari ne dispose en maître que jusqu'à la dissolution de la vie commune ; ce patrimoine se forme des apports de chaque époux ; l'un des apports est la *dot* venue du côté de la femme, et seule connue primitivement ; l'autre est la *donatio propter nuptias*, venue du côté du mari, et définitivement organisée par Justin et Justinien ; ce système a dès lors la forme d'un régime de double apport avec séparation de biens. Le mariage amène, en outre, une théorie propre pour les donations et successions entre époux, et relève chaque conjoint des incapacités infligées aux célibataires par les *leges caducariæ*. Ces divers points de droit seront développés sur les théories qu'ils concernent.

§ II

Envers les enfants.

L'effet le plus direct et le plus important du mariage à l'égard des enfants est de produire la filiation légitime ; elle leur vaut le

(1) Les époux pouvaient cependant, en organisant entre eux une société *totorum bonorum*, former une espèce de communauté conventionnelle s'appliquant à tous leurs biens (L. 16, § 3. D. *De alimentis legatis* 34-1).

titre de *justi liberi*, et sert de type pour caractériser les autres filiations, plus ou moins imparfaites, dont l'origine est en dehors des *justæ nuptiæ*.

Détermination. — La filiation légitime se détermine et s'établit, envers la mère, par le fait matériel et facile à constater de l'accouchement. Envers le père, on a dû remédier à l'impossibilité de la certitude directe par une présomption raisonnable, qui est passée des lois romaines dans nos lois françaises ; c'est l'adage célèbre : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, fondé sur la supposition que la femme mariée enfante des œuvres de son mari. On tire de là deux conséquences :

1° Le mari est réputé le père de tous les enfants conçus dans le mariage, c'est-à-dire nés depuis le commencement du septième mois ou le cent quatre-vingt-unième jour après la formation des *nuptiæ*, jusqu'à la fin du dixième mois ou trois cent unième jour après leur dissolution. En effet, dans l'opinion des jurisconsultes, la plus courte gestation est de cent quatre-vingts jours pleins, et la plus longue de trois cents jours pleins. Donc l'enfant mis au monde entre les deux limites indiquées peut appartenir au mari, et par conséquent lui appartient. Le mari est raisonnablement admis à renverser cette présomption, en établissant que dans la période où a dû avoir lieu la conception, et qui est de cent vingt jours depuis le trois cent-unième au plus tôt jusqu'au cent quatre-vingt-unième au plus tard avant la naissance, il s'est trouvé matériellement hors d'état de cohabiter avec sa femme, soit à cause d'absence, soit par suite de maladie ou d'accident. L'adultère de la femme n'autorise pas à lui seul le désaveu de l'enfant ;

2° Quant aux enfants simplement nés dans le mariage, c'est-à-dire avant le cent quatre-vingt-unième jour qui suit les noces contractées, où nés en dehors du mariage, c'est-à-dire après le trois cent-unième jour qui suit la dissolution, ils sont illégitimes dans le droit classique. Justinien attribue les premiers au mari, par la raison d'ailleurs plausible qu'ils auront été le plus souvent conçus de ses œuvres avant le mariage (L. 5, D. *De in jus vocando*, 2-4. — L. 12, D., *De statu hominem*, 1-5. — L. 3, § 11, 12, D., *De suis et legit. hered.*, 38-16. — L. 6, D. *De his qui sui vel alieni juris*, 1-6. — L. 11, C. *De natur. lib.*, 5-27. — *Nov.*, 89, ch. 8. — *Conf.* C. C. art. 312-318).

Preuve. — Il était ouvert aux intéressés quatre moyens de prou-

ver la filiation légitime. En premier lieu venaient les registres de naissance, en usage sous la République, et rendus obligatoires par Marc-Aurèle ; le père devait déclarer la naissance dans le mois. A défaut de ces registres, on pouvait invoquer la possession d'état d'enfant légitime ; la possession d'état faisant défaut, on pouvait se prévaloir du testament ou de la reconnaissance émanée du père et signée de trois témoins. Enfin et subsidiairement s'appliquait la preuve testimoniale, qui exigeait cinq témoins. L'action en reconnaissance de la paternité légitime s'appelait de *partu agnoscendo* (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 13. — L. 8 ; L. 14 ; L. 29, § 1, D. *De probationibus*, 22-3. — *Conf.* C. C. art. 319-330).

Effets. — Cette filiation procurait aux *justi liberi* deux avantages inégaux. Le moins important était la cognation ou parenté du sang, qu'ils acquéraient dans les lignes paternelle et maternelle ; il en résultait pour les ascendants le devoir d'éducation, pour les descendants le devoir de *reverentia*, de part et d'autre l'obligation alimentaire. Le plus précieux était l'agnation ou parenté civile, acquise seulement dans la ligne paternelle, et suivant une définition déjà donnée. De plus, la condition du père passait aux enfants, *liberi patrem sequuntur* (*Ulpien*, R. t. V, § 8. — L. 8, D. *De agnosc. liberis*, 25-3).

QUATRIÈME SECTION

DISSOLUTION DU MARIAGE.

Le mariage se dissout par la mort naturelle ou civile de l'un des époux et par le divorce.

Mort naturelle ou civile. — Il importait, à plusieurs points de vue, de distinguer si le mari ou la femme prédécédait. Ainsi le mari n'était pas obligé de porter le deuil de sa femme, et pouvait se remarier immédiatement. Au contraire, la femme devait attendre l'expiration du *legitimum tempus* ou délai de viduité, dix mois dans le droit classique, un an sous les empereurs chrétiens. La veuve contrevenante s'exposait à diverses peines, telles que l'infamie et la perte des libéralités entre-vifs ou testamentaires de son mari ; mais son union n'était pas nulle ; il y a donc là un incontestable exemple de ces empêchements que nous appelons prohibitifs dans notre langue moderne. La raison primitive de cette règle fut la crainte de la *turbatio sanguinis* ou confusion de part, et

finit par se corroborer d'un motif de convenance (L. 1 ; L. 11, § 1-4, D. *De his qui not. inf.*, 3-2. — L. 1, 2. C. *De secundis nuptiis*, 5-9. *Conf.* CC., art. 228).

Quant à la mort civile, on entend par là toute *maxima* ou *media capitis deminutio* de l'un des époux, c'est-à-dire toute perte de la liberté ou de la cité. A l'époque des jurisconsultes, la servitude brise toujours le mariage ; on n'excepte, par application du *postliminium*, que le cas où les deux époux, faits prisonniers ensemble, subissent ensemble l'esclavage et reviennent en même temps. Depuis Justinien, la *servitus pœnæ* est abolie, et la captivité n'opère dissolution du mariage qu'après cinq ans. La déportation ou l'interdiction de l'eau et du feu, en supprimant le *jus civitatis*, fait disparaître le *connubium*, et partant les *justæ nuptiæ ;* le mariage du droit civil se transforme en mariage du droit des gens ; le condamné perd sa *patria potestas* sur les enfants déjà nés et ne saurait l'acquérir sur les enfants à naître, puisqu'ils seront pérégrins à son image (L. 5, § 1, D. *De bonis damnatorum*, 48-20. *Inst.* L. I, t. XII, *Quibus modis jus pot. solv.*, § 1. — *Nov.* 22, ch. 7).

Divorce. — Le divorce est la séparation volontaire et régulière qui met fin au mariage. Si la loi romaine l'autorisa dès l'origine, il n'entra dans les mœurs qu'aux approches de l'empire ; mais il prit dès lors une extension scandaleuse ; historiens, poètes et moralistes en flétrirent l'abus (1). Le principe du divorce resta néanmoins inébranlable et respecté, si bien qu'on déclarait nulles toutes conventions destinées à le prohiber ou même à le gêner entre deux conjoints (L. 2, C. *De inutil. stip.*, 8-39).

Comment se réalisait-il ? Le divorce offre deux aspects. 1° Ou bien, sous le nom spécial de *divortium*, il s'opérait par le consentement mutuel des deux époux, *bona gratia ;* aucune forme légale ne lui fut imposée ; au début du règne de Justinien, il ne relevait encore que de la convention des parties. Mais plus tard, en 542, Justinien le défendit en thèse générale, à moins qu'il n'intervînt *propter castitatem*, c'est-à-dire amené de part et d'autre par la volonté de vivre désormais dans une absolue continence. 2° Ou bien, sous le nom spécial de *repudium*, il s'opérait par la répudiation, qui était le refus unilatéral de l'un des conjoints de continuer

(1) Aulu-Gelle nous raconte que le premier exemple de divorce fut donné par un certain Spurius Carvilius Ruga, vers 519 ou 523 de Rome (*Nuits attiques*, IV, 3, § 2. XVII, 21, § 44).

la communauté d'existence ; libre de formes jusqu'au règne d'Auguste, la volonté de répudier ne fut plus valablement exprimée, à partir de la loi *Julia de adulteriis*, qu'en présence de sept témoins, citoyens et pubères (L. 9, D. *De divortiis*, 24-2. — *Nov.* 22, ch. 4; *Nov.* 117, ch. 10).

Des précautions avaient été prises par le sénatus-consulte Plancien et l'édit du préteur, pour écarter l'une ou l'autre des deux supercheries à craindre d'une femme divorcée, la *suppositio partûs* ou la *suppressio partûs*, c'est-à-dire la fiction ou la dissimulation de la maternité (L. 1. D. *De agnoscendis liberis*, 25-3. *Paul*, S. L. II, t. XXIV).

Les empereurs chrétiens devaient être plus sévères pour le *repudium*, et l'on peut ainsi résumer l'ensemble de leurs décisions : dans le dernier état du droit romain, est seul permis sans obstacle le divorce pour causes légitimes et déterminées, telles que l'adultère ou l'inconduite grave de la femme, l'impuissance du mari, etc. Le divorce sans cause et pour causes frivoles fait encourir à l'époux qui en est coupable une incapacité plus ou moins longue de se remarier, et quelquefois la déportation. Des peines pécuniaires sont en outre infligées au conjoint qui fournit la cause légitime du divorce, ou qui divorce sans cause légitime (L. 8, 11 C. *De repudiis*, 5-17 — *Nov.* 22; *Nov.* 117).

Effets de la dissolution. — A la dissolution du mariage, les époux, libérés de leurs obligations mutuelles, reprennent ou gardent la dot ou la donation *propter nuptias*, suivant des distinctions qu'il n'est pas encore temps d'établir. Si la dissolution provient de la mort de l'un des époux, les enfants nés du mariage sont confiés au survivant, à moins que le père n'en ait disposé autrement dans son testament ; en cas de divorce, on accorde généralement la préférence à l'époux innocent. Dans le droit de Justinien, les enfants concourent avec le parent survivant pour des portions viriles sur la nue propriété de la dot ou de la donation *propter nuptias* (*Nov.* 98, ch. 1, 2; *Nov.* 117, ch. 8).

Secondes noces. — Le paganisme n'attachait aucune défaveur aux secondes noces ; elles étaient même indispensables, sous les lois caducaires, pour échapper aux peines du célibat dans le veuvage. Mais Constantin ayant supprimé les déchéances qui frappaient les célibataires, le christianisme ne tarda pas à voir les seconds mariages de mauvais œil, surtout dans le cas où des enfants survi-

vaient à l'union dissoute. Aussi prit-on des mesures restrictives ; par exemple, la mère qui convolait à de secondes noces perdait l'éducation des enfants du premier lit, et la tutelle sous Justinien ; le conjoint remarié se voyait dépouillé, à leur profit, de la nue propriété des gains nuptiaux qui résultaient de son précédent mariage ; enfin il ne pouvait laisser à son nouveau conjoint au delà d'une part d'enfant du premier lit le moins prenant ; la libéralité était nulle pour le surplus (L. 1. C. *De caducis tollendis*, 6-2 — L. 6. C. *De secundis nuptiis*, 5-9 — *Nov.* 22. *Conf.* C. C. art. 394, 1098).

APPENDICE

UNIONS LÉGALES AUTRES QUE LE MARIAGE.

Le droit romain reconnaît trois unions inférieures, qui diffèrent sensiblement du mariage : le *concubinatus*, le *matrimonium injustum*, le *contubernium*.

Concubinatus. — Au-dessous des justes noces, les mœurs plaçaient une autre association domestique, le *concubinatus;* on le nomme concubinat dans notre langue, pour le distinguer nettement de ce que nous appelons concubinage. Cette liaison, quoiqu'on ait pu dire, ne constituait pas une débauche ; les jurisconsultes la distinguaient avec soin des unions illicites et les lois civiles et religieuses l'avaient complètement acceptée : *concubinatus per leges nomen assumpsit* (L. 3, § 1. D. *De concubinis*, 25-7 — L. 34 pr. D. *Ad legem Juliam de adulteriis*, 48-5).

Le concubinat exigeait à peu près les mêmes conditions d'aptitude que le mariage. Ainsi, comme le mariage, il reposait sur le principe de la monogamie et supposait tant la puberté que le consentement du père de famille. De même, les prohibitions de mariage fondées sur la morale se retrouvent ici ; le concubinat ne saurait exister entre parents ou alliés. Mais les empêchements d'utilité politique ou sociale ne le concernaient pas ; car sa raison d'être et son importance furent précisément dans le moyen qu'il donna de les tourner. Par exemple, le gouverneur de province pouvait prendre en concubinat une *provincialis* de son ressort, et généralement tout citoyen était libre de choisir pour *concubina* la femme qu'une différence de condition ne lui permettait pas d'épouser (L. 56 D. *De ritu nuptiarum*, 23-2 — L. 1 § 4 ; L. 5 D. *De concubinis*, 25-7 — L. 1. C. *De concubinis*, 5-26).

Le concubinat se formait comme le mariage par la volonté des parties et la mise de la femme à la disposition de l'homme ; l'intention seule des contractants déterminait l'union contractée et la distinguait des justes noces : *concubina ab uxore solo dilectu separatur*. Cette intention n'était point douteuse dans les cas où la loi s'opposait aux *justæ nuptiæ ;* pour toute autre hypothèse, la preuve en résultait des modes déjà signalés (*suprà*, p. 47; *Paul*. S. L. II, t. XX § 1).

Le concubinat manquait de l'élément essentiel du mariage, qui est l'indivisibilité juridique des conditions ; la femme n'acquérait ni la situation sociale, ni le domicile de l'homme. La sanction rigoureuse de l'adultère ne s'attachait pas non plus au *concubinatus*, si ce n'est entre le patron et l'affranchie ; les donations restaient permises, la constitution de dot et les donations *propter nuptias* étaient impossibles. Ces marques de l'infériorité de la concubine tenaient à ce qu'elle n'était ordinairement ni de très haute classe, ni de passé bien irréprochable ; aussi les noms vénérés d'*uxor* et de *mater familias* ne lui appartenaient-ils pas (L. 13, D. *Ad leg. Jul. de adult.* 28-5 — L. 3 § 1 D. *De donat.* 24-1).

Quant aux enfants, on les appelait *liberi naturales ;* à l'égard de la mère, ils avaient la même situation que des enfants légitimes, c'est-à-dire qu'ils étaient ses cognats ; mais à l'égard du père, ils n'étaient pas agnats. La puissance paternelle et la famille civile leur demeuraient donc étrangères.

Le concubinat prenait fin à la mort des parties ou par leur volonté, en dehors des règles du divorce (1).

Matrimonium injustum. — Le *connubium* supposant la *civitas ;* les *justæ nuptiæ* étaient impossibles entre Latins, entre pérégrins, entre Latins et pérégrins, entre Latins ou pérégrins et Romains. Cependant de telles unions se contractaient souvent, et les ramener au concubinat eût choqué plus d'une fois le bon sens et la justice. On en vint à les considérer comme un mariage d'ordre inférieur; le mariage du droit des gens ; cette union porte dans les textes différents noms : elle s'appelle *matrimonium sine connubio*, *matri-*

(1) Les empereurs chrétiens s'efforcèrent de diminuer la fréquence du *concubinatus*, en frappant les *liberi naturales* de certaines incapacités et en organisant la légitimation par mariage subséquent. Toutefois, le concubinat se maintint comme institution légale même après Justinien ; il ne fut aboli en Orient qu'au IX^e^ siècle de l'ère chrétienne par une Novelle de l'empereur Léon le Philosophe (*Nov.* 91).

monium non legitimum ou enfin *matrimonium injustum.* (L. 37 § 2. D. *Ad municipalem*, 50-1). D'ailleurs ce mariage fut presque effacé par la constitution de Caracalla, qui accorda la cité et par suite le *connubium* à tous les habitants de l'Empire; Justinien le fit disparaître tout à fait en supprimant les Latins juniens et les déditices. On s'explique ainsi l'absence de documents et de textes suffisants pour élucider cette intéressante question de *jus gentium*.

Tout ce qu'on peut dire, c'est que le mariage, intermédiaire entre le concubinat et les justes noces, conférait sans doute à la femme le rang social et la condition juridique de l'homme, sans lui communiquer cependant ni sa nationalité ni peut-être son domicile. Il créait entre les époux un devoir de fidélité conjugale, qui rendait punissable l'adultère de la femme ; seulement le mari n'était pas armé pour cette accusation d'un droit aussi fort que dans les *justæ nuptiæ*. Enfin des conventions matrimoniales étaient possibles, sous toute autre forme que le régime dotal proprement dit, et il n'existait pas de succession entre époux. Les enfants, attribués au mari par application de la maxime *pater is est*, l'avaient pour père légalement certain ; mais ils n'étaient pas en sa puissance, et suivaient la condition de leur mère, sauf quelques dispositions spéciales (*Ulpien*, R. t. V, § 8. — L. 13, § 1. D. *Ad leg. Jul. de adult.* 48-5. — L. 1. D. *Unde vir et uxor*, 38-11).

Cette union prenait fin par le divorce, par la mort des époux et par tous les faits de nature à la transformer en *justæ nuptiæ*, c'est-à-dire par la *causæ probatio*, l'*erroris causæ probatio* et la concession expresse du *jus civitatis*.

Contubernium. — Le *contubernium* est l'union continue de deux esclaves, ou d'une personne libre et d'un esclave. La formation ni le maintien n'en peuvent jamais dépendre de la seule volonté des parties, puisque l'une au moins appartient à un maître. La femme libre était écartée du *contubernium* avec l'esclave d'autrui par le sénatus-consulte Claudien, et la peine de mort menaça depuis Constantin celle qui s'y livrerait avec son propre esclave.

Cette union n'était guère qu'un pur fait, étranger aux lois. Cependant la parenté de sang dont elle était la source, *cognatio servilis*, produisait après la manumission un certain droit successoral et des empêchements de mariage. En outre, les jurisconsultes recommandaient la tolérance pour ce genre de lien, et n'admettaient pas facilement l'acheteur de deux esclaves ainsi unis, à ne résilier la

vente que pour l'un des deux (*Inst.* L. I. t. X, *De nuptiis*, § 10 ; L. III, t. VI, *De gradibus cognationis*, § 10 — L. 35 D. *De ædilitio edicto*, 21-1 — L. 1. C. *De mulieribus quæ cont.* 9-11).

CHAPITRE V

DE LA LÉGITIMATION.

(*Inst.* L. I, t. X, § 13.)

La légitimation, deuxième mode de constitution de la puissance paternelle, la procure au père sur l'enfant postérieurement à sa naissance.

On appelle *liberi justi* les descendants issus des *justæ nuptiæ*, tous les autres sont des *liberi injusti*. La situation de ces derniers est uniforme en ce sens qu'ils suivent la condition maternelle, et qu'ils sont *sui juris*.

Mais sous un autre aspect, les *liberi injusti* se subdivisent en deux classes. Les uns ont un père certain ; ce sont les enfants nés des trois unions légales autres que les justes noces, c'est-à-dire du concubinat, du *matrimonium injustum* et du *contubernium*. Les aulres n'ont pas de père certain ; ce sont les enfants nés d'un rapprochement fortuit, d'une liaison passagère ou d'un mariage nul ; on les nomme *spurii* ou *vulgo concepti*. L'intérêt de cette subdivision est double : 1° Les enfants dont le père est certain se rattachent à leur père au point de vue de la *reverentia*, de la cognation et de l'obligation alimentaire, les *spurii* ne se rattachent jamais qu'à leur mère ; 2° les *liberi injusti* qui ont un père connu peuvent tomber sous la puissance paternelle par certains modes spéciaux, qui constituent la légitimation au sens général du terme.

Car si le mot de légitimation n'est pas connu dans le droit classique, la chose existe sans contredit pour les enfants nés d'un *matrimonium injustum* ; on les voit tomber après coup sous la *patria potestas* par des voies déterminées, dont la plus directe est la concession impériale, *principale beneficium*. Dans la seconde moitié de l'empire, Constantin et ses successeurs imaginent le moyen d'élever au rang d'enfants légitimes les enfants nés du concubinat ; c'est la légitimation proprement dite. Or le *matrimonium injustum*

disparaît vers cette époque ; dès lors on aperçoit que le concubinat et la légitimation sont deux institutions étroitement corrélatives.

La légitimation peut se définir un acte civil qui met sous la puissance de leur père des enfants issus du concubinat ou *liberi naturales*. Elle se distingue en légitimation parfaite ou imparfaite suivant les effets qu'elle produit.

§ I

Légitimation parfaite.

Le droit impérial nous présente deux modes de légitimation parfaite : la légitimation par mariage subséquent et la légitimation par rescrit du prince.

I. *Légitimation par mariage subséquent*. — Après divers essais provisoires de Constantin et de Zénon, l'empereur Anastase, en l'année 517 de notre ère, posa définitivement et pour l'avenir le principe de la *légitimation par mariage subséquent*, qui est passée dans notre droit (*Conf.*, C. C. art. 331-333).

La légitimation par mariage subséquent ne tend pas à justifier les suites d'un commerce prohibé ; elle suppose l'union très légale et très licite du concubinat, qui rend la paternité certaine. Pour transformer par ce procédé les *liberi naturales* en *liberi justi*, il faut quatre conditions : 1° un mariage valable entre deux anciens concubins ; 2° que ce mariage ait été possible lors de la conception de l'enfant ; ainsi les enfants conçus d'un fonctionnaire et d'une *provincialis* de son ressort ne seront pas légitimés par le mariage qu'il pourra régulièrement contracter *post depositum officium;* à plus forte raison se trouvent exclus les enfants incestueux ou adultérins ; 3° qu'un acte de dot, *instrumentum dotale*, ait été rédigé, non pour valider le mariage qui n'en a pas besoin, mais pour le rendre manifeste ; 4° que l'enfant ne s'oppose pas à la légitimation ; en n'exigeant pas un consentement exprès, on rend l'institution applicable aux impubères en bas âge, même aux êtres simplement conçus et pas encore nés. Avant Justinien, deux autres conditions étaient requises, à savoir l'inexistence d'enfants d'un précédent mariage et l'ingénuité de la concubine ; mais ce prince les effaça. Dans son désir de supprimer à cet égard toute différence entre les ingénues et les affranchies, il alla jusqu'à décider que le mariage d'un patron avec sa *liberta* légitimerait les enfants qu'elle lui aurait

donnés durant l'esclavage ; c'est une exception à la nécessité du *connubium* lors de la conception, et le seul cas où la légitimation profite à des enfants issus *ex contubernio* (L. 5, 6, 10, 11, C. *De naturalibus liberis*, 5-27. — *Inst.*, L. I, t. X, *De nuptiis*, § 13. — *Nov.*, 18, ch. 11 ; *Nov.* 78).

II. *Légitimation par rescrit du prince.* — Cette théorie offrait une lacune grave. L'impossibilité du mariage s'opposait au désir du père de légitimer ses *liberi naturales*, dans les cas de mort, absence, indignité ou refus de la mère. Justinien imagina la *légitimation par rescrit du prince*, essentiellement subsidiaire à la légitimation par mariage subséquent ; on en signale deux applications. Tantôt le père sollicite lui-même la décision impériale ; les conditions requises sont l'inexistence de descendants légitimes, et sans doute aussi l'adhésion au moins tacite de l'enfant. Tantôt, si le père est mort en exprimant dans son testament le vœu que l'enfant soit légitime, celui-ci s'adresse lui-même à l'empereur. Il est bien clair que, dans l'une ou l'autre hypothèse, l'effet juridique procède du rescrit de l'empereur ou *beneficium principale ;* la prétendue légitimation *ex testamento*, distinguée par quelques auteurs et peut-être par Justinien lui-même, n'est donc qu'une chimère (*Nov.* 89, ch. 9).

Les deux modes de légitimation dont il vient d'être question présentaient le même caractère et produisaient des effets identiques. L'un et l'autre en effet avaient pour cause l'intention louable d'ennoblir les enfants du concubinat, inférieurs dans l'idée chrétienne aux enfants du mariage. L'un et l'autre avaient pleine efficacité ; les enfants ainsi relevés pour l'avenir acquéraient tous les droits de la filiation légitime ; ils tombaient avec leurs propres descendants sous la *patria potestas*, qui leur procurait, envers le père et toute la famille paternelle, l'agnation et ses grandes conséquences de tutelle ou de succession. Mais ces résultats n'étaient pas rétroactifs; par exemple, le légitimé ne pouvait prétendre aux successions ouvertes avant son entrée dans la famille civile (*Inst.*, L. I, t. XI, *De adoptionibus*, § 11. — *Nov.* 89, ch. 8).

§ II

Légitimation imparfaite.

La légitimation imparfaite se produisait par l'oblation à la curie, *per oblationem curiæ.*

Ce mode de légitimation fut imaginé dès l'année 442 ou 443 de notre ère par Valentinien et Théodose qui le firent immédiatement entrer dans la législation à titre d'institution définitive et permanente.

On entend par *curia*, dans le Bas-Empire, une sorte de sénat municipal ; il en existe dans toutes les cités, et jusque dans les chefs-lieux de villages, *metrocomiæ*, cantons. Les membres de ces petits sénats, *curiales* ou curions, jouissent de certaines prérogatives, telles que l'aptitude exclusive aux honneurs municipaux, et l'exemption de certaines peines rigoureuses ou déshonorantes, fustigation, mines, torture. Mais ces privilèges sont plus que balancés par des charges écrasantes ; les *curiales* doivent notamment avancer de leurs deniers à l'État l'impôt foncier et l'impôt personnel, *jugatio et capitatio*, et l'insolvabilité des contribuables, fréquente dans ces temps de misère, rend trop souvent leur recours illusoire. Aussi cherchait-on de tous côtés à fuir ces dangereuses fonctions de la curie. Les empereurs en organisèrent le recrutement par diverses mesures de violence ou d'adresse ; la plus efficace fut l'hérédité de la dignité de curion. Or les enfants du concubinat, étrangers à la condition paternelle, n'avaient pas le fardeau de cette pénible succession ; de là vint que Théodose et Valentinien permirent au père de légitimer ses *liberi naturales* en les offrant à la curie de sa patrie, qu'il fût ou non lui-même *curialis*.

Avant Justinien, trois conditions étaient exigées ; il fallait : 1° que le père donnât à son fils naturel au moins vingt-cinq arpents de terre ; 2° que l'enfant ne s'opposât point à la légitimation ; 3° que le père n'eût pas d'enfants légitimes. Justinien supprima la dernière de ces trois conditions, et déclara la légitimation applicable même au fils d'une esclave, sous la double réserve que le père serait *curialis* et n'aurait pas de *liberi justi*. Enfin les enfants naturels, dans le cas de prédécès du père sans postérité légitime, eurent le droit de s'offrir eux-mêmes à la curie.

Quant aux filles, exclues des charges publiques, le bénéfice de cette institution leur fut néanmoins communicable dès l'origine ; il suffisait de les marier à un décurion, avec une dot de vingt-cinq arpents de terre.

Mise en parallèle avec la légitimation par mariage subséquent ou par rescrit, la légitimation par oblation à la curie est justement qualifiée d'imparfaite. Car elle ne procède pas de la même cause morale ; elle a moins en vue le relèvement social des enfants natu-

rels que l'intérêt politique et fiscal de la constitution des curies. Les effets en sont aussi moins énergiques. L'enfant tombe bien sous la *patria potestas;* mais il ne devient agnat que de son père, et non des autres parents paternels; envers le père lui-même, s'il y a des enfants légitimes, il est inhabile à recevoir, par suite de dispositions testamentaires, plus que ne recueille l'enfant légitime le moins prenant (L. 9, C. *De natural. liberis,* 5-27. — *Inst.,* L. I, t. X, *De nuptiis,* § 13. — *Nov.* 89, ch. 2-5).

CHAPITRE VI

DE L'ADOPTION.

(*Inst.* I, t. XI.)

L'adoption, troisième et dernière source de la puissance paternelle, diffère du mariage et de la légitimation par deux caractères bien tranchés.

D'abord elle procure le plus souvent la puissance paternelle sur des enfants d'autrui ; on les appelle *liberi adoptivi*, en les opposant aux enfants du sang, nommés dans cette acception *naturales liberi*. Ensuite, si le mariage toujours et la légitimation d'ordinaire sont des actes privés, l'adoption est un acte essentiellement public.

L'adoption, très rare chez nous, était d'un usage fréquent à Rome. Dans l'ordre politique, elle servait à la conservation des noms illustres et des races glorieuses, avec leur culte domestique et leurs vieux souvenirs. Dans l'ordre civil, elle fournissait un moyen d'ouvrir la famille légale aux parents de la nature ou cognats, trop dédaignés par l'ancien droit et jusqu'à l'organisation d'une légitimation régulière sous le Bas-Empire, elle en remplit l'office; car il suffisait d'adopter les enfants du concubinat pour les transformer en *justi liberi*.

L'adoption se définit : un acte solennel, dont l'effet classique est de mettre un citoyen romain sous la puissance paternelle d'un autre citoyen romain, en les reliant artificiellement par un rapport de filiation légitime. De cette définition sort un principe célèbre, *adoptio naturam imitatur*.

Dans le Bas-Empire, on rencontre quelques cas, inconnus des

jurisconsultes de la grande époque, où l'adoption n'a plus son résultat normal de créer la puissance paternelle. Cette observation conduit à distinguer l'adoption régulière et l'adoption irrégulière.

PREMIÈRE SECTION

ADOPTION RÉGULIÈRE.

L'adoption régulière ou *plena*, la seule qui fut usitée à l'époque classique, fait acquérir la puissance paternelle, tantôt sur une personne *sui juris* qui se donne elle-même, tantôt sur une personne *alieni juris* qui est donnée par son *pater*. La première application se nomme *adrogatio*, la seconde *adoptio* proprement dite.

§ I

Conditions de formes.

Les formes de l'une et de l'autre diffèrent profondément.

Formes de l'adoption. — S'agit-il d'une adoption proprement dite? l'enfant doit sortir d'une puissance paternelle pour entrer sous une autre. Le père épuise donc sa *patria potestas*, sur la fille ou le petit-enfant par une seule mancipation, sur le fils par trois mancipations, dont les deux premières sont suivies de deux affranchissements qui remettent le fils sous le joug du père, et dont la troisième seule l'en libère définitivement. Dans cette situation, le père dépouillé de la *patria potestas*, le tiers investi du *mancipium*, et l'enfant se rendent devant le magistrat pour procéder à une *cessio in jure* (procès fictif en revendication) ; le tiers réclame l'enfant comme sien, le père acquiesce ou se tait, et le préteur par une déclaration appelée *addictio*, proclame que l'enfant appartient au tiers ; l'adoption est faite. Ce procédé paraît plus étrange que logique ; car on y voit passer de la tête du premier père sur la tête du second une puissance paternelle qui n'est plus. Justinien a bien fait de remplacer ce mécanisme incohérent; dans son nouveau droit, l'adoption résulte d'une déclaration du père au magistrat, en présence de l'adoptant et de l'adopté, le tout consigné sur les registres officiels ou *acta publica* (*Gaius*, I, 101 — *Inst.* L. I, t. XI, *De adopt.* § 1 — *Ulpien*, R. t. X, § 1 — L. 11 C. *De adopt.* 8-48 — *Conf.* C. C. art. 353 et s.).

Formes de l'adrogation. — S'agit-il d'une adrogation? alors intervient, non plus le magistrat, mais le législateur. Trois périodes sont faciles à discerner. 1° Sous la République, l'adrogation relève des pontifes et des comices par curies; les pontifes font une enquête sur la situation et les mobiles de l'adrogeant; le projet revêtu de leur approbation est porté devant les comices, où le *magistratus senatorius*, par exemple le consul, demande successivement à l'adrogeant, à l'adrogé et au peuple s'ils consentent à l'adrogation; elle tire son nom de ces trois *rogationes*. 2° Plus tard, déjà même au temps de Cicéron, les curies ne se réunissent plus; trente licteurs sous la présidence du magistrat en sont le simulacre, et quoique les jurisconsultes, fidèles à la théorie, attribuent encore l'adrogation aux comices, Tacite a le bon sens de n'y voir désormais que l'œuvre des pontifes. 3° Enfin, suivant le cours général des institutions romaines, l'empereur s'arroge cette attribution comme les autres, et le changement paraît consacré dès le règne de Dioclétien. L'adrogation se fait alors *principali rescripto;* le magistrat est chargé de l'enquête et de la constatation du rescrit dans les *acta publica* (*Gaius*, I, 98 — Tacite, *Hist.* I, 15 — *Inst.* L. I, t. XI, *De adopt.* § 1 — L. 2, 6. C. *De adopt.* 8-48) (1).

Parallèle. — Comme on le voit, la volonté des parties est plus libre dans l'adoption que dans l'adrogation; car le magistrat ne peut refuser son concours à l'adoption, tandis que le législateur est souverainement maître d'accepter ou de rejeter l'adrogation. Ce n'est d'ailleurs que justice. L'adoption a pour objet unique de déplacer une puissance paternelle, elle ne touche pas à l'ensemble des familles romaines; au contraire, par l'adrogation, une personne *sui juris* devient *alieni juris*, un *pater familias* change d'état, éteint son foyer, renverse ses autels et fait disparaître une famille. Cette modification profonde dans la composition de la cité demandait le concours et l'acquiescement de la cité.

A cette différence capitale s'en rattachaient quelques autres; ainsi : 1° la présence de magistrats dans les provinces rendait l'adoption possible en tous lieux; mais l'adrogation, tant qu'elle n'émana

(1) Les auteurs littéraires parlent quelquefois d'une adrogation se faisant par testament; ainsi Suétone nous apprend qu'Octave fut adopté de cette manière par César (Suétone, *César*, n° 83). Mais cette adoption n'obtenait son effet que par un rescrit impérial, de telle sorte que ce n'était pas la volonté du testateur qui opérait l'adrogation, c'était toujours l'autorité législative.

point d'un rescrit impérial, ne fut praticable qu'à Rome, au siège des comices; 2° le consentement de l'adrogé devait être formel, puisqu'il intervenait sur une *rogatio* spéciale; quant à l'adopté, il suffisait du défaut d'opposition de sa part, ce qui permettait l'adoption de l'*infans* ou du fou.

D'un autre côté, les formes de ces deux opérations n'étaient pas sans ressemblance; ainsi : 1° l'une et l'autre exigeaient la présence de l'adopté ou de l'adrogé; cette règle tomba sans doute pour l'adrogation, du moment qu'elle se fit par rescrit; 2° ni l'une ni l'autre ne supportaient de terme ou de condition; car elles tendaient à constituer la *patria potestas*, qui ne saurait se comprendre temporaire ou conditionnelle (L. 34, D. *De adoptionibus* 1-7. — L. 77 D. *De regulis juris* 50-17).

§ II

Conditions de personnes.

Toutes les personnes indistinctement ne sont pas admises à figurer dans l'adrogation ou dans l'adoption.

Rôle actif. — Pour jouer le rôle d'adoptant ou d'adrogeant, il faut avoir l'aptitude juridique et physique à la puissance paternelle. Or, sont juridiquement incapables d'acquérir la puissance paternelle, et partant d'adroger et d'adopter : 1° les esclaves; 2° les non citoyens; 3° les femmes; 4° les fils de famille.

Sont physiquement incapables les eunuques ou castrats, *castrati*; si l'on admet, au contraire, la validité de l'adrogation ou de l'adoption faite par un impuissant, *spado*, de même que la validité de son mariage, c'est par le motif que l'impuissance naturelle défie toute constatation positive. Outre l'aptitude physique à devenir père en général, on doit pouvoir être spécialement le père de la personne qu'on adopte ou qu'on adroge, c'est-à-dire, avoir la puberté pleine, au moins dix-huit ans de plus qu'elle (*Inst.* L. I, t. XI, *De adoptionibus* § 4, 9, 10).

Ces conditions sont exigées dans l'adoption comme dans l'adrogation. Mais l'adrogation en requiert deux autres : la loi veut que l'adrogeant n'ait pas d'enfants légitimes, et qu'il ait soixante ans accomplis; car jusqu'à cet âge, l'homme était en demeure de se marier, d'après le système des lois caducaires (L. 15, § 2-3; L. 17 § 3. D. *De adoptionibus* 1-7).

Rôle passif. — Distinguons des incapacités relatives et des incapacités absolues.

Incapacités relatives. — Les jurisconsultes classiques connaissaient plusieurs cas d'incapacité relative. Ainsi, celui qui avait été émancipé ou donné en adoption par son père adoptif ne pouvait plus, par une seconde adoption, retomber sous la puissance de la même personne. De même, le mineur de vingt-cinq ans ne pouvait être adrogé par celui qui avait été son tuteur ou curateur (L. 17, pr. ; L. 37 § 1, D. *De adoptionibus,* 1-7). Mais le plus célèbre exemple d'incapacité relative est étranger au droit classique. Jusqu'au règne de Justin, le père eut la faculté d'adopter ou d'adroger ses enfants issus du concubinat ; ce prince l'en empêcha, dans le but de pousser à la légitimation par mariage subséquent. Une telle prohibition, déraisonnable pour les cas où le mariage se trouvait impossible, n'eut plus d'inconvénients dès l'instant que Justinien inventa la légitimation par rescrit (L. 7, *C. De naturalibus lib.* 5-27 — *Nov.* 74, ch. 3).

Incapacités absolues. — Quant aux incapacités absolues, mettons d'abord l'esclave hors de cause ; puisqu'il lui manque le *jus civitatis,* il ne saurait être ni adrogé, ni adopté ; tout au plus une déclaration d'adoption, faite par le maître à propos de son *servus,* vaudrait-elle affranchissement *per nominationem filii.* Les femmes, au contraire, ont toujours fait l'objet d'une adoption valable ; mais l'adrogation leur était inapplicable sous l'ancienne forme, parce qu'elles n'avaient pas accès dans les comices ; une fois le consentement des curies remplacé par le rescrit du prince, cette règle disparut, au plus tard sous Dioclétien. Le mineur de vingt-cinq ans, dont l'adoption et l'adrogation furent libres à l'origine, ne put depuis Claude se donner en adrogation que sur l'avis conforme d'un curateur (*Inst.* L. I, t. XI. *De adopt.* § 12 — L. 8, D. *De adopt.* 1-7 — L. 8. C. *De adopt.* 8-48).

Adrogation de l'impubère. — La situation de l'impubère demande un examen plus approfondi. Il n'y a jamais eu d'obstacle à son adoption ; mais son adrogation demeura longtemps interdite en thèse générale, par le double motif que les comices lui étaien inaccessibles, et qu'on ne voulait pas reconnaître à son tuteur le pouvoir exorbitant d'éteindre la tutelle en le rendant *alieni juris.* Antonin le Pieux, dans un rescrit adressé au collège des Pontifes, autorisa pour l'avenir l'adrogation de l'impubère, tout en la soumettant à des conditions spéciales destinées à sauvegarder du même

coup l'intérêt du pupille qu'on adroge et l'intérêt de certains tiers. (*Gaius*, I, 102 — *Ulpien*, R. t. VIII § 5).

Précautions prises pour l'impubère. — Dans l'intérêt de l'impubère sont prescrites des mesures préalables, telles que le consentement de son tuteur (1), l'avis de ses parents, une enquête faite par le magistrat sur la moralité de l'adrogeant, sur les mobiles qui le poussent à l'adrogation et sur l'avantage qu'y trouvera l'enfant.

L'adrogation prononcée, on veut qu'en aucun cas elle ne cause de préjudice à l'impubère; s'il est donc émancipé ou exhérédé par l'adrogeant, il aura toujours le droit de réclamer par une action de créance (*condictio ex lege*) la restitution de ses biens personnels, c'est-à-dire ce qui lui appartenait avant l'adrogation ou qu'il a fait ensuite acquérir à l'*adrogator*.

On va plus loin ; l'impubère peut demander, en outre de ses biens personnels, une partie de ceux de l'adrogeant, lorsqu'il est émancipé sans griefs légitimes, ou lorsqu'il est exhérédé même avec justes motifs ; on lui attribue alors en indemnité le quart de la portion qu'il aurait recueillie à titre d'héritier légitime, s'il fût resté *in potestate* et s'il eût succédé à l'*adrogator* ; ce quart ainsi réservé s'appelle *quarte Antonine*, du nom de son organisateur. Établie à l'exemple de la *quarte légitime*, qui est le minimum assuré aux enfants du mariage, la quarte Antonine se calcule comme elle sur les biens laissés par l'adrogeant à sa mort, et n'est pas due de son vivant, d'où résulte que l'adrogé prédécédé n'y aura jamais pu prétendre. Mais à la différence de la quarte légitime, elle n'est pas un vrai droit héréditaire et ne constitue qu'une charge de la succession ; c'est donc par une action de créance (action *familiæ erciscundæ utilis*) qu'elle est poursuivie ; néanmoins cette action tend au quart en nature, et l'adrogé a qualité pour intervenir au partage (L. 17, § 1. 2, 4, D. *De adopt.* 1-7. — L. 2. § 1. D. *fam. ercis.* 10-2).

Précautions prises pour certains tiers. — Dans l'intérêt de certains tiers furent édictées d'autres dispositions ; elles se résument dans le principe que les biens de l'impubère adrogé, s'il meurt avant sa puberté, doivent retourner aux personnes qui les auraient recueillis en l'absence d'adrogation. Ces personnes seront le plus souvent les parents qui seraient venus *ab intestato ;* quelquefois, si le père a usé de la faculté qu'on lui reconnaît de tester pour l'enfant impubère, ce

(1) Si l'impubère a plusieurs tuteurs, ils doivent tous consentir (L. 5, C. *De auct, præst.* 5-59).

seront les substitués pupillaires qui seraient venus *à testato*, et les légataires ou fidéi-commissaires. Lors de l'adrogation, ces divers intéressés ne sont pas légalement connus ; aussi, pour atteindre le but, se sert-on d'un expédient. Un *servus publicus*, fictivement considéré comme l'esclave commun de tous les citoyens, stipule au nom de ceux de ces maîtres supposés qui pourront, si l'adrogé meurt impubère, justifier qu'en l'absence d'adrogation ils auraient eu droit à ses biens. L'adrogeant s'oblige avec caution, *cum satisdatione*, à les leur rendre dans le cas où l'adrogé mourrait avant sa puberté. Dès lors naît contre l'adrogeant ou ses héritiers une action personnelle *ex stipulatu*, que l'ayant droit quelconque exercera le cas échéant. Cette action était surnommée *utilis*, c'est-à-dire extensive, pour indiquer qu'elle se donnait en dehors des vrais principes, et jamais qualification ne parut mieux méritée.

Car il n'était pas vrai d'abord que le *servus publicus* eût pour maîtres tous les citoyens et pût stipuler pour tels ou tels choisis dans le nombre ; il n'appartenait qu'à l'État. Puis la stipulation devait ici profiter à des personnes qui n'étaient peut-être pas encore conçues au jour du contrat ; or, les lois s'accordent avec la raison pour proclamer qu'on ne peut acquérir de droit, même éventuel, avant d'être *in natura rerum*. En outre, le stipulant était d'habitude l'esclave chargé de transcrire et de garder les actes juridiques, *tabularius* ; mais Arcadius et Honorius interdirent sévèrement cette fonction aux esclaves ; les Institutes nous montrent néanmoins la stipulation toujours confiée au *tabularius* ; elle est donc faite sous Justinien par un homme libre, malgré la règle romaine que nul ne stipule pour autrui, s'il n'est en sa puissance. Enfin on en vint même, si les précautions étaient omises, à tenir pour conclue la promesse de l'adrogeant ; il va de soi qu'en cette hypothèse son engagement n'était point garanti par un fidéjusseur (L. 18, 19, 22, D. *De adopt.* 1-7 — *Inst.* L. I, t. XI, *De adopt.* § 3. — L. 10. C. *de Tabul.* 10-69).

Toutes ces mesures, sans distinction, prises dans l'intérêt des tiers et de l'impubère, s'évanouissent à sa puberté ; l'adrogé reste dès cette époque sous le droit commun de l'adrogation. Seulement, par application d'un principe général, il peut jusqu'à vingt-cinq ans accomplis demander à l'aide de la *restitutio in integrum* la rescision de tous les actes quelconques qui lui portent préjudice, entre autres de l'adrogation, s'il y a lieu (L. 32, 33, D. *De adopt.* 1-7).

§ III

Effets de l'adoption régulière.

La plupart des effets de l'adoption régulière sont communs à l'adoption proprement dite et à l'adrogation ; d'autres sont particuliers à l'adrogation.

Effets communs de l'adoption et de l'adrogation. — La gravité des conséquences de l'acte accompli se révèle avant tout par un détail extérieur. L'enfant adoptif prend le nom de l'adoptant ; et son premier nom devient une épithète ; ainsi le fils de Paul-Émile, adopté par Scipion sera Scipion Émilien ; Octave, adopté par César, sera César Octavien.

Au point de vue juridique, l'adoption régulière établit entre le père et l'enfant adoptif le rapport de la filiation légitime *ex justis nuptiis*. Comme nul ne peut avoir à la fois deux familles, l'enfant adoptif sort de sa famille originaire et perd tous les droits qu'il y avait à raison de l'agnation. En revanche, introduit dans une autre famille, il y tombe sous la puissance du chef, ordinairement en qualité de fils, quelquefois en qualité de petit-fils, arrière-petit-fils, etc. ; dans ces derniers cas, le chef peut lui assigner, parmi ses autres descendants, un père dont le consentement sera d'ailleurs nécessaire, en vertu de la règle déjà connue qu'on n'a pas d'héritiers siens malgré soi. L'enfant adoptif se trouve uni à tous les agnats de son *pater*, même contre leur gré, par le lien de l'agnation, qui emporte *à fortiori* la cognation dans ses résultats civils (L. 7, 23, 26 D. *De adopt.* 1-7).

Comparaison avec le mariage. — Cependant la filiation par adoption n'est pas absolument identique à la filiation *ex justis nuptiis ;* elle en diffère à quelques égards : 1° pendant sa durée, elle ne compte pas au père adoptif pour l'acquisition des divers avantages réunis sous le nom de *jus liberorum*, ni pour le soustraire aux déchéances de l'*orbitas* ou l'appeler aux privilèges de la paternité, sous les lois caducaires ; 2° après sa dissolution, elle ne laisse peut-être qu'une seule trace, qui est l'empêchement de mariage en ligne directe. Le nom du père et le droit de cognation, que garde toujours l'enfant *ex justis nuptiis* même dépouillé de l'agnation, l'enfant adoptif les perd avec elle ; on ne lui demande aucune *reverentia* envers la personne qui n'est plus son père, et qui se trouve désormais

dans l'impuissance légale de l'adopter ou de l'adroger une seconde fois (*Inst.* L. I, t. XXV, *De excusat. pr.* — L. 51, § 1. D. *De legatis* 2° L. 31).

Effets particuliers de l'adrogation. — Outre les précédentes conséquences, l'adrogation produit encore deux effets spéciaux.

Les enfants légitimes déjà nés ou conçus de l'adrogé suivent sa condition et tombent ou naissent sous la puissance de l'adrogeant, qui peut désormais les garder en renvoyant leur père; c'est ainsi qu'Auguste, avant d'adroger Tibère, attendit qu'il eût adopté Germanicus, pour faire de l'un son fils et de l'autre son petit-fils. Au contraire, les enfants légitimes déjà nés ou conçus de l'adopté ne suivent pas sa condition et restent ou naissent sous la puissance de l'aïeul naturel, qui ne donne que leur père à l'adoptant. Quant aux enfants conçus après l'adrogation, ils appartiennent sans distinction à la nouvelle famille (*Inst.* L. I, t. XI. *De adopt.* § 11).

En second lieu, puisque l'adrogé était *sui juris* auparavant, il pouvait avoir un patrimoine; l'adrogation le rend *alieni juris* et fait acquérir tous ses biens à l'adrogeant. Nous verrons ailleurs les effets civils ou prétoriens de cette transmission. Dans le droit de Justinien, l'adrogé conserve la nue propriété, l'adrogeant ne gagne que l'usufruit; par conséquent, après l'adrogation d'un impubère, les diverses restitutions imposées suivant les cas à l'*adrogator* ne porteront plus que sur la jouissance (*Inst.* L. III, t. X. *De adquis. per adrog.*)

DEUXIÈME SECTION

ADOPTION IRRÉGULIÈRE.

L'adoption irrégulière est celle qui ne produit point la puissance paternelle. Créée par le droit du Bas-Empire, elle s'applique à deux hypothèses distinctes.

Adoption émanée d'une femme. — Puisque la *patria potestas* est le monopole des hommes, il fut longtemps admis que les femmes ne pouvaient adopter ni adroger. Dioclétien le leur permit en 291; cette adoption irrégulière diffère de l'autre :

1° Par les conditions; il faut toujours un rescrit de l'empereur, et la femme doit avoir eu des enfants et les avoir perdus (*Inst.*, L. I. t. XI. *De adopt.* § 10. — L. 5 C. *De adopt.* 8-48) (1).

(1) L'empereur Léon permet cependant aux femmes d'adopter, alors qu'elles n'auraient pas eu d'enfants (*Nov.* 27).

2° Par les effets ; l'adopté ne sort pas de sa famille originaire, y conserve les droits de *suus heres*, et devient seulement héritier *ab intestato* de l'adoptante ; lorsqu'elle l'omet sans cause dans son testament, peut-être est-il en droit d'attaquer cet acte (L. 29, § 3. D. *De inoffic. test.* 5-2).

Adoption émanée d'un non ascendant. — Justinien ne touche pas aux règles classiques de l'adrogation, du moins en ce qui concerne l'acquisition de la *patria potestas*. Quant à l'adoption proprement dite, il distingue si le rôle d'adoptant est joué par un étranger ou par un ascendant. Au premier cas, elle n'entraîne plus translation de puissance paternelle ni changement de famille ; aussi les interprètes modernes la qualifient-ils alors de *minus plena ;* au second cas, elle produit toutes ses anciennes conséquences et reste *plena*. Examinons cette distinction.

En supposant l'adoption faite par un étranger, *extraneus*, l'adopté courait un grand danger avant Justinien. D'une part, il perdait tous droits de succession dans sa famille originaire ; d'autre part, ceux qui lui étaient acquis en échange dans sa famille adoptive, il pouvait s'en trouver dépouillé par une émancipation. Il est vrai qu'en cette dernière hypothèse le préteur le rappelait à l'hérédité du père primitif en qualité de *bonorum possessor ;* mais encore fallait-il que cette hérédité n'eût pas été déjà ouverte et partagée avant la rupture de l'adoption. Justinien ne voulut point que l'adopté se vît ainsi frustré de toutes ses espérances. Pour empêcher ce résultat inique, l'empereur décide que l'adopté restera désormais sous la puissance et dans la famille originaire, et par conséquent y conservera sa vocation successorale, comme s'il n'y avait pas eu d'adoption. En même temps, il est appelé à la succession *ab intestato* de l'adoptant et s'il y arrive, ce sera comme *suus heres ;* mais il peut en être exclu par une émancipation ou par un testament qui l'exhéréderait ou l'omettrait. Contre un tel testament, il ne semble pas avoir la plainte d'inofficiosité ; sa position est donc inférieure sur ce point à celle de l'adopté d'une femme. Peut-être lui est-elle supérieure en ce que l'adoption continuerait ici de transférer à l'adopté le nom de l'adoptant (*Inst.* L. I, t. XI, *De adopt.* § 1. — L. 10. C. *De adop.*, 8-48).

Si l'on étudie, au contraire, l'adoption faite par un ascendant, le système antérieur à Justinien n'offre pas les mêmes inconvénients, et ce prince n'y change rien. Pour la possibilité d'une telle adop-

tion, il faut avant tout supposer un ascendant non investi de la *patria potestas;* tels sont les ascendants maternels, et parmi les ascendants paternels, l'aïeul qui adopte le petit-fils conçu et né postérieurement à l'émancipation du fils, ou le père émancipé qui adopte son propre fils resté sous la puissance de l'aïeul.

Lorsque l'adoptant est un ascendant paternel, aucun péril ne menace l'adopté. En effet, tant que dure l'adoption, il conserve *jure prætorio* dans sa famille originaire la situation successorale qu'il y avait auparavant. Après la rupture du lien adoptif, il se retrouve investi *jure prætorio* des droits qu'il aurait eus comme descendant à l'hérédité de l'adoptant, en l'absence de toute adoption.

Lorsque l'adoptant est un ascendant maternel, la position de l'adopté n'est pas aussi sûre. En effet, tant que dure l'adoption, il se voit écarté de toute hérédité même prétorienne dans la famille originaire, dont les biens, n'était cette règle, passeraient par son entremise dans la ligne maternelle. Après la rupture du lien adoptif, l'adopté est appelé *jure prætorio* à la succession de son père primitif; mais si nous la supposons déjà ouverte et partagée, il n'aura plus que l'espérance incertaine de succéder à son ascendant maternel en qualité de cognat, c'est-à-dire à défaut de descendants par mâles et d'agnats. Aussi les interprètes expliquent-ils ici la décision de Justinien, confirmatrice de l'ancien droit, par l'affection de l'ascendant maternel, qui ne voudra pas rompre à la légère le lien de l'adoption ; cette raison est loin de suffire. Nous verrons d'ailleurs qu'une Novelle, postérieure aux Institutes, rendue en l'année 543 est venue mettre sur le même pied tous les descendants par les mâles et par les femmes, en les appelant sans distinction à la succession des ascendants (*Nov.* 118).

CHAPITRE VII

DISSOLUTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

(*Inst.* I, t. XII.)

La puissance paternelle, dont nous connaissons les trois sources et les principales conséquences, peut disparaître de diverses manières.

§ I

Causes d'extinction.

Les causes d'extinction de la *patria potestas* surviennent de plein droit ou par la volonté du père.

Extinction de plein droit. — La *patria potestas* s'éteint de plein droit à la suite de tout événement qui enlève soit au père, soit à l'enfant, soit à tous les deux, la capacité de l'exercer ou de la subir. Certains de ces événements peuvent se produire sur la tête de l'un ou de l'autre, certains restent propres à l'enfant.

Causes communes au père et à l'enfant. — Les causes d'extinction légales communes au père et à l'enfant sont la mort naturelle, la perte de la liberté, la perte de la cité (*Inst.*, L. I, t. XIII, *Quibus modis jus pot. solv. pr.*).

La chute du père ou de l'enfant en esclavage appelle deux observations. D'abord, s'il est vrai que la *servitus pœnæ* n'existe plus depuis Justinien, on n'en doit pas conclure à la conservation de la puissance paternelle dans la personne du condamné; car l'empereur n'a voulu empêcher que la dissolution forcée du mariage, qui devient alors *matrimonium injustum*. Ensuite, quand le père ou l'enfant tombe en captivité, la fiction du *postliminium* efface rétroactivement, au retour, l'esclavage et ses conséquences; si le père captif meurt chez l'ennemi, chaque enfant est considéré comme *sui juris* non depuis le décès, mais depuis le commencement de la *servitus*, et reste seul propriétaire des acquisitions qu'il a faites à compter de ce moment (1).

La perte de la cité détruit aussi la *patria potestas*, que cette perte provienne d'une condamnation, comme l'interdiction de l'eau et du feu et la déportation, ou de toute autre cause comme l'émigration dans les colonies latines, ou l'acquisition d'une nationalité étrangère (*Inst.*, L. I, t. XII, *Quibus modis jus pot. solv.*, § 1. — *Gaius*, I, 131).

L'empereur a le pouvoir de rétablir la *patria potestas* anéantie par une condamnation; il n'a qu'à la comprendre dans la grâce

(1) La question controversée à l'époque de *Gaius* fut tranchée dans le sens indiqué au texte par les jurisconsultes de l'époque classique qui appliquèrent à cette hypothèse la fiction de la loi Cornelia (*Gaius*, I, 129. — L. 12, § 1 ; L. 18, D. *De captivis*, 49-15).

qu'il lui appartient d'accorder plus ou moins efficace au condamné; tel est le cas de la *restitutio per omnia* (*Inst.*, L. I, t. XII, *Quib. mod. jus. pot.*, § 1. — L. 2, 13, C. *De sentent. passis.* 9-51).

Causes spéciales à l'enfant. — D'autres causes d'extinction ne se produisent que sur la tête de l'enfant. Dans le droit classique, c'est : pour la fille, l'élévation à la dignité de vestale : pour le fils, la charge de *Flamen Dialis* ou Flamine de Jupiter. Dans le droit de Justinien, ce sont les fonctions de patrice et toutes celles qui affranchissaient de la curie, notamment le consulat et l'épiscopat (*Gaius*, I, 130. — *Inst.*, L. I, t. XII. *Quib. mod.*, § 4. — L. 5, C. *De consulibus*, 12-3. — *Nov.*, 81, ch. 2).

Extinction volontaire. — Le père peut lui-même abdiquer sa *patria potestas;* en principe, nul n'est admis à l'y contraindre; s'il lui plaît de s'y décider, sa volonté seule ne suffit pas et doit s'accompagner de formes empruntées par la jurisprudence à la loi des Douze Tables.

On peut indiquer trois causes d'extinction volontaire :

1° La *coemptio filiæ familias* dans le but de créer la *manus* soit au profit du mari, soit au profit d'un tiers (*Gaius*, I, 136);

2° L'*adoption* consentie par le père de famille au profit d'un citoyen quelconque jusqu'à Justinien, et d'un ascendant depuis cet empereur ;

3° L'*émancipation.* — Ce procédé doit s'examiner à trois époques : 1° l'émancipation classique se rapproche beaucoup de l'adoption, car elle appartient à la juridiction gracieuse, ne comporte ni condition ni terme, et nécessite la présence de l'enfant ; elle se fonde aussi sur la loi des Douze Tables qui fait résulter l'extinction de la puissance paternelle de trois mancipations pour le fils et d'une seule mancipation pour la fille et les petits-enfants : *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.* La *patria potestas*, ainsi détruite, est remplacée par le *mancipium* en faveur de la personne qui a joué le rôle d'acquéreur dans la vente imaginaire. Ici deux voies se présentent : ou bien cet acquéreur s'est préalablement engagé, au moyen d'un contrat appelé *fiducia*, à libérer l'enfant de son *mancipium* par une manumission qui le rend *sui juris*, et qui laisse au *manumisssor* les droits de tutelle et de succession ; ou bien cet acquéreur a promis par la *fiducia* de remanciper l'enfant au père, qui fera lui-même l'affranchissement et se réservera comme patron le *jus tutelæ et successionis* ; 2° L'empereur Anastase, en 503,

comble une lacune du système précédent en décidant que l'émancipation de l'absent peut avoir lieu par rescrit impérial, inséré *apud acta judicis*, du consentement de l'enfant; c'est l'émancipation anastasienne (L. 5, C. *De emancip. liber.*, 8-49); 3° enfin la simplification s'achève sous Justinien; l'émancipation résulte désormais d'une simple déclaration devant le magistrat, et l'on y sous-entend toujours le contrat de fiducie, qui procure au père les droits de tutelle et de succession (*Inst.*, L. I, t. XII, *Quib. mod. jus. pot.*, § 6. — L. 6, C. *De emancip. liber*, 8-49).

Deux remarques compléteront cette théorie. Si le père ne peut être contraint à l'émancipation en principe, on la lui imposera néanmoins dans certains cas, notamment au profit de l'enfant qu'il maltraite ou de la fille qu'il prostitue. En outre l'émancipation d'un enfant, comme l'affranchissement d'un esclave, est révocable pour ingratitude (*Inst.*, L. I, t. XII, *Quib. mod. jus pot.*, § 9, *in fine*. — L. 1, C. *De ingratis liberis*, 8-50. — F. V. § 248).

§ II

Effets de l'extinction.

Le résultat commun et fondamental de tous les événements qu'on vient de parcourir, c'est de dissoudre la puissance paternelle, et par suite tous les droits du père sur la personne et les biens de l'enfant. Mais là se posent deux questions :

1° L'enfant reste-t-il dans les liens de l'agnation? La réponse doit varier. L'agnation est conservée à l'enfant, lorsque la dissolution de la *patria potestas* provient, soit de son élévation à certaines dignités, soit de la mort, de la perte de la liberté ou de la perte du droit de cité subie par le père ; dans ce cas, l'enfant n'encourt aucune *capitis deminutio*. L'agnation disparaît au contraire, lorsque la puissance paternelle est détruite par la perte de la liberté ou de la cité pour l'enfant, la *conventio in manum* pour la fille, l'adoption et l'émancipation ; on dit alors que l'enfant éprouve une *capitis deminutio*. La perte de la cité et de la liberté lui enlève même la cognation (L. 11, § 10, D. *De gradibus*, 38-10) (1).

(1) La rupture des liens de l'agnation fait disparaître les droits héréditaires que le *jus civile* attache à la parenté civile ; cependant, le préteur conserve encore dans certains cas à l'enfant ses droits de succession sur les biens de son père ou de ses ascendants paternels (*Gaius*, I, 135 ; III, 26).

2° L'enfant acquiert-il la libre disposition de sa personne et de ses biens? La réponse change encore avec les hypothèses. L'enfant n'acquiert pas la disposition de sa personne, c'est-à-dire qu'il reste *alieni juris*, quand une nouvelle puissance remplace l'ancienne : tel est le résultat de sa chute en esclavage, de son adoption, de la *conventio in manum*, et même de la disparition de l'aïeul pour les petits-enfants, lorsqu'elle les laisse retomber sous le joug du père demeuré dans la famille; en tout autre cas, l'enfant devient *sui juris*. Pour ses biens, l'enfant *sui juris* en est propriétaire, si ce n'est qu'après l'émancipation le père retient, jusqu'à Justinien, le tiers en nue propriété, et depuis ce prince la moitié en usufruit du pécule *adventice*, l'enfant acquiert même sur le fondement d'une donation tacite, la propriété du pécule *profectice* à lui confié par son père lorsque celui-ci ne l'en prive pas en l'émancipant (F. V. § 260. — *Inst.* L. II, t. IX, *Per quas personas nobis adq.* § 2).

CHAPITRE VIII

MANUS ET *MANCIPIUM.*

(*Gaius*, I, 108-123.)

La *dominica* et la *patria potestas* sont les deux principales puissances qui mettent une personne *in alieno jure;* les Institutes de Justinien n'en signalent pas d'autres. Mais le droit ancien ou classique connaissait en outre deux autres puissances : le *mancipium* et la *manus*, puissances accessoires, organisées par analogie des précédentes; il est nécessaire d'en indiquer au moins les plus intéressants caractères.

Mancipium. — Le *mancipium* offre un grand air de parenté avec la *dominica potestas*, seulement il appartient au *jus civile*. C'est l'état d'une personne qui, tout en étant libre de droit, est de fait assimilée pour un certain temps à un esclave.

Constitution. Le *mancipium* ne s'établit que sur l'enfant de l'un ou de l'autre sexe *in patria potestate* et sur la femme *in manu ;* il résulte de la mancipation que peut faire d'eux le chef de famille.

Effets. Le *mancipium* est parfois sérieux, lorsqu'un père mancipe ses enfants pour en tirer profit, ou pour se dérober à la réparation

du dommage qu'ils ont causé (*abandon noxal*). D'autres fois il n'est que fictif et sert de transition pour libérer, soit une femme de la *manus*, soit un enfant de la *patria potestas* en vue de l'adoption ou de l'émancipation. Anciennement, la ressemblance entre la *servitus* et le *mancipium* était à peu près complète ; même au temps classique, on dit que l'individu *in mancipio* est *loco servi*. En effet le mancipé, comme l'esclave, perd sa capacité civile au profit de son maître, qui lui succède à titre universel et s'enrichira désormais de ses acquisitions et de son travail ; il est sans doute dépouillé de l'exercice des droits politiques ; enfin le *mancipium* se transmet régulièrement à d'autres acquéreurs par mancipation ou par hérédité. Mais à la différence de l'esclave, le mancipé n'est atteint que dans son agnation ; car il reste ingénu et redeviendra citoyen au jour de l'affranchissement ; son mariage ne se dissout point ; il n'est pas un objet de propriété véritable, et les créanciers de son acquéreur ne pourraient le comprendre dans une expropriation ou *venditio bonorum* ; son maître doit même le traiter avec égards sous peine d'une action d'injures (*Gaius*, I, 117, 118, 138, 162).

Extinction. Cette divergence entre l'esclavage et le *mancipium* s'élargit encore, au point de vue de leur extinction. Le *mancipium* finit bien, comme la *servitus*, par une manumission soumise aux formes ordinaires, *vendicta*, *censu*, *testamento* ; mais deux règles sont spéciales au mancipé. D'abord les restrictions à l'affranchissement des esclaves, telles que les dispositions de la loi Furia Caninia ou de la loi Ælia Sentia, disparaissent en sa faveur ; car elles n'ont plus ici leurs raisons d'être. Ensuite il peut exiger son affranchissement *censu*, c'est-à-dire requérir son inscription sur le cens, hormis en deux cas : 1° quand l'acquéreur a promis de le remanciper au père, dont on respecte alors le droit ; 2° quand la mancipation est la conséquence d'un délit ; le mancipé doit alors réparer le préjudice par son travail ou ses autres acquisitions, avant de requérir sa libération (*Gaius*, I, 138, 139, 140).

L'affranchissement produisait un rapport de patronat ; mais il ne semble pas s'y rattacher un droit à des stipulations d'*operæ*, même quand le *manumissor* est le père ; et pour le *jus successionis* on verra le préteur préférer un assez grand nombre de parents à l'émancipateur étranger (*bonorum possessio unde decem personæ*). (L. 4, D *Si a parente quis man.* 37-12. — *Inst.* L. III, t. IX *De bonorum possessionibus* § 5.)

Manus. — La *manus* est fort voisine de la *patria potestas;* elle appartient comme elle au *jus civile,* mais ne porte que sur les femmes, et ne résulte jamais du seul fait de la naissance. Cette théorie demeure tout à fait indépendante de la théorie du mariage, puisqu'il peut y avoir *nuptiæ* sans *manus* et *manus* sans *nuptiæ.*

Formation. Il faut d'abord poser en règle que la femme n'y tombe pas sans le *jussus* de son père, si elle est *alieni juris,* et sans l'*auctoritas* de son tuteur, si elle est *sui juris.* On distingue trois modes de constitution de la *manus :* la *confarreatio,* l'*usus,* la *coemptio* (*Gaius,* I, 110); ils sont tous accessibles au mari, le derni seul est accessible à un tiers : 1° *Confarreatio :* c'était une cérémonie religieuse, peut-être réservée aux patriciens, ou du moins conservée plus longtemps dans leur caste. Les enfants issus d'époux *confarreati* avaient seuls l'aptitude aux fonctions sacerdotales de *flamines majores* et de *rex sacrorum.* Cette conséquence extrajuridique finit par être l'unique effet de la *confarreatio,* qui ne constituait plus à l'époque classique une véritable façon d'acquérir la *manus.* 2° *Usus :* c'était l'usucapion appliquée à la personne de la femme. Comme le mari eût obtenu la propriété d'un meuble par une possession annale, de même, il obtenait la *manus* par une année de cohabitation continue, *velut annuâ possessione usucapiebatur;* la femme prévenait ce résultat en découchant trois nuits de suite, *trinoctio,* ce qui amenait l'interruption de l'usucapion, *usurpatio.* Il résulte bien de ces règles bizarres que la *manus* ne fut jamais une conséquence immédiate et nécessaire du mariage. 3° *Coemptio :* c'était la mancipation de la femme, faite par son père lorsqu'elle était *alieni juris,* faite par elle-même avec l'assistance de son tuteur lorsqu'elle était *sui juris ;* en ce dernier cas, elle jouait le double rôle de venderesse et d'objet vendu (*Gaius,* I, 136, 111, 119, 123).

Effets. Considérée dans ses effets, la *manus* peut être réelle et matrimoniale, *matrimonii causa,* ou fictive et nominale, *fiduciæ causa.*

La *manus matrimonii causa* s'établissait par l'un ou par l'autre des modes précités, et seulement au profit du mari, comme l'indique son nom elle remplaçait la puissance paternelle ou la tutelle, et faisait de la femme, en droit, la fille du mari, *loco filiæ.* Les rapports et devoirs personnels des deux conjoints n'étaient guère modifiés ; le mari se trouvait néanmoins investi d'une sorte de juridiction criminelle sur sa femme, et pouvait aussi la manciper à un

tiers. Mais la *manus* avait d'immenses effets dans la sphère civile de la famille. Car tous les biens présents et futurs de la femme entraient dans le patrimoine du mari ; devenue l'agnate et prise dans tous les liens d'agnation de son époux, elle était juridiquement la petite fille de son beau-père et la sœur de ses enfants. Elle gagnait à ces changements la qualité de *sua heres* du mari ; entre elle et ses enfants, ou ses autres agnats, s'établissaient des droits de succession inconnus en dehors de la *manus*. Rendue enfin *sui juris* par le veuvage, elle tombait sous la tutelle de son plus proche agnat, qui était son fils peut-être (*Gaius*, I, 114).

La *manus fiduciæ causa* ne s'établissait que par la *coemptio;* elle ne s'appliquait qu'à une femme *sui juris* et pouvait se constituer tant au profit du mari qu'au profit d'un tiers. D'ailleurs, elle n'offrait rien que de provisoire ou de passager; la femme la recherchait non comme but, mais comme moyen. L'acquéreur de cette *manus*, époux ou tiers, s'engageait à remanciper immédiatement la femme à une personne qui devait l'affranchir *vindicta*, en vertu d'un contrat de fiducie; de là le nom de *coemptio fiduciæ causa*. On ne connaît que trois cas d'application de ce curieux procédé, l'un signalé par Cicéron, les deux autres par Gaïus ; ils répondent à des intérêts trop minimes ou trop obscurs pour arrêter l'attention (1).

Extinction. La *manus*, par analogie avec la *patria potestas*, avait deux causes d'extinction : 1° la mort naturelle ou civile de l'une ou de l'autre des deux personnes qu'elle supposait ; 2° l'émancipation ; mais à la différence de l'enfant de famille, la femme pouvait exiger la dissolution de la puissance, soit en vertu du contrat de fiducie, soit en exerçant son droit au divorce. Le divorce, sans éteindre directement la *manus*, mettait le mari dans l'obligation d'y renoncer ; il l'abdiquait dans le cas d'*usus* ou *de coemptio*, par une mancipation suivie d'un affranchissement, et dans le cas de *confarreatio*, par une cérémonie contraire qui s'appelait *diffarreatio* (*Gaius*, I, 137).

La *manus* devait tomber en désuétude; nous verrons, en effet,

(1) Les trois applications connues de la *manus fiduciæ causa* sont : 1° la *manus testamenti faciendi gratia* imaginée pour permettre à la femme de faire son testament, cette application a disparu depuis Adrien ; 2° la *manus tutelæ vitandæ gratia* permettant à la femme en tutelle de changer de tuteur à discrétion ; 3° *la manus sacrorum interimendorum causâ* dans le but de donner à une femme instituée héritière le moyen de se débarrasser des *sacra privata* du défunt (*Gaius*, I, 113-115. *Cicéron*, *Pro Murena*, 12. *Aulu-Gelle*, L. I, ch. XII, 9).

disparaître successivement les divers besoins qu'elle avait mission de satisfaire. Aussi tout vestige en est-il effacé bien avant le règne de Justinien, qui n'a pas même inscrit dans ses Institutes le nom de cette institution surannée.

CHAPITRE IX

DE LA TUTELLE ET DE LA CURATELLE EN GÉNÉRAL.

Après l'examen des personnes *alieni juris*, c'est-à-dire soumises à l'une ou l'autre des quatre puissances, vient dans les Institutes l'étude, non pas d'une nouvelle division, comme le dit à tort Justinien, mais d'une subdivision des personnes *sui juris*. Car elles se partagent en trois classes, *quœdam vel in tutela sunt, vel in curatione, quœdam neutro jure tenentur*. Quant aux personnes *sui juris* qui ne sont ni en tutelle ni en curatelle, elles relèvent du droit commun. C'est donc aux personnes *sui juris in tutela vel in curatione* que vont s'attacher nos explications (*Inst.* L. I, t. XIII, *De tutelis, pr.*).

La tutelle et la curatelle sont étroitement liées l'une à l'autre; elles rentrent dans le *jus civile* et font partie du *status familiæ;* en d'autres termes, elles ont éminemment le caractère d'un rapport de famille. Envisagées de haut, elles constituent des moyens de direction ou des mesures de surveillance à l'égard d'individus maîtres de leur droit, mais incapables, c'est-à-dire empêchés par l'âge, le sexe, ou d'autres causes, de les exercer convenablement. Leurs analogies réciproques frappent les yeux. En effet, ni la tutelle ni la curatelle ne sont jamais des puissances, au sens technique du mot; de là cette conséquence, qu'elles ne portent que sur des personnes *sui juris*, et peuvent appartenir à des personnes *alieni juris*. De plus, remarque étrange à première vue, mais facilement explicable pour qui pénètre l'esprit originaire du droit de famille, la tutelle et la curatelle romaines furent d'abord organisées dans l'intérêt du tuteur ou curateur. Ce ne fut que progressivement, et dans le cours des siècles, que cette vieille conception fit place à l'idée plus moderne d'une charge publique établie dans l'intérêt de l'incapable lui-même.

Mais à côté de ces ressemblances, la tutelle et la curatelle mon-

trent une différence grave. C'est que la tutelle suppose une incapacité naturelle et générale, une personnalité imparfaite par le sexe ou par l'âge ; la curatelle, au contraire, ne suppose qu'une incapacité accidentelle ou spéciale à certains actes, une personnalité capable en principe et seulement impuissante sur des points déterminés. On exprime cette vérité par l'adage *tutor personæ*, *curator rei datur*, et l'influence en est décisive sur la mission pratique du tuteur ou du curateur.

Les Institutes nous donnent une définition célèbre de la tutelle : *Tutela est vis ac potestas, in capite libero, ad tuendum eum qui propter ætatem se defendere nequit, jure civile data ac permissa* (L. 1. D. *De tutelis* 26-1 — *Inst.* L. I, t. XIII *De tutelis*, § 1).

Les mots *vis ac potestas* ne font pas allusion, comme on l'a dit, à deux pouvoirs distincts, à deux fonctions du tuteur ; il n'y faut voir qu'un pléonasme, une redondance qui se retrouve ailleurs dans les textes du droit romain (L. 16 D. *De legibus* 1-3 — *Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 3).

En plaçant la tutelle *in capite libero*, Justinien parle-t-il du tuteur ou du pupille? La question paraît oiseuse au point de vue juridique ; car il est certain que le tuteur doit être libre et citoyen, et que le pupille doit être *sui juris;* or, l'une ou l'autre de ces vérités incontestables ressort de l'une ou de l'autre explication.

Quant à la raison d'être de la tutelle, si notre texte ne le trouve que dans l'âge, c'est qu'au temps de Justinien la *tutela propter sexum* avait disparu ; mais la jurisprudence classique y soumettait l'impubère jusqu'à sa puberté, la femme *sui juris* jusqu'à sa mort ou sa chute *in potestatem vel in manum.*

En disant enfin que la tutelle est *jure civili data ac permissa*, Justinien n'entend pas contester la convenance naturelle de cette institution, du moins à l'égard de l'impubère. Elle est seulement de droit civil par opposition au droit prétorien, puisqu'elle a sa source dans les lois, les sénatus-consultes et la coutume; elle est aussi de droit civil par opposition au droit des gens, puisqu'elle exige la qualité de citoyen tout à la fois dans le tuteur qui l'exerce et dans l'incapable qui la subit (1) (*Gaius*, I, 189).

Cette définition de la tutelle, si ce n'est en quelques points qui se révèleront d'eux-mêmes, n'a rien d'inapplicable à la cura-

(1) Par exception cependant, un Latin Junien pouvait, soit être investi de la tutelle, soit y être soumis (*Gaius* I, 167. F. V, § 193).

telle; dans la théorie et la pratique romaines, tuteurs et curateurs sont frères, *in paucissimis distant curatores à tutoribus* (L, 13 pr. D, *De excusationibus* 27-1).

CHAPITRE X

TUTELLE DES IMPUBÈRES.

(*Inst.* I, t. XIII à XXII.)

La délation de la tutelle, la mission qu'elle donne, la manière dont elle prend fin, voilà trois grandes questions à résoudre.

PREMIÈRE SECTION

DÉSIGNATION DU TUTEUR (*Inst.* t. XIII à XX).

Le choix du tuteur peut émaner d'un testateur, de la loi ou du magistrat ; on distingue donc, en suivant une classification qui, sans être la seule, semble prépondérante, trois espèces de tutelle : *testamentaire*, *légitime*, *Atilienne;* les deux premières sont les plus anciennes. En principe, elles se déférent dans l'ordre où je les ai citées; mais on verra que cette règle n'est point absolue (*Gaius*, I, 188).

§ I

Tutelle testamentaire.

La tutelle testamentaire peut être qualifiée de parfaite ou d'imparfaite, selon qu'elle se passe ou qu'elle a besoin d'une intervention de l'autorité publique.

Tutelle testamentaire parfaite. — L'idée mère, d'où sortiront toutes les conséquences de détail, c'est que cette tutelle est un acte de puissance paternelle dans le fond, et dans la forme un acte testamentaire.

1° *C'est un acte de puissance paternelle dans le fond.* Qui peut donc nommer un tuteur par testament? Seul est investi de ce droit le *paterfamilias;* en sont exclus les femmes, l'homme sans enfants, et celui qui n'aurait que des enfants *per feminas* ou nés *ex concubinatu.*

A qui le père de famille peut-il donner un tel tuteur ? A ceux-là

seulement qui ont droit de lui succéder *ab intestato* en qualité d'héritiers siens, c'est-à-dire aux enfants ou descendants, de son sang ou adoptifs, que son décès rend *sui juris*, ou rendrait tels s'ils étaient déjà nés au lieu de n'être que conçus. Lorsque le testateur en laisse plusieurs dans ces conditions, il a pu nommer à tous les mêmes tuteurs, ou leur attribuer des tuteurs distincts, ou bien en nommer aux uns et point aux autres; sa volonté s'interprète d'après les circonstances ou d'après ses expressions. Enfin le tuteur est valablement donné par le père à ceux mêmes de ses enfants qu'il exhérède; il faut en conclure que son droit de nommer un tuteur ne dérive pas de son droit de disposition sur ses biens (*Inst.* L. I, t. XIII, *De tutelis*, § 3-4. — L. I, t. XIV, *Qui testamento tutores dari possunt*, § 5. — L. 4, D. *De test. tut.* 26-2).

2° *C'est un acte testamentaire dans la forme.* Le choix du père ne peut donc porter que sur un tuteur qui ait avec lui la *factio testamenti*, c'est-à-dire la capacité d'être institué héritier dans son testament; toute autre désignation serait nulle. On verra plus tard quelles personnes jouissent ou non de la *testamenti factio*. Notons seulement qu'en vertu de cette règle, les Latins juniens et certains êtres purement juridiques seraient aptes à la tutelle testamentaire, et qu'on les en a néanmoins écartés; il en est de même des femmes que leur sexe écarte des *munera virilia*. Quant aux fous, interdits, mineurs de vingt-cinq ans, captifs, ils sont régulièrement nommés, sauf à n'entrer en fonctions qu'après la cessation de l'obstacle; telle est du moins la pure doctrine romaine (*Inst.* L. I, t. XIV, *Qui test. tutores*, § 2).

Par application du principe, la tutelle est accessible au fils de famille; elle l'est même à l'esclave, pourvu qu'il devienne libre et citoyen; de là naît une distinction. Le père de famille qui donne la tutelle à son esclave, *servus proprius*, doit lui laisser expressément la liberté dans le droit classique; sous Justinien, l'intention d'affranchir résulte, en général, de la nomination à la tutelle; mais le moindre doute sur ce point essentiel entraînerait la nullité, notamment si l'esclave était appelé à la tutelle par un maître qui le croyait libre, ou sous la condition *quum liber erit*. Au contraire, cette même condition doit être formellement exprimée, lorsqu'on veut choisir pour tuteur un *servus alienus*; autrement la désignation serait annulée par Justinien, plus sévère que les jurisconsultes, dont l'indulgence voyait dans ce cas un fidéicommis de liberté

(L. 10, § 4, D. *De test. tutelâ* 26-2. — *Inst.* L. I, t. XIV, *Qui test. tutores*, § 1. — L. 10 C. *De fideic. libert.* 7-4).

La *datio tutoris*, partie intégrante du testament, ou depuis Auguste d'un codicille confirmé par testament, subit le principe que toutes les dispositions testamentaires sont liées au sort de l'institution d'héritier. Dès lors elle tombe, si le testament est frappé d'une des causes d'inefficacité qui le rendent *injustum*, *ruptum*, *irritum*, *destitutum*, *inofficiosum*, d'après les règles qu'il faudra développer ailleurs.

Du reste, quoique confondue dans l'ensemble du testament, la nomination du tuteur a des formes spéciales; elle doit se faire: 1° pour l'ensemble de la tutelle, non pour certains actes seulement, *personæ, non causæ vel rei datur*; 2° sans laisser de doute sur l'individualité du tuteur, *nominatim*; 3° dans la forme impérative du legs *per vindicationem* (*Gaius*, I, 149. — *Ulpien*, R. t. XI, § 14. — *Inst.*, L. I, t. XIV, *Qui testamento tutores*, § 4).

La *datio tutoris* est, en effet, comparable à un legs. Elle s'en rapproche par ce caractère, qu'elle supporte toute condition ou terme suspensif ou résolutoire, contrairement aux deux autres espèces de tutelle, qui sont de leur nature pures et simples. Elle s'en éloigne par ce fait que le legs est un retranchement de l'hérédité, *delibatio hereditatis*; aussi l'héritier institué ne peut-il être légataire, tandis qu'il peut être tuteur testamentaire; de plus, la *datio tutoris*, à la différence du legs, a toujours pu précéder valablement l'institution d'héritier dans le texte du testament (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 34).

Tutelle testamentaire imparfaite. — La nomination de tuteur, faite en dehors de ces règles, était nulle à l'origine. On en vint pourtant à comprendre que la garantie du choix était plutôt dans l'affection de son auteur que dans la puissance paternelle et dans la forme de l'acte. De là trois hypothèses de tutelle testamentaire, plus ou moins imparfaite.

1° Le magistrat confirme sans enquête, *sine inquisitione*, le tuteur irrégulièrement nommé par le père légitime; la nomination émanée du père naturel est confirmée sans enquête ou sur enquête, selon qu'il a laissé quelque chose ou n'a rien laissé à l'enfant (L. 1, § 2, L. 7, L. 8; D. *De confir. tutore* 26-3. — *Inst.*, L. I, t. VIII, XIII, *De tutelis*, § 5).

2° Le choix de la mère n'est confirmé qu'en supposant l'enfant

institué par elle, et toujours sur enquête (L. 4, D. *De test. tut.* 26-2) ;

3° Le choix de l'étranger n'est confirmé que sur enquête, *cum inquisitione*, et vraisemblablement pour les seuls biens laissés par le testateur au pupille (L. 4, D. *De confir. tutore* 26-3).

Dans tous ces cas, la tutelle bien que confirmée par le magistrat n'en reste pas moins une tutelle testamentaire, par son caractère et par ses effets.

§ II

Tutelle légitime.

Il y a tutelle légitime lorsqu'à défaut d'une disposition testamentaire sur ce point, la loi désigne elle-même le tuteur d'un impubère. Plus spécialement, *per eminentiam*, est légitime la tutelle qui dérive des Douze Tables, directement (*propalàm*) comme celle des agnats, ou indirectement (*per consequentiam*) comme celle des patrons (*Ulpien*, R. t. XI, § 3).

Le principe fondamental de la tutelle légitime, c'est qu'elle suppose la vocation du tuteur à la succession légitime du pupille ; en d'autres termes, elle se défère ordinairement aux héritiers présomptifs de l'impubère. Ce principe est juste, puisqu'il impose la charge à qui peut avoir le bénéfice, *ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet ;* de plus, il est habile, puisque l'intérêt commun du pupille et du tuteur fait espérer une bonne gestion (*Inst.*, L. I, t. XVII, *De legit. patr. tut. pr.*).

On distingue trois variétés de tutelle légitime.

Tutelle légitime des agnats. — *L'impubère qui a besoin d'un tuteur peut être un ingénu sorti de puissance paternelle sans émancipation.* Dans ce cas il a conservé ses agnats, et la tutelle leur est déférée, d'après la proximité du degré. Elle appartient donc au plus proche, et s'il y en a plusieurs de même rang, ils la recueillent tous ensemble (*Inst.*, L. I, t. XVI, *De capitis deminutione*, § 7).

La tutelle une fois ouverte en faveur d'un degré d'agnation, comment s'en opère la dévolution aux degrés subséquents ? Le nœud de la réponse est toujours dans la vocation héréditaire ; par exemple, si l'agnat déjà tuteur tombe en captivité, fait agréer une excuse, ou se voit destitué, il reste l'héritier présomptif du pupille ; la tutelle ne sera donc pas dévolue aux agnats ultérieurs. Mais s'il

meurt ou perd l'agnation par *capitis deminutio*, la tutelle passe avec l'espoir de la succession à ceux qui le suivent (L. 1, § 2; L. 3, § 8, 9, D. *De legitimis tutoribus* 26-4).

Cependant on voit cesser quelquefois la corrélation entre la charge de la tutelle et le droit à l'hérédité ; ainsi quand une femme se trouve au plus proche degré d'agnation, elle est héritière présomptive; mais son sexe l'écarte de la tutelle, qui n'appartient alors qu'aux agnats mâles du même rang ou postérieurs. Dans le droit de Justinien, il faut sans doute en dire autant du mineur de vingt-cinq ans (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De Excus. tut. vel curat.*, § 13. — L. I, § 1, D. *De legitimis tutoribus*, 26-4).

A défaut d'agnats, on admet généralement que la loi des Douze Tables déférait la tutelle aux *gentiles*, dont il sera traité sur la matière des successions légitimes. En effet, ils avaient la vocation héréditaire, et pouvaient sans contredit exercer la curatelle des fous (*Gaius*, III, 17 ; *Coll. leg. Mosaic.*, t. XVI, ch. IV, § 1, 2).

Postérieurement aux Institutes, Justinien établit un nouveau système successoral, fondé sur la parenté naturelle et plus conforme à nos idées modernes ; il remplace la succession des agnats par la succession des cognats, et conséquemment la tutelle des agnats par la tutelle des cognats. C'est encore l'héritier présomptif de l'impubère qui devient son tuteur ; cependant, pour l'hypothèse où l'impubère a son père, sa mère, et des frères ou sœurs germains ou descendants d'eux au premier degré, tous conjointement appelés à sa succession légitime, des auteurs enseignent, non sans quelque vraisemblance, que la tutelle appartient par préférence au père, et subsidiairement à la mère. Cette doctrine ne s'impose pas ; mais il est au moins certain que Justinien a levé l'interdiction d'exercer la tutelle pour la mère et l'aïeule, qui ont la faculté de l'accepter, à la double condition qu'elles ne se remarieront pas et qu'elles renonceront au bénéfice du sénatus-consulte Velléien (*Nov.* 118, ch. 5. — *Conf.* C. C. art, 390-396 ; 402-405).

Tutelle légitime du patron ou de ses enfants. — *L'impubère qui a besoin d'un tuteur peut être un affranchi.* Il n'a ni père ni d'autre famille civile que celle dont il sera le fondateur et le chef ; on ne conçoit donc à son égard ni la tutelle testamentaire, ni la tutelle des agnats. Par qui la remplace-t-on ? On doit distinguer entre les déditices, les Latins-Juniens et les affranchis-citoyens.

Déditices. — Les textes sont muets sur l'affranchi déditice ; mais

les principes ne permettent point de lui appliquer une véritable tutelle, puisqu'il n'a pas le droit de cité ; peut-être le magistrat est-il appelé à régler en fait sa situation ; il est d'ailleurs malaisé de comprendre qu'un esclave impubère ait pu subir une flétrissure pénale qui le condamne à rester déditice après sa mise en liberté.

Latins Juniens. — Au sujet du Latin junien, faisons une distinction : doit-il sa *latinitas* à l'affranchissement émané du maître bonitaire ? la tutelle est le lot du maître quiritaire ou de ses descendants, quoique non appelés à recueillir les biens de l'affranchi. La *latinitas* vient-elle de toute autre cause ? la tutelle appartient, soit au *manumissor*, soit à ses héritiers, descendants ou autres. On sait, en effet, que les biens du Latin junien ne forment pas une vraie succession, mais retournent comme pécule au patrimoine du patron, en quelques mains qu'il soit ; on peut dire ici *ubi peculium, ibi onus* (*Gaius*, I, 167 ; III, 56 et s.).

Affranchis citoyens. — Pour les affranchis citoyens, dont la classe est seule connue au temps de Justinien comme au temps des Douze Tables, on applique par analogie la grande règle, posée pour les agnats, de la corrélation entre la tutelle et la vocation héréditaire. La tutelle légitime est donc attribuée, soit au patron lui-même après un affranchissement entre-vifs, soit à ses descendants après un affranchissement testamentaire. S'il y a plusieurs patrons ou plusieurs enfants d'un patron, la tutelle leur est commune ; mais la mort ou l'incapacité d'un d'entre eux ne fait pas monter ses descendants à sa place, parce qu'ils n'acquièrent encore aucun droit sur la succession de l'affranchi. Le patron, en excluant ses enfants de sa propre succession, ne leur enlève ni l'hérédité ni partant la tutelle de l'affranchi (*Gaius*, III, 58. — L. 3, § 5, 7, 8, D. *De legitimis tutoribus*, 26-4).

Par exception la patronne ne devient pas la tutrice de son affranchi, bien qu'elle ait le droit de lui succéder (*Inst.*, L. I, t. XVII, *De legit. patr. tut. pr. in fine*).

Tutelle après émancipation. — *L'impubère qui a besoin d'un tuteur peut enfin être un ingénu sorti de la puissance paternelle par émancipation.*

A l'époque classique, la conséquence des formes de l'émancipation était bizarre et fâcheuse. Car l'émancipé tombait sous la tutelle de l'acquéreur du *mancipium* devenu son patron par la manumission, à moins que le père n'eût exigé sa remancipation pour

l'affranchir lui-même et se réserver les droits de patronat. Après le *manumissor*, la tutelle passait à ses enfants. Ces divers tuteurs étaient appelés fiduciaires, à raison de la *fiducia de emancipando* ou *de remancipando* qui intervenait dans la cérémonie de l'émancipation ; seul le père avait reçu *honoris causâ* le titre de tuteur légitime (*Gaius*, I, 172).

Dans la législation de Justinien, l'émancipation est plus simple, et la tutelle appartient d'abord au père émancipateur, ensuite à ses enfants. Seulement l'empereur a conservé la différence des noms ; l'ascendant est tuteur légitime ; les descendants ne sont que tuteurs fiduciaires, inférieurs sur ce point aux fils du patron, qui recueilleraient sa tutelle légitime. Les Institutes expliquent cette dissemblance en faisant remarquer que les fils du patron ont droit comme leur père à la succession de l'affranchi, tandis que les descendants de l'émancipateur sont devenus *jure civili*, par l'émancipation, étrangers à la famille et à la succession de l'émancipé (1) (*Inst.*, L. I, t. XVIII, *De leg. parent. tut.* ; L. I, t. XIX, *De fiduciaria tutela*).

§ III

Tutelle déférée par le magistrat.

La tutelle déférée par le magistrat est aujourd'hui ordinairement qualifiée de tutelle dative. Mais cette dénomination avait d'habitude un autre sens pour les Romains ; le *dutor dativus* était chez eux le tuteur testamentaire, et le tuteur que nous rencontrons maintenant s'appelait *Atilianus* à Rome, *Juliotitianus* en province (*Gaius*, I, 154 ; *Ulpien*, R. t. XI, § 14, 18).

Cas d'application. — Il semble, au premier abord, que la tutelle déférée par le magistrat doive supposer le défaut absolu de tuteur testamentaire ou légitime, soit qu'il n'y en ait jamais eu, soit qu'il n'y en ait plus. C'est là, sans doute, l'application la plus fréquente de cette tutelle, et peut-être la seule qu'aient formellement prévue les lois. Mais il faut considérer que la tutelle légitime, attribuée

(1) C'est une question assez difficile à résoudre que celle de savoir si le nouveau système successoral établi par la Novelle 118 n'a pas eu pour conséquence d'abroger toutes les règles particulières sur la tutelle légitime du père émancipateur et sur la tutelle fiduciaire de ses descendants ; l'opinion qui paraît la plus vraisemblable est celle qui se prononce pour la non abrogation de ces règles et pour le maintien des titres XVIII et XIX du L. I, des Institutes.

sans nul examen de l'aptitude individuelle du tuteur, n'a pas toujours inspiré ni mérité grande confiance, Les Douze Tables elles-mêmes lui préféraient la tutelle testamentaire, et la jurisprudence en vint à l'enfermer dans un cercle de plus en plus étroit. De là deux règles : 1° s'il n'y a pas de tuteur testamentaire, et qu'on n'en puisse espérer aucun, la tutelle légitime primera la tutelle Atilienne ; c'est ce qui arrive quand le père de famille n'a pas testé, ou qu'il n'a pas nommé le tuteur dans son testament, ou que le tuteur a perdu la tutelle avant la puberté du pupille, pour cause de mort, d'incapacité, d'échéance d'une modalité résolutoire, etc. ; 2° Quand il n'y a pas actuellement de tuteur testamentaire, mais qu'on peut en espérer un, la tutelle légitime est écartée et remplacée par la tutelle Atilienne ; c'est ce qui arrive quand la tutelle testamentaire dépend d'une modalité suspensive encore inaccomplie, ou que le tuteur est fou, captif, et, depuis Justinien, mineur de vingt-cinq ans. Le Sénat alla même jusqu'à sacrifier la tutelle légitime à la tutelle déférée par le magistrat, dans le cas d'excuse définitive et de destitution du tuteur testamentaire (*Gaius*, I, 182 ; *Inst.* L. 1, t. XX, *De Atiliano tutore* § 1, 2.)

Les amis et parents de l'impubère eurent de bonne heure le droit d'appeler l'attention des magistrats sur le besoin qu'il pouvait avoir d'un tuteur. On en fit plus tard un devoir pour la mère de l'enfant, pour les affranchis de son père, et finalement pour toute personne appelée à sa succession, sous peine d'exclusion de cette hérédité (L. 2, D. *Qui petant tutores* 26-6. — L. 10, C. *De legitimis heredibus*, 6-58.)

Compétence. — La faculté de nommer un tuteur, *datio tutoris*, ne rentre ni dans la *jurisdictio* ni dans l'*imperium*, et n'appartient qu'aux magistrats qui l'ont formellement reçue d'un texte législatif (L. 6, § 2, D. *De tutelis* 26-1).

Sous la République, cette tutelle fut organisée pour la première fois, à Rome, par une très ancienne loi Atilia ; elle confiait la désignation du tuteur à la majorité des tribuns réunis sous la présidence du préteur urbain ; on en place la date entre l'année 337, qui vit la création du *prætor urbanus*, et l'an 557, qui présente, au dire de Tite-Live, un exemple d'une tutelle ainsi déférée. Il devint plus tard nécessaire d'organiser cette même tutelle dans les provinces ; ce fut l'œuvre d'une loi Julia Titia, rendue probablement en l'année 723, sous le consulat d'Octave, et qui attribua la nomination

aux présidents ou gouverneurs (Tite-Live, XXXIX, 9. — *Inst.* L. I, t. XX, *De Atiliano tutore* pr.).

Les empereurs modifièrent ce système. A Rome, la *datio tutoris* fut transférée par Claude aux consuls, et par Marc-Aurèle à un préteur spécial qu'il institua sous le nom de *prætor tutelaris;* mais, depuis une époque assez indécise, et qui pourrait bien remonter jusqu'à Auguste, le premier des magistrats de la capitale, le préfet de la ville, assisté de dix sénateurs et du *prætor tutelaris*, intervenait exceptionnellement et choisissait le tuteur pour certains impubères de haute classe, les enfants des *illustres* et des *clarissimi*. Dans les provinces, l'attribution de la loi Julia Titia ne fut pas enlevée aux présidents. Seulement, dans ces ressorts désormais immenses, leur compétence ne pouvait plus rester exclusive. Aussi, dès le troisième siècle de notre ère, les magistrats municipaux qui n'avaient auparavant d'autre mission que de proposer des choix au magistrat supérieur, *jus nominandi tutorem*, furent-ils investis d'un vrai droit de nomination, *jus dandi tutorem;* mais il se restreignait aux pupilles de fortune nulle ou très médiocre, et ne s'exerçait que sur l'ordre du gouverneur (L. 3, D. *De tutoribus* 26-5).

Justinien complète cette théorie. Il conserve à Rome, et par Rome il entend aussi Constantinople, *utraque Roma*, le double pouvoir du préfet de la ville et du préteur, *secundum suam jurisdictionem*, c'est-à-dire selon la distinction précitée. Ailleurs les magistrats municipaux, *defensores civitatum*, nomment le tuteur, spontanément et sans l'ordre du président, aux pupilles dont la fortune ne dépasse pas cinq cents *solidi* ou sous d'or (environ 7,500 fr. de notre monnaie); le président le nomme aux pupilles plus riches. La désignation du tuteur faite par les magistrats municipaux a lieu sans enquête mais avec *satisdatio;* la nomination qui émane du président de la province se fait au contraire *cum inquisitione*, mais sans *satisdatio* (*Inst.* L. I, t. XX. *De Atiliano tutore* § 4-5. — L. 30, C. *De episcopali audient.* 1-4).

La *datio tutoris* tient en même temps de la juridiction gracieuse et de la juridiction contentieuse. A la première elle emprunte deux caractères : c'est qu'on ne saurait la déléguer, et qu'elle peut avoir lieu même les jours fériés. Par deux autres côtés elle ressemble à la juridiction contentieuse; car le magistrat ne nomme valablement un tuteur qu'à son tribunal, et n'est pas admis à se nommer lui-même. Enfin elle ne comporte pas de modalité expresse; mais elle

se trouve souvent affectée d'un terme ou d'une condition tacite, par exemple, lorsqu'il est pourvu au remplacement d'un tuteur temporairement empêché (L. 6, § 1, D. *De tutelis* 26-1; L. 7, § 1, D. *De confir. tutore* 26-3; L. 4, D. *De tutoribus* 26-5).

DEUXIÈME SECTION

Contrairement au tuteur français, le tuteur romain n'a pas le soin de l'éducation physique ou morale du pupille, et ne lui prête pas son domicile légal ; ses fonctions ne touchent pas à la personne. C'est le magistrat seul qui, sur l'avis du tuteur et des parents, choisit le gardien de l'impubère, en se conformant autant que possible aux dispositions du testament paternel, s'il en existe (L. 1, 3, D. *Ubi pupillus* 27-2. — L. 1, 2. C. *Ubi pupill.* 5-49. — *Conf.* C. C. art. 108, 450, 468.)

Le rôle du tuteur, ses obligations, ses pouvoirs ne sont donc relatifs qu'au patrimoine du pupille. Il est vrai qu'on l'a vu intervenir dans l'adrogation de l'enfant ; mais ce grand acte intéresse autant les biens que la personne. En principe, la mission du tuteur est gratuite ; elle commence au jour où sa qualité lui est connue, et s'il propose une excuse, au jour du rejet définitif de la demande (L. 1, § 1, D. *De admin. et peric. tut.* 26-7.)

§ I

Objet et étendue des fonctions du tuteur.

Les fonctions du tuteur se ramènent à deux obligations générales, qui engendrent et délimitent ses pouvoirs. Il doit, autant que possible, conserver et augmenter les biens du pupille.

Obligation de conserver. — Du devoir de maintenir intacte la fortune de l'impubère, les textes et le raisonnement déduisent diverses conséquences de détail ; en voici les principaux exemples.

1° Sont absolument interdits au tuteur les actes qui diminueraient sans compensation le patrimoine de l'enfant : tels sont les affranchissements et les donations. Cependant, le tuteur peut effectuer les affranchissements dans les cas exceptionnellement permis par la loi Ælia Sentia ; il peut aussi faire les donations qui rentrent dans la catégorie des présents d'usage, des dons rémunératoires ou

des donations alimentaires en faveur des proches parents du pupille. Quant aux actes juridiques dans lesquels il est impossible de savoir *à priori* s'il y a ou non compensation pour le pupille, comme la *transaction*, le *compromis* ou l'*acquiescement*, ce seront les circonstances qui, en déterminant l'utilité ou le désavantage de ces actes, en détermineront par cela même la validité ou la nullité (L. 22 ; L. 46, § 7. D. *De adm. et peric. tut.* 26-7).

2° Un sénatus-consulte, rendu sous Septime Sévère, en l'an 295 de notre ère, défendit aux tuteurs d'aliéner à titre onéreux les fonds de terre du pupille, situés à la campagne ou près des villes, *prædia rustica vel suburbana.* Cette règle étendue par Constantin aux *prædia urbana*, ainsi qu'à certains meubles précieux dont il donna l'énumération, fut généralisée par Justinien jusqu'aux choses incorporelles et créances du pupille. Les jurisconsultes y faisaient sagement rentrer les aliénations indirectes ou partielles, par constitution de gage, hypothèque, servitude, etc. Mais le principe fléchissait de plein droit au cas d'aliénation forcée ; d'autres fois le magistrat pouvait par un décret, après avis de la famille, autoriser la vente sur la considération d'une nécessité urgente ou d'un avantage évident.

Enfin, ne furent jamais interdites les aliénations qui constituent plutôt un acte d'administration que de disposition, c'est-à-dire qui portent sur des objets susceptibles de dépérir, comme les meubles improductifs, les esclaves des villes, etc. Le tuteur avait même le devoir d'y procéder et répondait d'un retard dans la vente (L. 1, D. *De rebus eorum*, 27-9. — L. 22, 28, C. *De adminis. et peric. tut.* 5-37.)

3° Le tuteur est tenu de payer les dettes du pupille, certaines et exigibles ; quand il se trouve personnellement créancier pour une cause étrangère à la tutelle, il doit se payer lui-même, et, dans l'hypothèse d'intérêts onéreux, il est réputé l'avoir fait. A l'inverse, le tuteur a l'obligation de recouvrer les créances du pupille, sous peine de répondre des insolvabilités survenues après les échéances ; quand il se trouve débiteur, il est censé verser le payement entre ses mains, ce qui transforme pour l'avenir en dette de tutelle la somme due à tout autre titre (L. 9, § 1, 4 ; L. 15, D. *De adm. et peric. tut.* 26-7).

4° La dépense ordinaire du pupille, ses frais d'entretien, *alimenta*, et d'éducation, *disciplina*, doivent, autant que possible, rester inférieurs à ses revenus. Dans l'usage, c'est le préteur ou le président

de province qui en fixe approximativement le chiffre, et le tuteur doit remettre les sommes ainsi déterminées à la personne chargée de la garde du pupille. Mais son avis est indispensable au magistrat; si donc il ne se présente pas pour donner les renseignements nécessaires, et que son absence soit frauduleuse, le pupille est envoyé en possession des biens du tuteur, avec un curateur chargé de vendre ceux qui dépériraient. S'il déclare mensongèrement que le pupille n'a rien, on le renvoie au préfet de la ville pour subir une peine que nous ignorons, et, de plus, il payera l'intérêt légal des sommes qu'il voulait dissimuler (*Inst.* L. I, t. XXVI, *De suspectis tutoribus*, § 9, 10).

Obligation d'augmenter. — Le tuteur a mission de développer la fortune du pupille : de là dérivent plusieurs conséquences pratiques.

1° Il doit donc faire tous les actes d'administration qui tendent à rendre les biens productifs, notamment faire les réparations nécessaires ou utiles, s'occuper de leur culture ou les donner à bail, suivant leur destination.

2° Il est chargé de veiller à l'acception des successions avantageuses, des legs, des donations entre-vifs ou *mortis causâ*, ainsi qu'à l'exécution des *modi* ou conditions qui peuvent y être apposés (L. 21, D. *De adm. et peric. tut.* 26-7).

3° Il n'a pas le droit de retenir inutiles entre ses mains les sommes par lui touchées, argent comptant à son entrée en fonctions, prix des biens vendus, créances réalisées, libéralités recueillies, excédant de revenus. Son obligation est de les déposer en lieu sûr et d'en faire emploi, dès qu'elles atteignent un chiffre fixé par le magistrat; autrement il en devrait lui-même l'intérêt. Le délai de placement est de six mois pour les valeurs touchées au début de la tutelle, et de deux mois pour les autres (L. 5, pr. ; L. 7 ; L. 15, D. *De adm. et peric. tut.* 26-7. *Conf.* C. C. art. 455, 456).

C'est dans les limites marquées par cette double obligation de conserver et d'augmenter les biens de l'impubère que s'exercent les pouvoirs du tuteur. En principe, tout ce qu'il fait au delà de ces bornes est nul et ne saurait lier le pupille. Cette règle, acceptable pour les actes nettement interdits comme la donation, est de nature à léser les tiers, quand il s'agit de transactions, novations, aliénations ou tout autre fait équivoque, tantôt permis tantôt défendu au tuteur (L. 22, D. *De adm. et peric. tut.* 26-7).

§ II

Mode d'exercice des fonctions du tuteur.

Pour remplir ses fonctions, le tuteur peut se servir de deux procédés essentiellement différents ; il peut en effet ou agir lui-même ou faire agir le pupille ; dans le premier cas, il procède par voie de *tutelæ gestio ;* dans le second, il agit par voie *d'auctoritas* (*Ulpien*, R. t. XI, § 25). Nous touchons ici au côté le plus original de la tutelle romaine qui se sépare profondément à ce point de vue de la tutelle française dans laquelle on voit toujours le tuteur intervenir en personne, pour le compte du mineur (C. C. art. 450).

Tutelæ gestio. — La *tutelæ gestio* est la conclusion d'un acte juridique par le tuteur pour le compte du pupille ; c'est le tuteur qui est alors partie, qui est l'un des auteurs du fait, et le pupille y reste étranger.

Or, l'un des plus célèbres principes du pur droit romain, c'est d'exclure la représentation, c'est-à-dire de n'admettre pas que ce qui est fait par une personne soit jamais réputé fait par une autre. Toutes les conséquences actives ou passives de l'acte de gestion du tuteur s'arrêtent donc sur sa tête ; lui seul, par exemple, est créancier s'il a stipulé, débiteur s'il a promis, investi ou passible de l'action en justice ; le tiers contractant ne connaît que le tuteur et n'a rien à voir avec le pupille. Sans doute, il faudra bien que l'affaire rejaillisse, en définitive, sur le patrimoine de l'enfant puisqu'on l'a réalisée pour son compte ; mais ce transport sera l'objet d'une série ultérieure d'opérations, qui interviendront à la fin de la tutelle entre le tuteur et le pupille.

Ce système si différent de notre loi moderne, qui répute fait par le pupille tout acte régulier du tuteur, offrait de sérieux inconvénients. D'abord, il y avait complication dans ce double déplacement de droits et de fonds ; ensuite le tuteur et le pupille couraient les dangers réciproques de l'insolvabilité de l'un ou de l'autre. Aussi le tuteur romain, curieuse remarque, ne semble-t-il pas avoir été contraint de tout temps à procéder par la *tutelæ gestio*. Son refus d'administrer ne lui faisait encourir à l'origine aucune responsabilité ; cette grave lacune subsista peut-être jusqu'à la disparition de la loi Atilia (*Inst.* L. I, t. XX. *De Atiliano tutore*, § 3).

Vers la fin du deuxième siècle de notre ère, la vieille théorie s'a-

méliore sensiblement. On admet qu'une fois le pupille arrivé à la puberté, c'est à lui-même ou contre lui-même que seront données *utiliter* toutes les actions provenues d'opérations régulières en la forme et faites de bonne foi par le tuteur, qui se trouve dessaisi au même moment. Si l'opération est entachée de dol, le tuteur reste tenu pour le tout, même après la tutelle, et le pupille ne peut être poursuivi que dans la mesure de son enrichissement (L. 2, 3. 8 D. *Quando ex facto tutoris* 26-9).

On peut donc, en résumé, poser la règle que le tuteur romain ne représente pas le pupille au moment du fait de gestion, mais que le droit nouveau le considère, après la tutelle, comme l'ayant représenté.

Auctoritas. — L'*auctoritas* est l'acte du tuteur qui complète la personnalité imparfaite du pupille, en l'aidant à conclure une opération juridique. Ici le pupille, à la différence du mineur français, figure sur la scène, joue le rôle de partie, consent et remplit les formalités; le tuteur n'intervient que pour achever par son *auctoritas* (*augere*) une capacité insuffisante ; tel fut toujours le sens de l'adage *tutor personæ datur.*

L'*auctoritas* relève de conditions qui lui sont propres. C'est un acte solennel, c'est-à-dire soumis à des formes spéciales. Elle exigeait sans doute dans les premiers temps l'emploi de paroles sacramentelles, et, si le droit classique et Justinien ne connaissent plus cette rigueur, toujours faut-il qu'elle soit pure et simple, sans terme ni condition, et que le tuteur la fournisse lui-même au moment de l'acte *præsens in ipso negotio;* donnée par avance, donnée après coup, donnée par lettre ou par messager, elle serait inefficace. L'*auctoritas* est donc plus qu'une simple autorisation, et notre langue ne fournit pas de terme équivalent (L. 8. — L. 9, § 5, 6. — L. 16, D. *De auctoritate tutoris,* 26-8. — *Inst.*, L. I, t. XXI. *De auct. tut.* § 2).

Quand le pupille agit *tutore auctore,* les conséquences actives et passives de l'acte se réalisent dans sa personne; c'est lui qui devient créancier ou débiteur, qui est investi ou passible de l'action. Sans doute il ne peut pas, dès à présent, l'exercer ou la subir seul; mais son patrimoine en est enrichi ou grevé. De là le brocard *qui auctor est, se non obligat;* aussi le tuteur, quoique libre en principe de refuser l'*auctoritas,* a-t-il toujours été responsable d'un refus intempestif (L. 17, D. *De auct. tut.*, 26-8).

Du reste, si l'*auctoritas* est fournie par dol, le pupille n'est lié que jusqu'à concurrence de son enrichissement, et le tuteur est tenu

pour le surplus (L. 13, § 7, D. *De actionibus empti et vend.*, 19-1).

Application de l'une et de l'autre. — De ces deux fonctions, l'*auctoritas* est la plus essentielle ; le tuteur seul peut l'exercer, tandis que la faculté d'administrer ou *tutelæ gestio* lui est commune avec les curateurs. En règle générale, le tuteur a dans chaque hypothèse particulière le choix entre ces deux procédés; aucun ne lui est imposé (L. 1, § 3, D. *De adm. et peric tut.*, 26-7).

Néanmoins le tuteur doit forcément recourir à l'intervention du pupille et *præstare auctoritatem* pour tous les actes personnels, c'est-à-dire de nature à n'être valablement conclus que par la personne intéressée; telles sont les *legis actiones* qu'on rencontrera plus tard, l'*in jure cessio* et la *manumissio vindictâ*, la mancipation, la stipulation, l'acceptilation, l'adrogation et l'acceptation ou répudiation d'hérédité.

A l'inverse, le tuteur ne peut employer l'*auctoritas*, et la voie de la *tutelæ gestio* lui est seule ouverte, lorsque le pupille se trouve hors d'état de prendre part lui-même à l'acte juridique. Tel est le cas facile à saisir du pupille absent; tel est le cas plus intéressant du pupille encore *infans*. On entend par *infantia* la première enfance, qui va jusqu'à sept ans; cet âge est incontestable pour le dernier état du droit, en vertu d'une constitution rendue par Théodose et Valentinien, l'an 426 de notre ère, et la doctrine actuellement prédominante le considère aussi comme certain pour le droit antérieur. Or, le pupille encore *infans* manque de tout discernement juridique; il n'a pas même le commencement de capacité que devrait achever l'*auctoritas ;* la *tutelæ gestio* est donc indispensable dans cette première période de la tutelle (L. 14, D. *De sponsalitiis*, 23-1. — L. 70, D. *De verb. oblig.*, 45-1. — L. 18, C. *De jure delib.*, 6-30).

Là prend naissance une difficulté. Il pouvait arriver que l'*auctoritas* et la *tutelæ gestio* fussent l'une et l'autre impraticables; par exemple, il s'agissait d'un acte personnel, et le pupille était absent ou *infans*. Les principes généraux offraient souvent alors des moyens indirects de suppléer à l'intervention de l'enfant; ainsi le tuteur remplaçait l'*in jure cessio* et la mancipation impossibles par un autre mode d'acquérir, tel que la tradition ou l'usucapion; la stipulation légalement inaccessible à l'*infans*, on chargeait son esclave de la faire, et le résultat était le même. A l'égard de l'adition d'hérédité, on prit des mesures spéciales. La succession laissée à l'*infans* par son *pater* lui appartenait de plein droit, en sa qualité de *suus heres*, sans aucune formalité d'acquisition; son âge ne pouvait donc être

une gêne. Mais, quand la succession lui advenait d'un autre que le *pater*, son acceptation était nécessaire; pour la réaliser, s'il n'était pas en état d'articuler, on lui faisait briser un objet fragile de l'hérédité, acte de maître qui constituait une adition tacite *pro herede gerendo;* s'il était en état d'articuler, on l'admettait à l'adition verbale, *tutore auctore*, par dérogation à la règle que l'*auctoritas* est impossible durant l'*infantia*. Enfin Théodose et Valentinien, dans la constitution déjà signalée, chargèrent tout simplement le tuteur d'accepter l'hérédité au nom et pour le compte du pupille encore *infans* (L. 18, C. *De jure deliberandi*, 6-30).

Il est d'autres cas où l'intérêt personnel du tuteur fait obstacle à l'interposition de l'*auctoritas*. En effet, *tutor in rem suam auctor fieri non potest ;* cette maxime souvent mal comprise ne signifie pas que le tuteur ne puisse jamais *præstare auctoritatem* pour des actes qui l'intéressent, puisqu'il lui est formellement permis d'habiliter le pupille à l'adition d'une hérédité dont lui-même, tuteur, se trouve créancier. Mais, dans toute affaire, soit contrat, soit procès, où le tuteur joue individuellement, *vel per subjectas sibi personas*, un rôle opposé à celui du pupille, il ne peut lui fournir son *auctoritas;* autrement il passerait en quelque sorte l'acte avec lui-même. Dans l'ancien droit, le magistrat nommait alors au pupille un tuteur spécial à l'effet de l'autoriser; ce *tutor prætorius* se maintient en quelques hypothèses au temps classique ; Justinien lui substitue un curateur (*Inst.* L. I, t. XXI. *De auctoritate tutoris*, § 3).

Dispense de l'une et de l'autre. — Supposons enfin que le pupille agisse seul, sans intervention de *tutulæ gestio* ni d'*auctoritas*. Il est indispensable alors de déterminer exactement sa capacité.

Tout d'abord il faut écarter le pupille *infans ;* absolument incapable, ce qu'il fait seul est et demeure nul (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inutilibus stipul.*, § 10).

Pour le pupille sorti de l'*infantia*, le droit est clair depuis l'époque classique, et se ramène à deux grandes règles :

Première règle. — Le pupille peut faire seul sa condition meilleure, et ne peut la faire pire qu'avec l'*auctoritas* du tuteur ; *placuit meliorem suam conditionem licere eis facere sine tutoris auctoritate, deteriorem verò non aliter quàm tutore auctore* (*Inst.* L. I, t. XXI, *De auct. tutoris pr.*). Le tuteur ne doit, au reste, lui fournir son *auctoritas* qu'en vue d'actes avantageux. Ces deux propositions, contradictoires en apparence, se concilient au moyen d'une observation

bien simple. Faire sa condition meilleure, c'est acquérir, soit un droit réel ou de créance, soit la possession, ou se libérer d'une dette; faire sa condition pire, c'est perdre son droit par aliénation ou par extinction, ou s'obliger. Le sens de ces expressions est donc technique, et revient à dire que le pupille majeur de sept ans peut acquérir seul; mais il lui faut pour aliéner ou s'obliger l'*auctoritas* du tuteur, qui ne doit, d'ailleurs, la fournir qu'à bon escient et dans l'intérêt de l'enfant. L'application de cette règle ne souffre aucune difficulté quand il s'agit d'actes simples produisant exclusivement l'un des deux résultats que nous venons de signaler. Lorsque l'opération rend uniquement la condition du pupille meilleure, comme une promesse qu'il reçoit, une mancipation gratuite dont il bénéficie, une remise de dette qui lui est accordée, l'acte est incontestablement valable lorsqu'il est accompli *sine tutoris auctoritate*. A l'inverse, lorsque l'opération rend uniquement sa condition pire comme une promesse, remise de dette ou mancipation gratuite de sa part, l'acte est nul sans conteste, s'il n'a pas été fait *tutore auctore*.

Mais, il y a des faits complexes qui rendent tout ensemble meilleure et pire la condition du pupille; tel est le paiement qui détruit sa créance en lui procurant la chose due ou qui le libère de sa dette en le privant de ce qu'il livre; tels sont les contrats synallagmatiques, vente, louage, société qui le rendent à la fois créancier et débiteur. Rigoureusement, la logique voudrait que l'acte fût décomposé, tenu pour valable en tant qu'il améliore la condition du pupille, tenu pour nul en tant qu'il l'empire (*Inst.* L. I, t. XXI, *De auct. tutoris pr. in fine*); un tel résultat eût été inique, aussi faut-il le tempérer par une autre règle que commande l'équité.

Seconde règle. — Le pupille n'est pas admis à s'enrichir aux dépens d'autrui. Donc chaque fois qu'il aura fait sa condition pire sans l'*auctoritas* de son tuteur, il n'en sera pas moins passible d'une action jusqu'à concurrence de l'enrichissement que son acte lui aura procuré. Ainsi, reçoit-il paiement de l'un de ses débiteurs *sine tutoris auctoritate*, le débiteur sera libéré, jusqu'à concurrence du profit que le pupille aura retiré de la chose payée. De même, figure-t-il sans *auctoritas* dans un contrat synallagmatique, il sera libre de maintenir le contrat ou de le faire tomber; mais, s'il le maintient, il sera tenu dans la mesure de l'avantage qu'il aura retiré du contrat (L. 5, pr. D. *De auct. tut.* 26-8. — L. 7, § 1, D. *De rescind. vend.* 18-5. — *Conf.* C. C. art. 1241, 1312).

Mais il est bon de noter sans retard une observation spéciale à l'adition d'hérédité. D'après nos deux règles, l'adition faite sans *auctoritas* par le pupille lui procurerait l'actif de la succession; quant au passif, c'est-à-dire aux dettes ou legs, il ne le supporterait que dans la mesure de son enrichissement, et s'en trouverait donc exempt pour tout ce qu'il aurait dissipé sans profit. Or une telle conclusion, injuste pour les créanciers héréditaires, jurerait de plus avec l'indivisibilité du titre d'héritier: on ne saurait être en même temps investi de l'actif, libre du passif, et l'adition reste nécessairement une dans ses effets. On ne pouvait dès lors prendre d'autre parti que de l'interdire absolument au pupille *sine auctoritate*. Il ne fait donc rien de valable en acceptant ou répudiant seul une hérédité, fût-elle bonne; car son âge le met hors d'état de l'apprécier. La décision est écrite aux Institutes, qui ne distinguent pas entre les successions civiles, prétoriennes et fidéi-commissaires (*Inst.* L. I, t. XXI, *De auct. tut.* § 1).

Impubère alieni juris. — Cette série de principes sur les actes du pupille n'est pas applicable à l'impubère en puissance paternelle. Car il existe entre eux cette différence capitale, que le pupille est doué d'un patrimoine, et qu'en droit pur, l'enfant de famille n'en a pas; l'intérêt de ses biens réclamait pour le premier une capacité moins nécessaire au second. Aussi l'impubère en puissance, une fois sorti de l'*infantia*, peut-il rendre seul sa condition meilleure et faire des acquisitions qui profiteront à son père; mais il ne peut rendre sa condition pire, même *patre auctore;* la loi romaine ne connaît pas de *patris auctoritas*. On n'excepte de cette règle que l'adition d'hérédité; le *pater* d'un impubère iustitué est admis à lui donner ordre de se porter héritier, dès qu'il a l'âge de la parole; Théodose et Valentinien autorisent plus tard le père, en même temps que le tuteur, à faire adition pour le compte de l'impubère *infans* (L. 8, § 1, D. *De acq. vel om. hered.* 29-2. — *Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 10, *in fine.* — L. 18, C. *De jure deliberandi*, 6-30).

TROISIÈME SECTION

FIN DE LA TUTELLE.

Parmi les causes qui mettent fin à la tutelle, les unes viennent de la personne du pupille, *ex parte pupilli*, les autres de la personne

du tuteur, *ex parte tutoris*. Dans le premier cas, il n'y a plus de tuteur; dans le second cas, le tuteur est simplement remplacé.

§ I

Modes d'extinction.

La tutelle prend fin *ex parte pupilli* de trois manières : 1° par la mort du pupille; 2° par sa puberté; 3° par toute *capitis deminutio* ou changement qui vient l'atteindre dans son *status familiæ*, *civitatis* ou *libertatis;* car l'adrogation, en l'introduisant dans une nouvelle famille, le rend *alieni juris*, et la perte, soit de la cité, soit de la liberté, lui enlève toute aptitude à la tutelle. Du reste, la transformation en esclave ou en pérégrin est assez difficile à comprendre et d'application bien rare pour un pupille, que sa jeunesse met généralement à l'abri de condamnations pénales (*Inst.* L. I, t. XXII, *Quibus modis tutela finitur*, § 1).

La tutelle prend fin *ex parte tutoris* dans cinq hypothèses : 1° par la mort du tuteur; 2° par sa *capitis deminutio maxima* ou *media*, c'est-à-dire sa chute en esclavage ou sa déchéance du droit de cité; anciennement et même encore au temps des Institutes, le changement de famille du tuteur produisait le même effet extinctif sur la tutelle légitime ou fiduciaire, en détruisant le rapport d'agnation ou de patronat qui lui servait de base; mais, dès l'instant que la législation des Novelles rattache la tutelle légitime au lien du sang, la *minima capitis deminutio* perd toute influence en cette matière; 3° par la survenance d'une excuse dans le cours de la tutelle; 4° par l'échéance ou l'accomplissement de la modalité résolutoire que le testateur a pu apposer à la tutelle testamentaire; 5° par la destitution du tuteur, *remotio suspecti tutoris* (*Inst.* L. I, t. XXII, *Quibus modis tut. finitur* § 2-6).

§ II

Suites de l'extinction.

Après la tutelle terminée, il faut procéder au règlement des comptes entre le tuteur et le pupille. Comme la tutelle est dans l'idée romaine un quasi-contrat analogue au mandat, les obligations du tuteur et du pupille correspondent à celles du mandataire

et du mandant (*Inst.* L. III, t. XXVII. *De oblig. quasi ex contr.*, § 2).

Recours du pupille contre le tuteur. — Le tuteur est responsable envers le pupille de tout dommage qu'il lui a causé, soit par une mauvaise *tutelæ gestio* ou par une *auctoritas* donnée à contre-temps, soit même en s'abstenant de l'une ou de l'autre pour des actes utiles. La responsabilité du tuteur embrasse non seulement son dol et sa faute lourde, *culpa lata*, mais encore sa faute légère, *culpa levis*. Cette faute légère s'apprécie-t-elle *in concreto* ou bien *in abstracto* ? En d'autres termes, le tuteur ne devra-t-il réparation que des négligences dont il se serait gardé pour ses propres affaires, ou même aussi des omissions qui lui sont habituelles dans la gestion de ses intérêts et qu'eût évitées un administrateur attentif? De ces deux doctrines qui trouvent un égal appui dans les textes, la seconde a pour elle un air plus frappant de vérité ; car elle s'accorde mieux avec la rigidité de ces mœurs romaines qui élevaient la tutelle au premier rang des plus sacrés devoirs, avant l'hospitalité, avant la clientèle, avant la parenté (L. 1, *pr.* D. *De tutelæ et rationibus* 27-3. — L. 10; L. 33, D. *De administ. et peric. tut.* 26-7).

Le résultat pratique de la responsabilité du tuteur, c'est son obligation de rendre compte des biens qu'il a reçus à l'entrée en charge, des acquisitions survenues dans le cours de la tutelle, et généralement de tous les actes quelconques d'administration. Ce compte a son point de départ dans l'inventaire que le tuteur a dû dresser au début, comme nous le verrons, et les principaux éléments en sont fournis, sans préjudice de tous autres moyens de preuve, par les notes qu'il a dû rédiger au fur et à mesure de sa gestion. En vue de la reddition de compte, le tuteur est tenu de provoquer la nomination d'un curateur à son ancien pupille (L. 5, § 5, 7; L. 33, § 1 D. *De adm. et peric. tut.* 26-7).

Ces diverses obligations du tuteur produisent deux actions ouvertes au pupille :

1° *Actio directa tutelæ;* c'est l'action de droit commun, civile, aussi vieille que l'institution de la tutelle ; elle marque de la note d'infamie le tuteur qui s'y laisse condamner. Dès l'époque des jurisconsultes, le pupille y jouit d'un privilège opposable aux créanciers chirographaires du tuteur, *privilegium inter personales actiones;* Constantin le transforme en une hypothèque tacite qui prend date au jour de l'ouverture de la tutelle (L. 42, D. *De adm. et pe-*

ric. tut. 26-7. — L. 22 ; L. 25, D. *De tutelæ et rat.* 27-3. — L. 20, C. *De adm. et peric. tut.* 5-37).

Si le tuteur est un fils de famille, le *judicium tutelæ* peut s'intenter contre son père *de peculio* ou *de in rem verso*, par l'effet de principes complexes qui seront expliqués en leur lieu (L. 21, D. *De adm. et peric. tut.* 26-7).

2° *Actio de rationibus distrahendis;* c'est une action exceptionnelle, civile, qui remonte à la loi des Douze Tables; elle suppose des comptes inexacts, frauduleusement présentés par le tuteur pour dissimuler un détournement commis au préjudice du pupille. Elle tend au double de la valeur détournée ; l'une des moitiés de la condamnation indemnise le pupille, l'autre punit le tuteur. Cette action est donc mixte, c'est-à-dire mélangée d'un caractère pénal; *tam rei quam pœnæ persecutoria;* aussi reste-t-elle personnelle au tuteur et ne se donne-t-elle pas contre ses héritiers, qui ne sont passibles que du *judicium tutelæ* pour la réparation due au pupille (L. 2, § 2, D. *De tutelæ et rationibus* 27-3).

Recours du tuteur contre le pupille. — De son côté, le tuteur peut être créancier. Le pupille doit lui rembourser toutes les avances qu'il a raisonnablement faites, le dédommager des pertes que lui a causées la tutelle, et le décharger des obligations contractées dans la *tutelæ gestio* (L. 3, § 1, 7, 8, D. *De contraria tutelæ* 27-4).

A ces fins, le tuteur est armé contre le pupille de l'*actio contraria tutelæ* qui n'est d'ailleurs ni infamante ni privilégiée. Si l'action directe, née du droit civil, a toujours coexisté avec la tutelle, l'action contraire, création du préteur, n'apparaît qu'au premier siècle de notre ère. Cette lacune tenait au double principe que le pupille ne s'oblige pas sans l'*auctoritas* du tuteur, et que le tuteur ne saurait la lui fournir valablement pour l'obliger envers lui-même. De ce défaut d'action, il résultait pour le tuteur qu'on ne pouvait le forcer à gérer. La jurisprudence prétorienne n'hésita pas à sacrifier ces subtilités de raisonnement aux nécessités de la pratique et créa l'action *contraria tutelæ*. Cette innovation ne fut pas sans réagir sur l'*actio directa;* car le tuteur n'était primitivement responsable que de sa mauvaise gestion et de son *auctoritas* donnée ou refusée hors de propos ; après l'organisation de son recours contre le pupille, il eut à répondre même de son abstention dans la *gestio* (L. 1, pr. D. *De contraria tutelæ* 27-4).

CHAPITRE XI

TUTELLE DES FEMMES PUBÈRES.

Dans la période de l'impuberté, la femme et l'homme sont traités de même par la loi romaine, qui leur applique sans distinction les règles de la puissance paternelle ou de la tutelle. Mais à la puberté, l'homme *sui juris* prend un libre essor dans la vie civile; la femme *sui juris* reste à peu près ce qu'elle était. Le vieux droit des Douze Tables, en effet, la retenait enfermée dans une tutelle perpétuelle. Les jurisconsultes classiques donnent de cette rigueur un semblant d'explication, en lui attribuant pour causes la faiblesse ou la légèreté d'esprit du sexe, et son ignorance des choses juridiques ou judiciaires, *sexus infirmitas, levitas animi ignorantia rerum forensium*; ce n'était là qu'un prétexte, ainsi que certains d'entre eux ont la franchise d'en convenir (*Gaius*, I, 190). La tutelle des femmes pubères s'organisa, non pour elles, mais contre elles, et sans doute par deux raisons. On ne voulait pas leur laisser l'influence qu'elles auraient trouvée dans une libre administration de leurs fortunes; et ces biens qui seraient sortis à la légère de leurs mains inexpérimentées, on voulait les conserver aux parents civils. L'intérêt social et l'intérêt des familles, tel est peut-être le double besoin qu'on tenta de satisfaire par une institution trop conforme aux rudes idées de ce vieux temps pour séduire le nôtre. La tutelle des femmes pubères ne fut, en réalité, qu'une mesure d'oppression (Tite-Live, L. XXXIV, n° 1 et s.) (1).

La tutelle des femmes pubères ressemble à la tutelle des impubères dans ses traits principaux; aussi n'aurons-nous qu'à relever les différences les plus saillantes.

§ I

Désignation du tuteur.

La tutelle des femmes se défère de la même manière et dans le

(1) C'est par les mêmes idées que peuvent s'expliquer toutes les lois votées pour restreindre la liberté ou la capacité des femmes telles que : la loi Oppia sur le luxe, la loi Voconia sur la capacité testamentaire et le sénatus-consulte Velléien sur l'*intercessio*.

même ordre que la tutelle des impubères. Aucune différence n'est à signaler entre les deux pour la compétence et les attributions des magistrats chargés, le cas échéant, de faire la nomination (*Ulpien*, R., t. XI, § 18, 20-24).

Quant à la tutelle testamentaire des femmes, elle est tantôt un acte de puissance paternelle, tantôt un acte de puissance maritale. Le mari peut même, au lieu de désigner directement un tuteur à sa femme *in manu* lui laisser le droit de le choisir. La femme a l'*optio plena*, quand le mari lui permet par testament de changer de tuteur à son gré ; l'*optio* est *angusta*, si la femme n'a la faculté de changer qu'un nombre de fois déterminé; dans les deux cas, le tuteur reçoit le nom de *tutor optivus* (*Gaius*, I, 148, 150-154).

La tutelle légitime des femmes s'attribue d'après la règle *ubi successionis emolumentum, ibi tutela*. Elle va donc aux plus proches agnats pour l'ingénue non émancipée, au patron ou descendants du patron pour l'affranchie ; sur la tête de l'ingénue émancipée, la tutelle est légitime pour l'ascendant émancipateur, et fiduciaire pour ceux qui l'exercent à son défaut. La tutelle des agnats ou du patron peut appartenir à des personnes frappées d'une incapacité physique, comme les impubères, les muets, les sourds. Ces incapables à la vérité n'auront qu'un titre nominal, et le magistrat constituera un *tutor ad hoc* dans les affaires où l'*auctoritas* sera exigée ; mais il ressort néanmoins de ce fait la preuve évidente que notre institution a été conçue dans l'intérêt du tuteur, et non de la femme. En outre, et par la même raison, la tutelle légitime, sans doute aussi la tutelle fiduciaire, peuvent faire l'objet d'une cession. Le cessionnaire, *tutor cessitius*, n'est d'ailleurs qu'un délégué dont les droits s'éteignent avec ceux du cédant, c'est-à-dire par la mort ou toute *capitis deminutio* de celui-ci ; à l'inverse, le cédant les recouvre par le dessaisissement du cessionnaire (*Gaius*, I, 168-170. — *Ulpien*, R., t. XI, § 20-22).

§ II

Effets de cette tutelle.

La tutelle des femmes pubères fut certainement prise au sérieux dans l'origine. Mais la science actuelle ne la connaît que par les textes du droit classique, où ses caractères primitifs sont presque effacés. Telle que nous pouvons la décrire, elle diffère profondément dans ses conséquences de la tutelle des impubères.

Tandis que le tuteur de l'impubère a les deux fonctions de la *tutelæ gestio* et de l'*auctoritas*, le tuteur de la femme ne procède jamais par la première et n'exerce que la seconde. En d'autres termes, la femme pubère accomplit elle-même tous les actes de la vie civile, et le tuteur se borne à donner son *auctoritas* quand est besoin. De là résulte que, privé de toute administration, il n'a point de comptes à rendre, et qu'entre la femme et son tuteur il n'existe aucune action de tutelle; la logique le dispense aussi de tout serment, inventaire ou caution (*Gaius*, I, 191. — *Ulpien*, R., t. XI, § 25).

Son unique rôle d'*auctor*, dans quels cas le tuteur est-il appelé à le remplir ? Comme l'impubère en tutelle, la femme peut faire seule sa condition meilleure; de plus que l'impubère, elle peut aussi, dans certaines limites, faire sa condition pire. L'*auctoritas* du tuteur ne lui est nécessaire que pour les actes les plus graves; tels sont : 1° les *actiones legis*, et, partant, l'*in jure cessio*; 2° l'aliénation des *res mancipi*, et, par suite, toutes sortes d'affranchissements; 3° les obligations; 4° l'acceptilation; 5° l'adition d'hérédité; 6° le mariage; 7° la constitution de dot (*Gaius*, II, 85. — *Ulpien*, R., t. XI, § 20, 22, 27).

Cette *auctoritas* ainsi requise, le tuteur n'était pas toujours libre de la refuser; car le préteur la lui imposait souvent. Dès lors, elle ne fut plus un des éléments de la capacité de la femme, mais une simple condition extérieure, une formalité. Le tuteur légitime conserva seul une certaine indépendance; héritier *ab intestato* de la femme, on ne le força jamais de se dépouiller lui-même en autorisant la femme à tester, et ce n'était pas sans des motifs impérieux qu'on exigeait son *auctoritas* pour les obligations et les aliénations de *res mancipi* (*Gaius*, I, 190-192).

§ III

Fin de cette tutelle.

Les mêmes causes en général mettent fin aux tutelles de la femme et de l'impubère. Toutefois, il est à noter que nul âge n'en libère la femme, et que l'adrogation lui fut longtemps inaccessible. En revanche, elle seule devenait *alieni juris* par la *conventio in manum*, et, dans le système des lois caducaires, une application du *jus liberorum* exemptait de la tutelle du patron la mère de quatre enfants, et de toute autre tutelle la mère de trois enfants (*Gaius*, I, 194. — *Ulpien*, R., t. XXIX, § 3).

Cette antique théorie ne pouvait pas survivre aux conceptions étroites des premiers Romains. Déjà, signe irrécusable de décadence, la raillerie s'y attaque au temps de Cicéron (1). Auguste lui porte un coup mortel en l'éteignant par une maternité triple ou quadruple. Enfin, sous le règne de Claude, une *lex Claudia* supprime la tutelle légitime des agnats, et la vaine apparence qui persiste dans les autres cas, illusoire et presque ridicule, disparaît sans abrogation formelle avant le triomphe du christianisme (*Gaius*, I, 157, 171. — L. 2, § 1, C. *De his qui veniam ætatis*, 2-45).

CHAPITRE XII

CURATELLE.

(*Inst.* I, t. XXIII.)

A la diversité d'objets déjà signalée entre la tutelle et la curatelle, se rattache une différence dans les pouvoirs. Le curateur a les mêmes fonctions de *gestio* que le tuteur; mais l'*auctoritas tutoris* fait ici place au *consensus curatoris*, qui n'a rien de solennel et se donne valablement *per nuncium* ou *per epistolam*, avant ou après l'acte. En outre, la curatelle est presque toujours déférée par le magistrat, très rarement par la loi, jamais par testament.

§ I

Curatelle des fous, prodigues et faibles d'esprit.

Cette première curatelle ne porte que sur des personnes pubères et *sui juris*; autrement elles seraient *in potestate vel in tutela*.

Système des Douze Tables : curatelle légitime. — Les cas de curatelle légitime furent déterminés en petit nombre par les Douze Tables. Cette loi ne considérait comme fou que le *furiosus*, c'est-à-dire la personne atteinte d'accès intermittents de folie. Par *prodigus*, elle n'entendait que la personne qui dissipait la succession *ab intes-*

(1) Nos ancêtres, disait Cicéron, ont voulu mettre toutes les femmes en puissance de tuteur et voilà que l'imagination des jurisconsultes a créé des tuteurs soumis au pouvoir des femmes. *Mulieres omnes majores nostri in tutorum potestate esse voluerunt; hi invenerunt genera tutorum quæ potestate mulierum continerentur* (Ciceron, *Pro Murena*, ch. XII, n° 29).

tato de son père ou d'un autre ascendant mâle parternel. Du reste, la folie, qui emporte par elle-même impuissance d'administrer, donnait immédiatement et sans formalités ouverture à la curatelle; quant au prodigue, il n'y tombait qu'après une sentence d'interdiction, rendue par le magistrat (*Ulpien*, R., t. XII, § 3. — *Paul*, S. L. III, t. IV, § 7).

Cette curatelle était déférée aux agnats dans l'ordre d'agnation, après eux aux *gentiles*. A défaut des uns et des autres, elle cessait. De ces détails jaillit la pensée des Douze Tables; le législateur n'avait pas souci de protéger le prodigue ni le fou, mais seulement de conserver les biens de famille à leurs héritiers présomptifs. Étroite dans ses bases, insuffisante dans ses moyens, cette organisation appelait un remède (*Inst.* L. I, t. XXIII, *De curatoribus*, § 3).

Système du préteur. — Le préteur assimile aux fous par accès, *furiosi*, les personnes dont la maladie d'esprit est continue, *mente capti*, même les sourds, les muets, et tous ceux qu'une infirmité permanente rend incapables de gérer leur fortune, qui *perpetuo morbo laborant*. De même, est désormais prodigue quiconque gaspille son patrimoine. La curatelle légitime n'est maintenue que pour les cas spécifiés par la loi des Douze Tables; en toute autre hypothèse, le magistrat nomme lui-même un curateur, qui doit à son origine le nom d'*honorarius* (*Inst.* L. I, t. XXIII, *De curatoribus*, § 3. — L. 1; L. 15, D. *De curatore furioso*, 27-10).

Le prodigue interdit ressemble au pupille sorti d'*infantia*, en ce sens qu'il peut rendre seul sa condition meilleure, et ne peut la rendre pire qu'avec l'assistance de son curateur. Le *furiosus* est frappé d'une incapacité absolue et radicale, quand il accomplit l'acte dans un moment de démence, *nihil agit*; il en est de même du *mente captus*, l'altération de ses facultés intellectuelles le rend incapable d'aucun acte juridique. Mais, pour l'un et l'autre, l'incapacité se justifiant par une lacune de l'intelligence doit cesser au retour de la raison, ne fût-il que momentané (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 8. — L. 6, D. *De verb. oblig.*, 45-1. — Paul, S. L. III, t. IV, § 5) (1).

Cette curatelle prend fin par la guérison du *furiosus* ou du *mente*

(1) La doctrine romaine soulève donc sur ce point, et pour chaque opération réalisée par le *furiosus* ou le *mente captus* une question de fait; l'acte a-t-il ou non été accompli alors que l'agent jouissait de l'intégrité de ses facultés mentales. Le Code civil, pour couper court à toutes difficultés, place au contraire l'aliéné interdit sous une présomption légale de démence qui rend *nuls de droit* tous les actes accomplis postérieurement à l'interdiction (Conf., C.C. art. 502).

captus et par la conversion du prodigue. Une décision judiciaire paraît indispensable pour constater ce changement.

§ II

Curatelle des mineurs de vingt-cinq ans.

Le vieux droit civil ne faisait pas de distinction entre le pubère et l'homme mûr. Cependant, si l'on réfléchit que la puberté romaine s'atteignait à quatorze ans pour les garçons et douze ans pour les filles, on admettra qu'il était imprudent de la confondre avec l'âge de pleine raison. Aussi devint-il nécessaire de subdiviser les pubères en deux classes, d'une part les mineurs de vingt-cinq ans, *minores viginti quinque annis*, *adolescentes*, *adulti*, d'autre part ceux qui avaient dépassé cette *perfecta* ou *legitima ætas*.

Mesures de protection prises dans l'intérêt des mineurs de vingt-cinq ans. — La première trace d'une protection spéciale pour les mineurs de vingt-cinq ans se rencontre dans une loi *Plætoria* ou *Lætoria* dont nous ignorons la date, mais qui se trouvait certainement en vigueur au temps de Plaute, vers le milieu du sixième siècle de Rome ; car il y fait allusion dans ses comédies. Cette loi organisa d'abord une accusation criminelle contre les tiers qui avaient frauduleusement abusé de l'inexpérience d'un *adolescens ;* cette poursuite ouverte à tous (*judicium publicum*) entraînait l'infamie pour le condamné et le rendait incapable de faire partie des sénats municipaux. La victime du dol, *circumscríptus*, pouvait en outre opposer la nullité de son engagement, tout au moins par voie d'exception. Enfin, comme le crédit des mineurs était dès lors ébranlé, la même loi les autorisait, pour la conclusion d'un acte juridique, à demander la nomination d'un curateur spécial dont la présence, en écartant tout soupçon de fraude, assurait la validité de l'opération (L. 7, § 1. D. *De exceptionibus* 44-1. — Plaute, *Pseudolus*, act. I, S. III. — Cicéron, *De officiis* L. III, n° 15).

Vient l'époque, sur la fin de la République, où le remède de l'exception et de l'action de dol profita à tout le monde en général. Les mineurs de vingt-cinq ans se trouvaient dans le droit commun ; alors le préteur, par la raison qu'ils peuvent être lésés sans être trompés, imagina en leur faveur la ressource exceptionnelle de l'*in integrum restituto ;* les règles nous en deviendront plus tard familières.

Enfin, dès le règne de Marc-Aurèle, la minorité de vingt-cinq ans devint par elle-même une cause de curatelle générale et permanente ; une distinction paraît seulement nécessaire. Le mineur qui a passé par la tutelle est toujours pourvu d'un curateur ; car son tuteur, avant la reddition de comptes, a dû l'avertir d'en réclamer un, ou provoquer personnellement la nomination. Le curateur ainsi désigné n'est pas dessaisi par la reddition de comptes, et reste en fonctions jusqu'à la majorité pour surveiller la gestion du patrimoine dont il a surveillé la restitution (L. 5, § 5, L. 33, § 1 D. *De adm. et peric. tut.* 26-7 — L. 1, § 3 D. *De minoribus viginti quingue annis* 4-4. — L. 13 § 2 D. *De tutoribus* 26-5).

Au contraire, le mineur qui n'a pas été en tutelle ne reçoit point de curateur contre son gré. Ce principe ne comporte guère que trois exceptions. L'adversaire en procès avec le mineur, et le débiteur désireux de lui payer sa dette, ont le droit d'exiger la nomination d'un curateur, qui atténuera singulièrement par son assistance les risques de *restitutio in integrum*. De même, l'adolescent frappé d'aliénation mentale sera soumis à la curatelle, non comme fou, mais comme mineur, nuance remarquable, qui entraîne l'exclusion des agnats et le maintien des pouvoirs du curateur pendant les intervalles lucides (*Inst.* L. I, t. XXIII, § 2 *De curatoribus*. — L. 3 § 1 D. *De tutelis* 26-1).

Condition juridique des mineurs de vingt-cinq ans. — Quelle est, en définitive, la condition juridique du mineur de vingt-cinq ans ?

1° Dans le droit classique, en dehors du cas de folie et, sauf la possibilité d'invoquer le bénéfice de la *restitutio in integrum* contre tous le actes qui lui portent préjudice, il nous apparaît capable de conclure, *sine consensu curatoris*, toutes sortes d'actes juridiques ; il n'en faut excepter que les aliénations prohibées dans le sénatus-consulte de Septime Sévère, élargi par Constantin ; car ces aliénations, interdites au tuteur, l'étaient par suite au curateur et plus forcément encore au mineur.

2° Mais le droit postérieur est différent. Depuis Dioclétien, les mineurs en curatelle semblent mis sur le même pied que l'interdit et le pupille, et ne peuvent rendre leur condition pire que *consensu curatoris*. En effet, à quoi bon leur permettre de réclamer un curateur, s'il ne doit y avoir nulle différence entre ceux qui font usage de cette faculté et ceux qui la dédaignent ? Ce changement de législation explique suffisamment, semble-t-il, la contradiction

qui se relève entre les textes de la grande époque juridique et certaines constitutions plus récentes (L. 101. D. *De verb. oblig.* 45-1. — L. 3 C. *De in integr. rest.* 2-22).

La curatelle des mineurs cesse par les mêmes causes que la tutelle des impubères, sauf la différence des âges qui les terminent. L'empereur peut néanmoins leur accorder la *venia ætatis*, bénéfice assez analogue à notre émacipation moderne ; les hommes l'obtiennent à vingt ans, les femmes à dix-huit. Cette faveur les assimile à des majeurs, si ce n'est qu'on les traite encore comme mineurs pour les aliénations d'immeubles (L. 1 C. *De his qui veniam* 2-45).

§ III

Curatelle des impubères.

L'impubère est nécessairement *alieni juris* ou *sui juris ;* mais la présence du père de famille ou du tuteur n'écarte pas toujours certaines curatelles spéciales.

L'impubère *alieni juris*, c'est-à-dire l'enfant de famille, reçoit un curateur pour ceux de ses biens dont la propriété ni l'administration n'appartiennent à son père, et qu'on apprendra bientôt à connaître (L. 8 § 1 C. *De bonis quæ liberis* 6-61).

L'impubère *sui juris*, c'est-à-dire le pupille, reçoit un curateur en plusieurs cas. Par exemple, il en est ainsi dans l'hypothèse d'un tuteur dont l'intérêt est contraire sur un point spécial à l'intérêt du pupille, ou qui fait admettre une excuse temporaire; de même, s'il est inhabile, mais exempt de la mauvaise foi qui permettrait de le destituer, il n'interviendra plus que pour l'*autoritas*, et sera pour la *gestio* remplacé par un curateur. Le curateur, personnellement responsable, diffère d'un autre suppléant qu'on appelle *adjutor-tutelæ*, et qui gère aux risques du tuteur (*Inst.* L. I, t. XXIII *De curatoribus* § 5, 6. — L. 13 § 1 D. *De tutelis*, 26-1).

§ IV

Actions de la curatelle.

A la différence de la tutelle, la curatelle n'engendre pas d'actions originales, distinctes et pourvues de règles propres. Contre le curateur, on donne une action directe de gestion d'affaires, *directa negotiorum gestorum ;* elle se rapproche du *judicium tutelæ ;* car le mi-

neur, le fou, le prodigue y jouissent comme le pupille d'un *privilegium personale*, que Constantin transforme en hypothèque tacite, au moins pour le mineur. L'action *de rationibus distrahendis* n'existe pas ici (L. 25 D. *De tutelæ et rationibus* 27-3. — L. 20 C. *De adm. tut.* 5-37).

Au curateur, on donne une action contraire de gestion d'affaires, *contraria negotiorum gestorum.*

Comme l'une et l'autre sortent du cadre habituel de la gestion d'affaires, elles sont qualifiées d'*utiles.*

CHAPITRE XIII

RÈGLES COMMUNES A LA TUTELLE ET A LA CURATELLE.

(*Inst.* I., t. XXIV-XXVI.)

Trois catégories de règles sont communes aux matières de la tutelle et de la curatelle.

I. **Garanties accordées aux incapables.** — Le tuteur ou curateur administre la fortune d'autrui ; de là des précautions à prendre.

Inventaire. — 1° L'un ou l'autre, avant d'entrer en fonctions, doit constater le patrimoine de l'incapable par un inventaire, *inventorium*, *repertorium*, fait en présence de *personæ publicæ*, qui sont probablement les magistrats municipaux ou les *tabularii.* L'omission de cette mesure de prudence l'exposerait à voir, lors de la reddition de compte, les biens de l'incapable évalués par le jugement en cas de simple néglignce, et par le serment de l'oyant compte lui-même en cas de dol. L'obligation de faire inventaire se représente d'ailleurs, chaque fois que pendant le cours de la tutelle ou curatelle, l'incapable recueille une succession. (L. 7 D. *De adm. et perc. tut.* 26-7. — L. 24 C. *De adm. tut.* 5,37. — *Conf.* C. C. art. 451).

Satisdatio. — 2° Le tuteur ou curateur contracte l'engagement principal de veiller aux intérêts qui lui sont confiés, *rem salvam fore;* il doit, en outre, fournir la sûreté qu'on appelle *satisdatio*, c'est-à-dire l'engagement auxiliaire d'un ou de plusieurs fidéjusseurs.

Cette caution n'est pas exigée des tuteurs testamentaires, ni des tuteurs ou curateurs nommés par les magistrats supérieurs après

enquête. Parmi les tuteurs légistimes, le patron et ses enfants, peut-être aussi l'ascendant émancipateur, en sont quelquefois dispensés sur examen. C'est toujours aux magistrats municipaux qu'incombe le soin de recevoir la *satisdatio* et de veiller à ce que les fidéjusseurs présentent une solvabilité suffisante ; la résistance du tuteur ou curateur entraînerait une *missio in possessionem pignoris causa,* c'est-à-dire la constitution d'un droit de gage sur ses biens au profit de l'incapable (*Inst.* L. I, t. XXIV *De satisdatione tut. vel. cur. pr.* § 1, 2, 3, 4. — L. 5 § 1 D. *De legitimis tut.* 26-4).

La caution, une fois présentée et agréée, s'engage envers l'incapable par le contrat de stipulation. Si l'incapable est absent ou trop jeune pour parler, son esclave le remplace ; s'il n'a pas d'esclaves et qu'on n'en puisse acheter, on fait intervenir un *servus publicus;* quelquefois le magistrat charge un tiers de stipuler, ou stipule directement lui-même ; l'action contre le fidéjusseur ne sera qu'*utilis* dans ces derniers cas. On finit par admettre, au lieu de ces expédients, que la volonté non douteuse du fidéjusseur suffirait à l'obliger ; il la manifestait en laissant inscrire son nom sur les *acta publica* (L. 2, 3, 4, 6, D. *Rem pupilli*, 46-6. — L. 4, § 3 D. *De fidejuss. et nominat.* 27-7).

L'incapable puise deux avantages dans cette *satisdatio.* Il y gagne d'abord contre le fidéjusseur l'*actio ex stipulatu*, indépendante de l'action directe de tutelle ou de curatelle ; elle ne s'ouvre, comme celle-ci, qu'après le dessaisissement du tuteur ou du curateur, et se donne aussi contre ses héritiers ; mais elle n'emporte pas infamie, et l'incapable n'y jouit d'aucun privilège (L. 5, *De fidejuss. et nominat.* 27-7).

En outre, contre les magistrats municipaux qui ont omis d'exiger des fidéjusseurs, ou qui en ont agréé d'insolvables, est ouverte depuis Trajan une *actio subsidiaria;* elle implique discussion préalable du tuteur ou curateur et de la caution, et n'est qu'un dernier remède pour l'incapable ; de là son nom. Les héritiers du magistrat en sont également passibles, mais ils ne répondent que du dol ou de la faute lourde de leur auteur (*Inst.*, L. I, t. XXIV, *De satisdatione tut. vel cur.* § 2, L. 4, 5. C. *De magistr. conveniendis* 5-75).

Restitutio in integrum. — 3° Enfin le pupille et le mineur de vingt-cinq ans sont investis d'une troisième faveur, la *restitutio in integrum.*

Primitivement créée pour le mineur de vingt-cinq ans, la *restitutio in integrum* fut étendue aux pupilles ; elle finit par embrasser, avec les actes accomplis par le mineur seul ou *consensu curatoris*, les faits de gestion du curateur lui-même, et tout ce que le tuteur exécutait par l'*auctoritas* ou la *gestio*. Comme le préteur ne distinguait pas entre les mineurs *sui juris* et les mineurs *alieni juris*, les fils de famille se trouvèrent également appelés à jouir de ce bénéfice (L. 1, § 1 ; L. 29 ; L. 47, D. *De minoribus*, 4-4).

Le délai de la demande à fin de *restitutio* comprend la minorité, plus une année utile dans le droit classique. Justinien substitue à ce dernier terme variable une durée fixe de quatre ans continus à partir de la majorité, *quadriennium continuum* (L. 5, § 1, C. *De in integrum restitutione*, 2-22. — L. 7, C. *De tempore in integr. rest.* 2-53).

Suivant une théorie générale qui sera posée plus tard, la *restitutio* requiert deux conditions. Il faut que le demandeur ait éprouvé une lésion, et que nulle autre voie de droit équivalente ne lui soit ouverte.

La lésion provient de causes diverses. Car elle consiste tantôt dans un appauvrissement direct, comme une aliénation ; tantôt dans un gain manqué, comme la répudiation d'une hérédité avantageuse ; tantôt dans une simple omission préjudiciable, comme l'oubli d'interjeter appel d'une condamnation ou d'interrompre une usucapion. Mais la *restitutio in integrum*, destinée à préserver le mineur des périls de son âge, n'efface pas les conséquences de son délit ou de son dol, ni les dommages résultés de cas fortuits ou trop insignifiants. La nécessité d'une lésion a donné naissance à la maxime *minor restituitur non tanquàm minor, sed tanquàm læsus* (L. 11, 24, 35, 64, D. *De minoribus*, 4-4. — Cf. C. C. art. 1305 et s.).

La *restitutio in integrum* suppose le défaut de tout autre moyen équivalent. On ne la donnerait donc pas à l'occasion d'un acte nul, comme une obligation du pupille non autorisé, une donation du tuteur ou curateur, une aliénation prohibée par le sénatus-consulte de Septime Sévère. Elle n'est d'ailleurs accordée qu'à l'incapable qui n'a pas trouvé pleine satisfaction dans ses actions de tutelle ou de curatelle, *ex stipulatu* contre les fidéjusseurs, et *subsidiaria* contre les magistrats. Par exception à ce caractère de ressource extrême, le mineur victime d'une violence peut opter

entre la *restitutio* et l'action *quod metus causâ*, et, s'il est victime d'un dol, il doit préférer la *restitutio* à l'action *de dolo;* cette dérogation tient à la gravité de ces deux actions, dont la première fait encourir la peine du quadruple, et la seconde l'infamie (L. 21, § 6, D. *Quod metus causa*, 4-2. — L. 38, D. *De dolo malo*, 4-3. — L. 3; L. 5; C. *Si tutor vel curator* 2-25).

Prononcée par le préteur, la *restitutio in integrum* a pour effet de remettre l'incapable dans la situation qui était la sienne avant l'acte dont il a souffert ; l'acte est annulé au regard de toutes les parties, *restitutio autem ita facienda est ut unusquisque in integrum jus suum recipiat.* Si donc, le mineur avait reçu un équivalent en échange de l'acte préjudiciable par lui accompli, il devrait restituer cet équivalent dans la mesure de son enrichissement (L. 24, § 4, D. *De minoribus*, 4-4. — Cf. C. C. art. 1312).

II. **Causes d'incapacité ou d'excuses.** — Dans la tutelle ou la curatelle, il faut distinguer les incapacités et les excuses. L'*incapacité* est l'inaptitude légale d'une personne au *munus publicum tutelæ vel curæ;* elle a pour raison d'être l'intérêt public ou l'intérêt de l'individu qu'il s'agit de protéger, et s'attache à des catégories entières de personnes, sans impliquer aucune défiance individuelle. L'*excuse* est une considération de fait qu'invoque une personne capable pour se dérober au *munus publicum;* elle est ordinairement dans l'intérêt du tuteur ou curateur, quelquefois du protégé. L'incapacité s'impose forcément, tandis qu'on peut renoncer au bénéfice de l'excuse.

Incapacités. — Sont incapables d'avoir la tutelle ou la curatelle, dans le droit classique, les non citoyens, les femmes, et, pour toute autre hypothèse que la *tutela legitima*, les impubères. Justinien établit en faveur des femmes deux exceptions qui nous sont connues, étend à tous les cas l'incapacité des impubères, et déclare incapables pour l'avenir le mineur de vingt-cinq ans, le militaire, l'un et l'auteur simplement excusables jusqu'alors, enfin les évêques et les moines (*Inst.*, L. I, t. XXV *De Excusationibus tut. vel cur.* § 13, 14. — Nov. 123, ch. 5).

La tutelle légitime avant Justinien, et depuis ce prince toute tutelle est également fermée aux sourds et aux muets; mais cette incapacité ne paraît pas comprendre la curatelle. En revanche, le mari et le père du mari ne peuvent pas être curateurs, l'un de sa femme, l'autre de sa bru ; seulement cette incapacité, inexac-

tement qualifiée d'excuse dans les Institutes, est étrangère à la tutelle (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De excusationibus tut. vel cur.*, § 19. — F. V. § 201).

Excuses. — Les excuses n'opèrent pas de plein droit. Le tuteur ou curateur n'est pas admis à les proposer, s'il a promis au père de l'incapable d'accepter la tutelle ou curatelle, ou si l'incapable est l'enfant de son patron ou de sa patronne (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De excusat. tut. vel cur.*, § 9. — L. 5, § 1, D. *De excusat.*, 27-1).

Hormis ces cas, les excuses s'invoquent d'abord devant le magistrat qui a fait la nomination ou qui avait qualité pour la faire; on peut ensuite interjeter appel. La décision définitive a l'autorité de la chose jugée, si l'excuse est rejetée à tort ou à raison; mais elle ne l'a point et se trouve exceptionnellement nulle de plein droit, si l'excuse est admise par la fraude de l'impétrant. Le tuteur testamentaire, en faisant agréer une excuse, perd les legs que lui avait adressés le testateur (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De excusat.*, § 20. — L. 28, D. *De test. tut.*, 26-2).

Le délai pour proposer les excuses est de cinquante jours à compter de la connaissance que le tuteur ou curateur a eue de sa vocation; s'il réside au delà de quatre cents milles du lieu d'ouverture de la tutelle ou curatelle, un jour de plus lui est accordé par chaque distance de vingt milles au-dessus de quatre cents. Le tuteur ou curateur qui croit avoir plusieurs excuses n'est tenu de les présenter ni conjointement ni dans un ordre déterminé (1). En principe, on ne se fait point excuser pour partie (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De excusat.*, §§ 16, 17).

Quant au détail des diverses excuses, il n'offre qu'un intérêt des plus médiocres; un simple classement suffit aux besoins de la théorie. 1° Dans leur cause finale, les unes sont favorables au tuteur ou curateur, les autres à l'incapable; ces dernières s'expliquent tantôt par l'impuissance matérielle du tuteur ou curateur, tantôt par une juste frayeur de son intérêt personnel ou de sa passion haineuse. 2° Dans leurs effets positifs, les unes sont *tàm à susceptâ quàm à suscipiendâ tutelâ vel curâ*, c'est-à-dire dispen-

(1) Toutefois le tuteur qui exerce le *jus nominandi potiorem* c'est-à-dire qui désigne une personne préférable à raison de sa parenté renonce implicitement à se prévaloir des autres causes d'excuse qu'il pourrait invoquer (F. V. § 157 et s. — *Conf.* C. C. art. 432).

sent également de continuer ou de commencer une tutelle ou curatelle ; les autres sont à *suscipiendâ tantùm*, c'est-à-dire ne dispensent que d'entrer en charge, et ne déchargent pas l'administrateur en exercice. 3° Dans leur durée, les unes sont perpétuelles et nécessitent la nomination d'un nouveau tuteur pour le pupille ; les autres sont temporaires et n'amènent que la désignation d'un curateur, sauf un tuteur *ad hoc* dans les cas d'*auctoritas*. 4° Enfin, considérées au point de vue du magistrat qui est appelé à les examiner, les unes exigent une appréciation, comme la maladie et la pauvreté, susceptibles de plus ou de moins; les autres ne requièrent qu'une vérification de fait, comme le *jus liberorum* et la qualité de fonctionnaire (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De excusat.*, pr. § 15. — *Conf.* C. C. art. 427 et s.).

Une dernière distinction, établie par quelques auteurs entre l'*excusatio necessaria* et l'*excusatio voluntaria*, confond les excuses avec les incapacités ; dans le langage romain, toute excuse est *voluntaria*.

Une excuse spéciale à la curatelle concerne l'ex-tuteur, qu'on ne peut forcer, même par testament, à devenir le curateur de son ancien pupille (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De excusat.*, § 18).

III. **Causes d'exclusion ou de destitution.** — Les causes d'exclusion et de destitution sont uniquement fondées sur l'intérêt de l'incapable, et s'adressent au tuteur ou curateur dont la loi se défie. Elles résident dans les mêmes faits ; seulement l'exclusion se prononce avant l'entrée en fonctions, tandis que la destitution frappe le tuteur ou curateur en cours d'exercice. Par exception, Justinien exclut de la tutelle le créancier ou le débiteur du pupille, tandis que la survenance de l'une de ces qualités pendant la charge donne lieu, non pas à la destitution du tuteur, mais à la nomination d'un curateur (Nov. 72, ch. 3-4. — *Conf.* C. C. art. 451).

Une seule et même voie est ouverte pour obtenir l'exclusion ou la destitution du tuteur ou curateur ; c'est le *crimen suspecti*, qui remonte aux Douze Tables, et dont la connaissance appartient à Rome, au préteur, dans les provinces, aux présidents ou à leurs délégués (*Inst.* L. I, t. XXVI, *De suspectis tutoribus*, pr. § 1 — L. 1. § 4, D. *De suspectis tutoribus*, 26-10).

Cette accusation s'intente contre le *suspectus*, tuteur ou curateur dont la gestion atteste la fraude, ou tout au moins une négligence

assez grossière pour ressembler à la fraude ; il n'importe que le vice apparaisse *in committendo vel in omittendo*. La fortune du *suspectus*, ou l'offre qu'il peut faire d'une caution solvable, n'empêche pas la poursuite. Les tuteurs de diverses espèces, tout au moins dans le dernier état du droit, sont passibles du *crimen* sans distinction (*Inst.* L. I, t. XXVI, *De suspectis tutoribus*, §§ 2-5-9-12-13. — L. 7, § 1, D. *De suspectis tutoribus*, 26-10).

Le *suspecti crimen* est une *actio quasi publica*, c'est-à-dire ouverte à tout le monde. Les femmes elles-mêmes, ordinairement hors d'état de poursuivre un crime dont elles ne souffrent pas, sont admises à cette accusation, pourvu qu'elles s'inspirent d'une affection honorable, *pietatis necessitudine*. En sens inverse, le pupille, habituellement maître d'intenter les poursuites criminelles qui le touchent, ne peut pas agir par cette voie contre son tuteur ; mais l'*adolescens* a le droit d'accuser son curateur, sur l'avis d'une sorte de conseil de famille, *ex consilio necessariorum*. Pour les cotuteurs, le *crimen suspecti* est un devoir. Si nul ne l'exerce, le magistrat statue d'office, du moins en présence de faits très graves (*Inst.* L. I, t. XXVI, *De susp. tut.*, §§ 3, 4. — L. 3. § 4, D. *De suspectis tut.*, 26-10).

A tous ces traits, de même qu'à son nom, on reconnaît que le *suspecti crimen* n'est pas une simple action pécuniaire, mais une véritable procédure criminelle sur laquelle le magistrat statue *extra ordinem*. Il emporte tout d'abord interdiction absolue pour le tuteur ou curateur de faire aucun acte de gestion, même de recevoir un payement. Si l'accusation échoue, le tuteur ou curateur reprend l'administration ; dans le cas contraire, le magistrat lui donne un successeur. En outre, il peut encourir l'infamie et des peines corporelles ; l'infamie accompagne la destitution *ob dolum*, sauf à l'égard du patron ou de l'ascendant : les peines corporelles s'attachent, en toute hypothèse de fraude, au tuteur qui est l'affranchi du père de son pupille, et pour des manquements exceptionnels à tout tuteur plébéien (*Inst.*, L. I, t. XXVI, *De suspectis tutoribus*, §§ 2, 6, 7, 10, 11. — L. 14, § 1, D. *De solut. et liberat.*, 46-3).

La fin de la tutelle ou de la curatelle, *ex utrâque parte*, empêche le *suspecti crimen* et même arrête toute poursuite commencée (*Inst.* L. I, t. XXVI, *De suspectis tut.*, § 8).

CHAPITRE XIV

CAUSES D'EXTINCTION OU DE TRANSFORMATION DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.

(*Inst.* I, t. XVI.)

La personnalité juridique telle que nous l'avons étudiée avec les trois éléments qui la composent: *libertas*, *civitas*, *familia*, peut ou s'éteindre ou se modifier à la suite d'événements divers. Il est certain d'abord que la mort en détruisant la personne physique met à néant la personne juridique ; mais il peut arriver, qu'une personne, sans perdre la vie, subisse cependant dans sa personnalité juridique une transformation qui l'atteint plus ou moins profondément ; on dit de cette personne qu'elle subit une *capitis deminutio*.

Qu'est-ce que la *capitis deminutio* ? Pour en avoir une idée exacte, il faut avant tout préciser le sens des deux mots qui composent cette locution intraduisible dans notre langue.

Caput est ici synonyme de *status* et désigne l'état des personnes. Or l'état des personnes a pour fondement indispensable la *libertas*, et peut comprendre, en outre, la *civitas* et la *familia*. L'esclave manque donc d'état ou de personnalité civile. Les pérégrins ont un état, puisqu'ils sont libres ; les uns restent *sine civitate*, comme les affranchis déditices et les déportés ; les autres joignent à la liberté la *civitas* inférieure de leur patrie. Aux citoyens romains seuls appartient la personnalité complète et parfaite ; car ils en cumulent seuls les trois éléments constitutifs, *libertas*, *civitas*, *familia*.

Deminutio, *minutio* n'a pas uniquement le sens de diminution. *Minuere*, *deminuere* signifie couper, trancher, briser, soit dans la vieille langue littéraire, soit dans la langue juridique de Justinien lui-même. C'est dans cette acception qu'il faut prendre ici le mot (César, *De Bello gallico*, l. VI, ch. 23. — L. 13, C. *De servitutibus*, 3-34).

De là vient une claire définition de la *capitis deminutio* : c'est un retranchement total ou partiel de l'état d'une personne. En théorie, ce retranchement constitue toujours une déchéance actuelle puisqu'il suppose la perte de l'un des éléments qui constituent le *status* de l'individu *capite deminutus*. Mais il est possible que l'élément

ou les éléments perdus par suite de la *capitis deminutio* soient aussitôt remplacés d'une manière équivalente ou même plus avantageuse, de telle sorte qu'en fait, et au point de vue des résultats pratiques, le *capite deminutus* ne subit pas nécessairement une véritable déchéance, un amoindrissement. La vérité est que la *capitis deminutio* aboutit tantôt à un amoindrissement, tantôt à une simple transformation désavantageuse ou favorable de la personnalité juridique.

La *capitis deminutio* suppose donc la perte ou l'altération de la liberté, de la cité, de la famille. Elle n'a rien de commun avec la privation de l'exercice des droits civils, telle que l'interdiction du prodigue ; elle ne se confond pas davantage avec les peines variées qui diminuent l'*existimatio* ou considération sociale d'un individu, et même lui ôtent quelques droits sans toucher à son *caput* ou *status*, telle que l'infamie, ou l'exclusion du sénat ; enfin elle est impossible à l'égard de l'esclave qui n'a pas de *caput* (*Inst.* L. I, t. XVI, *De capitis demin.*, §§ 4, 5).

§ I

Divers degrés de la capitis deminutio.

La *capitis deminutio* est, suivant les cas, *maxima*, *media* ou *minima*. (L. 11 D., *De capite minutis*, 4-5).

La *maxima capitis deminutio* résulte de la perte de la liberté ; la personnalité juridique y sombre tout entière, avec ses trois éléments. L'application au prisonnier de guerre en est assez rare; car, s'il meurt chez l'ennemi, on le répute mort au dernier instant qui a précédé sa captivité par application de la loi Cornelia et, s'il revient, la fiction inverse du *postliminium* efface rétroactivement son esclavage (L. 18. D. *De captivis*, 49-15).

La *media capitis deminutio* résulte de la perte de la cité, *amissio vel mutatio civitatis;* elle ne touche pas à la liberté. Les citoyens romains la subissent à la suite d'une condamnation pénale, comme l'interdiction de l'eau et du feu et la déportation, ou d'un fait volontaire, comme l'émigration dans une colonie latine, et l'acceptation d'une nationalité étrangère ; elle entraîne du même coup la ruine de leur *status familiæ*. Les pérégrins doués d'une *civitas* spéciale, en sont atteints par l'effet de condamnations analogues aux précédentes ; ils la subisesnt même, suivant l'opinion générale,

quand ils obtiennent la concession de la cité romaine; mais pour eux, il ne saurait s'y joindre la perte d'un *status familiæ* qu'ils n'ont pas (*Gaius*, I, 131 ; Pline, *Epist.* X, 8).

La *minima capitis deminutio* résulte de tout changement de famille que n'accompagne point la perte de la liberté ou de la cité; c'est la seule qui réponde exactement à la définition des Institutes, *prioris status commutatio*. Mais sans changement de famille, la simple transformation d'une situation individuelle ne suffit pas à la produire. Par exemple, tandis que de *sui juris* on ne peut devenir *alieni juris* sans la subir, la métamorphose inverse ne l'amène pas toujours ; on l'a vu pour les enfants de famille élevés à certaines dignités, ou que le père laisse maîtres d'eux-mêmes en perdant sa puissance par la mort ou toute autre cause. Sont, en définitive, frappés de *minima capitis deminutio :* l'adrogé et les descendants qu'il amène *in potestatem adrogatoris*, les enfants de famille émancipés, mancipés, ou donnés en adoption, les *liberi naturales* légitimés, les femmes *sui juris* ou *alieni juris* qui tombent *in manum, matrimonii vel fiduciæ causa* (1) (*Inst.* L. I, t. XVI, *De capitis deminut.*, § 3 — L. 1 ; L. 11, D. *De capite minutis*, 4-5).

De ces trois degrés de *capitis deminutio*, les deux premiers seuls atteignent également les Romains et les pérégrins; le troisième reste propre aux Romains. En effet, si les pérégrins ont le *status libertatis* et parfois un certain *status civitatis*, les Romains seuls peuvent avoir le *status familiæ*.

§ II

Conséquences de la capitis deminutio.

La *capitis deminutio*, triple dans sa cause, est une dans ses conséquences. Si des résultats divers paraissent en découler, il n'y a là qu'une illusion dont il faut se défendre. Car la *capitis deminutio* n'est pas la perte de la liberté, ni la perte de la cité, ni la perte de la famille. Elle n'est que l'effet de ces événements, tantôt isolé, tantôt accompagné d'autres effets coïncidents.

(1) On a prétendu que la *capitis deminutio* ne devait atteindre ni les enfants de l'adrogé ni les filles de famille qui tombent in *manum* sous prétexte que dans ce cas, la personne ne subissait aucun amoindrissement dans son état ou dans sa capacité. Mais cette assertion se trouve contredite tant par les principes généraux que par les textes les plus formels (L, 3 pr. D. *De capite minutis*, 4-5. Ulpien. R. t. XI, § 13).

La *capitis deminutio* n'exerce aucune influence sur les droits politiques ou publics, *jus suffragii*, *jus honorum*. Si donc ils disparaissent lors d'une *deminutio maxima* ou *media*,, c'est que cette disparition provient de la destruction d'une qualité qu'ils nécessitent, la qualité de citoyen romain; mais ce n'est pas elle qui les éteint (L. 5, § 2, D. *De capite minutis*, 4-5).

Dans la sphère du *jus privatum*, les conséquences propres de la *capitis deminutio* tiennent à l'idée qu'elle modifie la personnalité juridique. Dès lors elle anéantit les droits de création légale et laisse subsister ceux qui consistent *in facto potius quam in jure*, c'est-à-dire dérivent d'une relation naturelle ou correspondent à des faits.

Droit classique. — Ainsi, dans le droit classique, disparaissent par la *capitis deminutio* : 1° l'agnation et la *gentilitas*, du même coup la puissance paternelle, la tutelle légitime et les droits héréditaires du *jus civile* ; 2° les droits attachés à la personne elle-même, comme les *jura patronatus* en général, l'usufruit, l'usage, la créance d'un associé dans une société, la créance née d'une *adstipulatio;* 3° le testament du *capite minutus* et le *judicium legitimum* qu'il aurait intenté; 4° ses dettes, hormis celles qui sont nées de son délit, et sous la réserve de remèdes prétoriens que nous examinerons (*Inst.* L. I, t. XVI, *De capitis demin.*, § 3. — *Gaius*, II, 145 ; III, 51, 145, 153. — L. 2, § 2, D. *De capite minutis*, 4-5).

Au contraire, subsistent malgré la *capitis deminutio* : 1° la cognation et les droits qui en dérivent quand elle ne résulte pas seulement de l'agnation dissoute, comme dans l'adoption ; mais les droits de succession attachés à la qualité de cognat sont nécessairement éteints dans le cas de *maxima* ou *media deminutio*, parce qu'il faut être citoyen pour hériter ; 2° les obligations naturelles et celles qui n'engendrent qu'une action *in factum*, la dette de restitution de la dot ; 3° le droit déduit dans un *judicium imperio continens* ainsi que les *operæ servorum* et le *jus habitationis*. Quant au mariage du *capite minutus*, il se dissout par la chute en esclavage ou se transforme en *matrimonium injustum* par la perte de la cité (*Inst.* L. I, t. XVI, *De capit. demin.*, § 6. — *Gaius*, I, 135, 158. — L. 8, D. *De capite minutis*, 4-5).

Droit de Justinien. — Justinien ne touche point aux cas de *maxima* et de *media capitis deminutio;* seulement la servitude *pœnæ* ne dissout plus le mariage. Quant à la *minima capitis deminutio*, elle n'a plus dans le dernier état du droit qu'une existence purement nomi-

nale. La perte de l'agnation, qui en était le plus sérieux effet, devient impossible du jour où la Novelle 118, en 543, a supprimé la famille civile. La *gentilitas* et le *judicium legitimum* ont dès longtemps disparu. Quant à l'anéantissement de l'usufruit, de la société, du testament, des dettes, on verra sur chacune de ces matières que l'empereur ne l'admit plus. Que reste-t-il donc des anciens effets de la *minima capitis deminutio*? Peut-être, l'extinction des *jura patronatûs* et encore, n'est-ce pas là un point absolument démontré (*Inst.* L. II, t. IV, *De usufructu*, § 3. — L. III, t. XXV, *De societate*, § 4. — L. II, t. XVII, *Quibus modis testamenta*, § 6).

DEUXIÈME PARTIE

DES CHOSES, OU DES DROITS COMPRIS DANS LE PATRIMOINE.

(*Inst.* II; III; IV, t. I à V.)

La théorie des personnes correspond à l'étude des personnes considérées dans leur état et capacité; c'est l'étude des droits de famille, droits pécuniairement inappréciables.

La théorie des choses correspond, au contraire, à l'étude des personnes considérées dans leurs rapports juridiques avec les objets animés ou inanimés; c'est l'étude du patrimoine et des droits qui le composent, droits appréciables en argent.

CHAPITRE I

DÉFINITIONS ET DIVISIONS DES CHOSES.

(*Inst.* II, t. I.)

Les droits sont établis en faveur des personnes et portent sur les choses; ils ont les premières pour sujets et les secondes pour objets.

Les jurisconsultes n'ont pas à définir les choses en elles-mêmes, dans leur substance ou dans leurs propriétés; ce vaste champ de recherches est le domaine disputé des sciences métaphysiques et naturelles. Notre œuvre, c'est d'envisager les choses dans leurs relations avec l'homme, destinées qu'elles sont à satisfaire ses besoins ou ses plaisirs, et, par conséquent, à devenir l'assiette de ses droits naturels et sociaux.

Aussi, dans le langage juridique et dans le sens technique, à Rome et partout, au temps antique et de nos jours, doit-on en-

tendre par *chose*, *res*, tout ce qui est susceptible de faire l'objet d'un droit. Cette notion première comprend deux éléments : 1° il n'y a de chose que ce qui est extérieur à la personne, soit une matière animée ou inanimée, soit un fait, action ou abstention déterminée; 2° il faut en outre que cette matière ou que ce fait puisse devenir l'objet d'un droit; par exemple, si l'esclave est une chose, on ne peut en dire autant de l'homme libre, car étant le sujet désigné de tous les droits, il ne peut en être l'objet.

Mais ce même terme de *chose*, *res*, a revêtu des sens irréguliers. Il désigne souvent : 1° tout ce qui existe en réalité, susceptible ou non de supporter un droit, par exemple, l'air, la lumière, les astres, etc.; 2° de simples abstractions juridiques n'ayant qu'une existence purement intellectuelle; ainsi, dans ce sens, on appelle choses tous les droits reconnus par la loi, ce sont des *choses incorporelles*.

C'est à ces divers points de vue que la loi romaine indique plusieurs *divisiones rerum*. En définitive, elles découlent toutes d'une idée fondamentale, car on n'étudie les choses et leurs divisions que pour arriver à la détermination des droits qui peuvent les frapper. La logique nous impose donc une méthode nouvelle. Pour connaître les personnes, nous avons dû les ranger et les examiner par catégories; car chaque classe avait sa condition. Mais les choses se prêtent ou se refusent toutes aux mêmes droits en général, et, puisque le jurisconsulte se borne à les considérer sous l'aspect de leur utilité juridique, sa tâche est vite tracée. Aux divisions des choses suffit un rapide exposé préliminaire, et toute l'attention doit se consacrer ensuite aux droits qui s'y rattachent.

Or, si les *divisiones rerum* sont assez nombreuses, on peut néanmoins les ramener à trois principales : l'une est tirée du rapport des choses avec les personnes, une autre résulte de la nature même des choses, enfin une troisième dérive d'une disposition plus ou moins arbitraire du législateur.

PREMIÈRE SECTION

DIVISION TIRÉE DU RAPPORT DES CHOSES AVEC LES PERSONNES.

Cette division est la plus générale, elle s'exprime de deux manières; on dit d'abord que les choses sont, *in commercio* ou *extra commercium;* on dit encore que les choses sont *in patrimonio* ou *ex-*

tra patrimonium (*Inst*, L. II, t. I, *De divisione rerum*, *pr*. — *Gaius*, II, 1).

Rigoureusement, chacune de ces expressions a un sens différent: la première locution, *in commercio* ou *extra commercium* se réfère à la possibilité ou à l'impossibilité d'une appropriation privée, elle s'occupe non pas de ce qui est mais de ce qui peut être ; à ce titre, les animaux sauvages sont *in commercio* susceptibles qu'ils sont de devenir la propriété du premier occupant. La seconde locution, *in patrimonio* ou *extra patrimonium* s'occupe de la composition actuelle d'un patrimoine donné, elle se réfère non pas à ce qui peut être mais à ce qui est ; ainsi, les animaux sauvages, tant qu'ils ne sont pas pris, sont *extra patrimonium*. Toutefois, comme cette distinction ne présente pas d'intérêt pratique, la plupart des interprètes s'inspirant en cela du langage même de Justinien considèrent ces deux locutions comme absolument synonymes.

Donc, une chose est dite *in commercio* ou *in patrimonio* lorsqu'elle est susceptible de faire l'objet d'un droit quelconque, propriété, possession, droit réel ou de créance ; elle est au contraire dite *extra commercium* ou *extra patrimonium* lorsqu'elle répugne à toute appropriation privée (1).

En principe et suivant leur destination naturelle, toutes les choses sont dans le commerce ; elles prennent alors le nom spécial de *bona* ou de *pecunia* (L. 5 ; L. 39, D. *De Verbor. signif.*, 50-16).

Nous n'avons pas à nous en occuper d'une manière particulière, il nous suffira d'étudier les choses qui sont hors du commerce. Il faut cependant faire observer que la ligne de démarcation entre les *res in commercio* et les *res extrà commercium* n'est pas immuable. En effet, les choses *extrà commercium* tombent dans le commerce, dès qu'elles ne sont plus affectées à un usage public. En revanche, il arrive parfois que les choses *in commercio* sortent du commerce, soit pour un temps et dans certaines limites, comme les fonds dotaux, soit à l'égard de certaines personnes, comme les fonds provinciaux que ne peuvent acquérir les fonctionnaires ou militaires de la province, et les biens que ne peut acquérir le tiers chargé de les administrer en qualité de mandataire, tuteur ou curateur (L.

(1) Le *commercium* ainsi entendu diffère profondément de l'antique *jus commercii* déjà signalé plus d'une fois, et qui est la faculté de figurer dans une mancipation ou tout acte *juris civilis*.

62, D. *De contr. empt.*, 18-1. — L. 22, C. *De jure dotium*, 5-12).

Les *res extrà commercium vel extrà patrimonium* se partagent en quatre catégories; ce sont : 1° les *res communes ;* 2° certaines *res publicæ ;* 3° certaines *res universitatis ;* 4° les *res nullius* ou *divini juris* (*Inst.* L. II, t. I, *De divisione rerum*, *pr.* — L. 2, D. *De div. rer.*, 1-8).

§ I

Res communes.

On appelle *res communes* les choses qui, par leur nature, échappent à une appropriation exclusive, mais dont l'usage est commun à tous. Sans parler des astres, qui se dérobent aux classifications juridiques, on peut indiquer quatre choses communes, l'air, l'eau courante, la mer et son rivage (*Inst.* L. II, t. I, *De divis. rer.*, §§ 1, 3, 5).

L'*air* (*aer*), considéré dans son ensemble et comme masse flottante, ne saurait faire l'objet d'un droit exclusif pour un individu ni pour un peuple, il échappe à toute appropriation privée ; mais chacun peut en user suivant ses besoins.

L'*eau* suit la même règle ; fixe ou dormante, elle peut bien appartenir au maître du sol qui la soutient; mais, courante, elle est et doit rester à la disposition de tous. Aussi les Romains ne qualifient-ils de commune que l'*aqua profluens*.

La *mer* (*mare*) est inappropriable, comme eau courante et comme eau dormante ; de son caractère de *res communis*, on conclut que le droit d'y naviguer et d'y pêcher profite à tout le monde ; on en conclut encore que l'île qui se forme dans la mer, *insula in mari nata*, n'appartient à personne, elle devient la propriété du premier occupant (L. 2, § 9, D. *Ne quid in loco publico*, 43-8. — *Inst.* L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 22).

Le *rivage de la mer*, c'est la portion de côte que couvrent les plus hautes marées, *est littus maris, quatenùs hibernus fluctus maximus excurrit ;* cette définition célèbre est attribuée par un jurisconsulte à Cicéron, qui en reporte l'honneur à son ami Aquilius Gallus (Cicéron, *Topiques* n° 7. — L. 96, D. *De verb. sign.*, 50-16. — *Inst.* L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 3). Puisque le rivage est commun, on a le droit d'y sécher ses filets, de s'y promener, d'y amarrer un bateau et d'y établir des cabanes. On devrait même avoir le droit d'y élever des constructions, mais les nécessités de l'ordre public

et les besoins de la navigation ont fait ici fléchir les principes. On subordonne le droit de bâtir sur le rivage à l'autorisation préalable du magistrat, qui devra sauvegarder l'intérêt de la navigation ou de l'abordage, et les situations antérieurement acquises. Le constructeur non autorisé serait passible d'un *interdictum* de la part de toute personne intéressée ; il pourrait même être contraint à la démolition par le magistrat ; dans tous les cas, il serait soumis à des dommages-intérêts, ou même à une redevance annuelle. Du reste, la construction appartient au constructeur avec le sol qui la supporte ; mais cette portion de rivage redevient commune dès l'instant de la démolition, par une extension curieuse du *jus postliminii* (L. 50, D. *De acquir. rer. dom.*, 41-1 ; L. 6, D. *De divis. rer.*, 1-8; L. 3, § 1, 4. D. *Ne quid in loc. publ.*, 43-8).

§ II

Res publicæ.

Les *res publicæ* ont l'État pour maître et sont de deux espèces. Le domaine de l'État se compose en effet de deux classes de biens. Les uns forment son domaine privé, on les appelle *res patrimonii* ou *patrimonium populi vel fisci* ; tels sont : les terres conquises sur l'ennemi, les prisonniers de guerre, les biens faisant partie d'une succession vacante ou compris dans une confiscation ; l'État les possède en qualité de personne morale, et au même titre qu'un particulier, il peut les exploiter, les aliéner, en disposer et il y trouve une source de revenus, ce sont des *res in commercio*. Les autres biens de l'État forment son domaine public ; ils sont inaliénables et imprescriptibles, ils sont affectés à l'usage public et cette destination les enlève à toute appropriation privée si bien que l'État n'en est pour ainsi dire que le propriétaire théorique. Ces biens sont *extra commercium* et ce sont les seuls qui méritent véritablement le nom de *res publicæ*.

Parmi les choses du domaine public (*res publicæ*), les unes doivent ce caractère à la détermination de la loi ou à l'usage ; telles sont : les routes, les rues, les places et les forteresses ; les autres tiennent, au contraire, leur manière d'être de la nature elle même ; telles sont : les fleuves et les ports. Quelques mots suffiront sur les fleuves et sur les routes.

Les fleuves, *flumina*, sont publics par opposition aux ruisseaux,

rivi, qui appartiennent aux riverains; la distinction entre eux est une simple distinction de fait basée uniquement sur l'importance du cours d'eau. D'ailleurs, tous les fleuves ne font pas partie du domaine public, on ne doit y classer que les cours d'eau qui ne se tarissent jamais, *flumina perennia* et non par les cours d'eau intermittents, les torrents, *hyeme fluentia*. Le droit romain, contrairement à notre législation moderne, n'a donc pas cherché le signe du domaine public dans la navigabilité ou la flottabilité. D'ailleurs l'eau du fleuve est commune, en sa qualité d'*aqua profluens;* le lit du fleuve, *alveus*, est tantôt la propriété des riverains, tantôt dépourvu de maître, comme on le verra bientôt; en conséquence, le fleuve n'est *res publica* que dans sa forme vivante et dans son individualité complexe. Il résulte de là que tout le monde peut y pêcher et y naviguer. Quant à ses rives, déterminées par son volume normal, le sol en appartient aux riverains avec les arbres qu'il produit; mais l'usage en est public dans l'intérêt de la navigation pour y passer, y décharger des bateaux, les amarrer aux arbres, etc.; c'est une sorte de servitude légale (L. 4, § 1, D. *De divis. rer.*, 1-8. — *Inst.* L. II, t. I, *De divis. rer.*, §§ 2, 4. — *Conf.* C. C. art. 538).

Les routes publiques sont : 1° les *viæ militares* ou *publicæ*, routes impériales, consulaires ou prétoriennes, construites aux frais du trésor public, qui conduisent soit à des voies pareilles, soit à la mer, soit à des fleuves, soit à des villes; 2° les *viæ vicinales*, généralement construites au moyen de corvées ou journées de prestation, qui existent dans les campagnes ou conduisent aux villages; 3° les *viæ agrariæ*, construites aux frais des particuliers, lorsqu'elles aboutissent à une *via publica* (L. 2, §§ 22, 23. D. *Ne quid in loc. public.*, 43-8. — L. 1, C. *De coll. fund.*, 11-64).

Les *res publicæ* étant affectées ou à un service public ou à l'usage de tous les habitants, étaient protégées par une *actio injuriarum* et par des interdits généraux ou spéciaux au profit des particuliers; si ceux-ci n'agissaient point, les magistrats armés d'un pouvoir discrétionnaire pouvaient, ou imposer aux contrevenants la destruction de tout ouvrage établi sur un endroit public, ou les soumettre au paiement d'une redevance, *solarium* (L. 2, § 7, 17 D. *Ne quid in loc. public.* 43-8).

§ III

Res universitatis.

On appelle *universitas* un être collectif et fictif, c'est-à-dire une personne morale qui se forme de la réunion de plusieurs personnes physiques. Il n'est pas libre à tous de se constituer ainsi en corporation, *corpus habere ;* les Romains ont toujours exigé l'intervention d'un acte législatif pour donner existence à ces fictions. Les *universitates* sont nombreuses ; en laissant de côté la première et la plus vaste d'entre elles, qui est le peuple romain ou l'État, on peut citer diverses corporations ou *collegia* de prêtres, de publicains, d'artisans, certaines sociétés (*societates publicæ*) et principalement les cités, *civitates*, *municipia*.

Les biens des cités appellent la même distinction que les biens de l'État ; ils sont du domaine public ou du domaine privé. Ainsi les esclaves que la cité recueille par voie de legs ou de donation, et toute autre chose qu'elle exploite comme ferait un particulier, restent dans le commerce ; mais sont *extrà commercium* les stades, les théâtres, les bains, en un mot, tout ce qui se trouve affecté aux besoins généraux. Peut-être les autres corporations voyaient-elles leurs biens soumis à la même division, selon qu'ils étaient ou non destinés à l'usage collectif des membres (L. 1, D. *Quod cujuscumque*, 3-4. — *Inst.* L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 6).

§ IV

Res nullius.

L'expression de *res nullius* est employée dans plusieurs acceptions différentes. Tantôt elle désigne une chose non susceptible d'appropriation individuelle, et devient alors synonyme de *res extrà commercium*. Tantôt elle s'applique à des *res in commercio* qui n'ont pas de maître pour le moment, comme le gibier, une succession non encore acceptée, etc. Tantôt elle embrasse les *res divini juris*, par opposition aux *res humani juris ;* c'est en ce sens qu'il faut la prendre avec Justinien (*Inst.* L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 7).

La division des choses en *res divini juris* et *res humani juris* fut anciennement la plus importante de toutes, au temps où les pontifes avaient sur les premières un droit de surveillance et de juridiction qui ne leur appartenait par sur les *res humani juris*.

Mais, dans le droit des Institutes, cette division a perdu de son ancienne importance, elle n'est plus qu'incidente aux *res nullius*. Or les *res nullius* ou *divini juris* se partagent en trois catégories, *res sacræ*, *res religiosæ* et par assimilation les *res sanctæ*.

I. **Res sacræ.** — Les *res sacræ* sont pour le paganisme les choses consacrées aux dieux d'en haut, *diis superis;* ce caraclère auguste leur est imprimé par une *consecratio* ou *dedicatio* qui émane des pontifes, et qu'ils ne peuvent communiquer aux immeubles sans une autorisation législative. Depuis le triomphe du christianisme, les *res sacræ* sont les choses consacrées à Dieu par les évêques; Justinien n'exige plus aucune permission préalable de l'autorité (*Gaius*, II, 4, 5; *Inst.* L. II, t. I, *de divis. rer.*, § 8; *Nov.* 67, ch. 1; *Nov.* 131, ch. 7).

Au point de vue civil, les *res sacræ* sont hors du commerce et ne sauraient donc faire l'objet d'aucun droit réel ni personnel. Par une dérogation spéciale aux meubles, Justinien en permet l'aliénation dans certains cas limités, notamment pour racheter des captifs, pour payer les dettes de l'établissement religieux auquel ils appartiennent, et probablement aussi pour nourrir les pauvres en temps de famine. Au point de vue pénal, la violation d'une *res sacra* constitue le crime de sacrilège, diversement puni suivant le fait et la personne (L. 1, 3, 4. *D. Ad legem Juliam peculatus*, 48-13; *Inst.* L. II, t. I, *D. divis. rer.*, § 8).

Les *res sacræ* demeurent telles à perpétuité; la ruine d'un temple ne rendra pas le sol profane. Deux causes peuvent seules effacer l'empreinte de la consécration. C'est d'abord l'*exauguratio*, cérémonie inverse de la *dedicatio*. C'est ensuite l'occupation ennemie, qui écarte les dieux nationaux d'un lieu désormais souillé; mais l'effet de la conquête n'est que provisoire, et cesse avec l'invasion (L. 36, *D. de religiosis*, 11-7).

II. **Res religiosæ.** — Les *res religiosæ* sont les choses consacrées aux dieux d'en bas, *diis inferis*, c'est-à-dire aux dieux mânes; c'étaient les âmes des morts. Le christianisme, tout en proscrivant ces divinités comme les autres, conserva cependant le respect si naturel des tombeaux. Aussi les *res religiosæ* existent encore dans le dernier état du droit romain; ce sont toutes les choses qui ont été régulièrement consacrées au culte des morts et à leur sépulture (*Gaius*, II, 4; *Inst.* L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 9).

Tandis qu'il faut l'intervention sacerdotale pour faire des *res*

sacræ, la volonté d'un simple particulier peut faire des *res religiosæ*. Ce résultat dépend néanmoins de quatre conditions précises : 1° le terrain doit être légalement propre à recevoir une inhumation ; or une disposition de la loi des Douze Tables applicable à la ville de Rome, mais étendue par une décision d'Adrien au territoire de toutes les cités, défendait sous des peines sévères de souiller la cité et son culte en y enterrant un mort, *ne funestaret sacra* (1) ; 2° l'inhumation doit ne violer aucun droit réel de propriété, copropriété, usufruit, gage, etc.; la personne lésée peut à son choix solliciter, soit du prince, soit des pontifes, l'autorisation d'enlever le cadavre, ou réclamer la réparation du préjudice par une action prétorienne *in factum ;* 3° l'inhumation doit être réelle, c'est-à-dire consister dans le dépôt matériel des restes humains, corps ou cendres; un cénotaphe, *tumulus inanis*, n'est donc pas religieux ; 4° l'inhumation doit être faite à perpétuité, dans la vue de donner aux dépouilles du défunt une demeure fixe.

Du reste, le caractère religieux de la sépulture disparaît, soit provisoirement par l'occupation ennemie, soit définitivement par l'enlèvement des restes, en vertu d'une permission du magistrat ou de l'empereur (*Paul*, S, L. I, t. XXI, § 2; — L. 2; L. 6, § 1; L. 39; L. *44, D. De religiosis*, 11-7).

Au point de vue civil, les *res religiosæ* sont hors du commerce, et non susceptibles d'une aliénation, d'une revendication ou d'un partage. Cependant elles font l'objet, contrairement aux *res sacræ*, d'un véritable droit privé qui a le nom de *jus sepulcri ;* ainsi, ce droit peut être légué, il est transmissible aux héritiers, quand il s'agit d'un *sepulcrum hereditarium*, à tous les membres de la famille quand il s'agit d'un *sepulcrum familiare ;* enfin, il peut faire l'objet d'une certaine indivision et appartenir à plusieurs ayant droit (*sepulcrum commune*). Des textes contradictoires le déclarent même, les uns prescriptible, les autres imprescriptible (L. 4, *D. De mortuo infer.* 11-8; — L. 6. *C. De religiosis*, 3-44).

Au point de vue pénal, la violation des *res religiosæ* ne constitue pas le crime de sacrilège, et ne donne lieu qu'à une *actio popularis*

(1) Cette prohibition que nous serions assez tentés d'expliquer aujourd'hui, avec nos idées modernes, par un motif d'hygiène et de salubrité, fut en réalité inspirée par un préjugé religieux; on voulait éviter que les dieux mânes se trouvassent en contact avec les dieux nationaux habitant la cité (*Paul*, S. L. I, t. XXI, § 2).

de sepulcro violato; il en résulte une peine pécuniaire et l'infamie (L. 1 ; L. 3, pr. *D. De sepul. violat.*, 47-12).

Res sanctæ. — Les *res sanctæ* n'appartiennent au droit divin que par assimilation. Ce ne sont pas, quoi qu'en dise Justinien, celles que la menace d'une sanction garantit contre les entreprises des hommes; car à ce compte, seraient *res sanctæ* les ambassadeurs, les tribuns du peuple, la vie humaine, la réputation des citoyens, les choses sacrées ou religieuses, etc. Les Institutes livrent la clef du problème, en donnant pour exemples de *res sanctæ* les remparts et les portes des villes. En effet aux époques antiques, surtout dans l'Italie, la fondation des villes était accompagnée de solennités pieuses, qui avaient pour objet d'en déterminer l'enceinte. Les dieux de la cité venaient alors y fixer leur séjour, et l'on renouvelait annuellement des cérémonies analogues pour les retenir; à Rome, cette tradition plus ou moins fabuleuse expliquait la fête célèbre des murs, *amburbalia*. Rien d'étonnant alors que les portes et les remparts des villes, ayant été l'objet d'une cérémonie religieuse particulière, ne fussent pas considérés comme choses profanes. On s'élève sans peine de cette remarque à la définition; les *res sanctæ* sont les choses consacrées par un acte religieux, mais dont nulle attribution spéciale n'a été faite à une divinité précise; elles diffèrent par ce dernier trait des *res sacræ vel religiosæ* (L. 2, *D. Ne quid in loco sacro*, 43-6).

Toutes les *res nullius*, *sacræ*, *religiosæ*, *sanctæ*, appellent une remarque intéressante. Chez nous, dans notre loi moderne, les objets consacrés au culte appartiennent à la personne morale qui a opéré l'affectation, État, commune ou fabrique; comment comprendre qu'en droit romain ils n'appartiennent à personne, et qu'un temple, un tombeau, surtout les murs et les portes des villes n'aient pas de maîtres reconnus? Peut-être faut-il accepter l'explication suivante. Aux yeux des Romains, la propriété était la puissance absolue; elle emportait le droit de consommer et détruire, *abusus*. Cette conception ne parut pas applicable aux choses *divini juris;* entrées dans le domaine de la divinité, elles étaient entièrement étrangères au domaine de l'homme. Pour un peuple essentiellement religieux, il y avait dans cette théorie un sûr moyen de mettre à l'abri de toute injure le culte et ses divers instruments ou symboles (*Conf.*, C. C. art. 537-543).

DEUXIÈME SECTION

DIVISIONS TIRÉES DE LA NATURE DES CHOSES.

En s'attachant à leur nature physique, on voit que les choses sont susceptibles d'une double division; elles se divisent, d'une part, en choses corporelles ou incorporelles et, d'autre part, en meubles ou en immeubles.

§ I

Choses corporelles et incorporelles.

Les choses de création naturelle ou juridique, sont en effet, corporelles ou incorporelles (*Inst.*, L. II, t. II, *De rebus incorp. pr.*).

I. — Les choses corporelles (*res corporales*) sont celles qui affectent extérieurement les sens, qu'on peut voir ou toucher, *quæ tangi possunt;* telles sont : les fonds de terre, les vêtements, l'or et l'argent. Il faut aussi y classer les esclaves, car bien que l'esclave soit une personne à certains points de vue, nous savons déjà qu'il est susceptible d'une véritable propriété et qu'à ce titre, il peut figurer dans un patrimoine (*Inst.* L. II, t. II, *De rebus incorp.*, § 1).

II. — Les choses incorporelles (*res incorporales*) sont les abstractions saisissables uniquement à l'intelligence, *quæ tangi non possunt*. Le domaine en paraît infini, puisqu'il n'y a pas de bornes à notre imagination; mais cette manière de les concevoir est purement philosophique. Pour les jurisconsultes, dont chaque distinction doit répondre à quelque utilité réelle, les choses incorporelles ne sont ni les notions exclusivement théoriques comme le temps et l'espace, ni même les droits inappréciables en argent comme la puissance paternelle, la tutelle, le mariage. Cette classe ne comprend en réalité que les droits pécuniairement appréciables. A ce point de vue s'expliquent aisément les énumérations romaines des *res incorporales*. Gaius et Justinien nous citent en effet comme choses incorporelles : l'usage, l'usufruit, les servitudes prédiales, les créances et les hérédités (*Gaius,* II, 12-14. — *Ulpien*, R. t. XIX, § 11. — *Inst.* L. II, t. II, *De rebus incorp.*, § 2, 3).

Ici prend naissance un problème depuis longtemps résolu. La propriété, droit susceptible d'une évaluation pécuniaire, et le plus important de tous, n'est pas comprise parmi les choses incorporel-

les. Cette anomalie juridique n'est pas propre à la législation romaine, on la rencontre aussi dans notre droit français; elle est le résultat d'une habitude invétérée de langage. La propriété s'incorpore et s'identifie avec son objet; l'un et l'autre sont inséparables, au point qu'on les confond en disant *ma terre*, *ma maison*, *mon cheval;* ces locutions ne laissent aucun doute sur le droit indiqué, bien qu'elles n'en contiennent pas le nom. Au contraire, s'agit-il de tout autre droit, servitude, hypothèque, créance; il ne sera connu qu'une fois nommé; on dira *ma servitude sur tel fonds, mon hypothèque sur telle chose, ma créance sur tel débiteur*.

Dès lors, notre division revient à confondre le premier de tous les droits avec ce qui en est frappé; on oppose la propriété, sous l'apparence et la désignation de chose corporelle, à tous les autres droits qualifiés de choses incorporelles. L'intérêt pratique de cette conception, évidemment fausse en théorie, c'est que les *res incorporales* ne sont à proprement parler susceptibles ni de propriété ni de possession (L. 3, D. *De acquir. rer. dom.* 41-2; L. 4, § 27. D. *De usurp. et usuc.* 41-3).

§ II

Meubles et immeubles.

Une autre division également tirée de la nature des choses les divise en meubles et en immeubles.

Meubles. Les meubles sont les choses qui sont susceptibles de se mouvoir par elles-mêmes, comme les esclaves et les animaux, ou d'être déplacées par l'effet d'une force extérieure comme une table, une somme d'argent; on les appelle *res mobiles* ou *res se moventes* (L. 1, C. *De ususc. transf.*, 7-31).

Immeubles. Les immeubles sont les fonds de terre et tous leurs accessoires (*prædia, fundi, res soli*).

On distingue d'ailleurs plusieurs catégories d'immeubles : les immeubles par nature, les immeubles par incorporation et les immeubles par destination. Les immeubles par nature sont les fonds de terre, le sol; les immeubles par incorporation sont les meubles incorporés au sol, organiquement comme les arbres et les plantes, artificiellement comme les maisons et les constructions quelconques; enfin les immeubles par destination sont les objets mobiliers, attachés à un immeuble pour son service ou son exploitation

comme les clefs d'une maison ou les animaux attachés à la culture d'une terre (L. 17, D. *De actionibus empti.*, 19-1).

A un autre point de vue, les immeubles ou *prædia* se subdivisent en *prædia urbana* ou *rustica* et en fonds *italiques* ou *provinciaux*. La qualification de *prædia urbana* ou *rustica* n'a pas un sens absolumen fixe en droit romain ; tantôt en effet, on entend sous le nom de *prædia urbana* les immeubles situés en ville et sous le nom de *prædia rustica* les immeubles situés à la campagne ; c'est dans ce sens que cette double expression est prise par le sénatus-consulte de Septime Sévère relatif à l'aliénation des biens des incapables. Tantôt au contraire, on appelle *prædia urbana* les immeubles bâtis, quelle que soit leur situation, et *prædia rustica* les fonds non bâtis, situés soit à la ville, soit à la campagne ; ce second sens est usité dans la théorie des servitudes. Les fonds *italiques* sont les immeubles situés en Italie ou dans les pays jouissant du *jus italicum ;* ils sont seuls susceptibles de propriété quiritaire et de servitudes prédiales ; seuls aussi, ils sont en principe exempts de l'impôt foncier. Les fonds *provinciaux* sont les fonds qui ne jouissent pas du *jus italicum ;* ils ne sont susceptibles ni de *dominium* ni de servitudes véritables ; la propriété en appartient théoriquement au peuple ou à l'empereur, et les habitants n'ont qu'un droit de possession et de jouissance (*Gaius*, II, 7) (1).

Cette organisation de la propriété dans les provinces, avait été imaginée pour que l'État pût frapper les fonds *provinciaux* d'un impôt (*tributum*, *stipendium*) dont les fonds *italiques* furent exempts pendant de longs siècles.

La division des biens en meubles et en immeubles n'eut jamais en droit romain ni la portée générale ni l'importance juridique que lui a reconnues la législation française. Cependant les jurisconsultes romains ne la limitèrent pas aux seules choses corporelles, ils l'appliquèrent aussi à certains droits réels qui furent traités de mobiliers ou d'immobiliers suivant la nature de leur objet ; il est certain toutefois qu'ils n'y firent jamais rentrer ni les hérédités ni les créances. D'ailleurs, cette distinction ne laisse pas que de présenter un assez grand nombre d'intérêts pratiques dans plusieurs théories particulières, et notamment dans les théories de la possession, de l'occupation, de la mancipation, de l'usucapion, de la dot, du gage

(1) Gaius parlant des fonds provinciaux s'exprime ainsi :.... *in eo solo dominium populi romani est vel Cæsaris ; nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmus* (*Gaius*, II, 7).

du *furtum* et des interdits (L. 7, § 3, 5, D. *De reb. eorum qui*, 27-9; L. 222, D. *De verb. sig.*, 50-16. — *Gaius*, II, 55. — *Conf.*, C. C. art. 516-536).

On pourrait encore indiquer plusieurs autres classifications moins importantes, également tirées de la nature des choses. Aussi les choses peuvent être : *fongibles* ou non, *consumptibles* ou non, *divisibles* ou *indivisibles*, *simples* ou *composées*, *principales* ou *accessoires*, etc. Ces divisions ou subdivisions qu'il est inutile de développer ici sont fécondes en conséquences pratiques qu'on appréciera plus tard.

TROISIÈME SECTION

DIVISION DES CHOSES FONDÉE SUR UNE DISPOSITION DE LA LOI. — *Res mancipi et nec mancipi.*

Les classifications jusqu'ici parcourues, provenaient plus ou moins directement de la nature; elles s'imposaient en quelque sorte au législateur qui n'avait qu'à les accepter et à les sanctionner. Mais, on trouve en droit romain une autre classification juridiquement très importante et qui cependant n'a d'autre fondement et d'autre raison d'être que la volonté de la loi; il s'agit de la célèbre division des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi*.

Cette division, probablement aussi ancienne que la législation romaine, puisqu'elle fut formellement consacrée par la loi des Douze Tables, est certainement la plus artificielle et la moins naturelle de toutes celles que les textes nous font connaître. Aussi, est-il à peu près impossible de donner des choses qui la composent une définition véritablement satisfaisante; nous ferons comme les jurisconsultes romains, nous procèderons par énumération.

Dans cette classification, les *res mancipi* forment l'exception tandis que les *res nec mancipi* forment la règle; la preuve c'est que les textes procèdent toujours par voie d'énumération limitative, quand ils parlent des *res mancipi* (*Gaius*, II, 15-17. — *Ulpien*, R. t. XIX, § 1). La classe des *res mancipi* comprend, en effet, les quatre catégories qui suivent : 1° les immeubles situés en Italie ou dans les pays jouissant du *jus italicum;* 2° les servitudes prédiales rurales; 3° les esclaves; 4° les bêtes de trait ou de somme, *animalia quæ collo dorsove domantur*, c'est-à-dire les bœufs, les chevaux, les mulets et les ânes. Les esclaves et les bêtes de somme ou de trait sont *res mancipi* par-

tout, en province comme en Italie ; on peut seulement induire de quelques textes que ce caractère ne leur appartient pas dans les rapports des Romains avec les pérégrins, ni dans les rapports des pérégrins entre eux. Toutes les autres choses qui ne figurent pas dans l'énumération qui vient d'être faite, rentrent dans la classe nombreuse des *res mancipi*. *Ceteræ res nec mancipi sunt* (*Ulpien*, R. t. XIX, § 1 — F. V, § 47).

Les intérêts pratiques de cette distinction capitale, se résument dans cette idée que les *res mancipi* sont soumises à la protection spéciale de la loi, et que leur aliénation est régie par des formes plus rigoureuses. Trois décisions le démontrent : 1° les *res mancipi* seules sont aliénables par voie de mancipation et ce procédé appliqué à une *res nec mancipi* serait complètement dénué d'effets (*Gaius*, II, 22) ; 2° la tradition ne suffit pas à transférer la propriété véritable des *res mancipi*, il en est autrement des *res nec mancipi* pourvu qu'elles soient corporelles (*Gaius*, II, 19) ; 3° les femmes pubères en tutelle ne peuvent pas aliéner leur *res mancipi* sans l'*auctoritas* de leur tuteur ; au contraire, elles sont pleinement capables d'aliéner leurs *res nec mancipi* sans restriction aucune (*Gaius*, I, 192). On voit par là que les *res mancipi* sont les choses insusceptibles de tradition, mais susceptibles de tous les autres modes d'acquérir, y compris la mancipation. A l'inverse, les *res nec mancipi* sont les choses insusceptibles de mancipation, mais susceptibles de tous les autres modes d'acquérir, y compris la tradition.

C'est une question assez délicate à résoudre que celle de rechercher quelle fut l'idée première qui présida à cette classification. Sans vouloir élucider ce problème juridique, et sans aucun esprit de système, on peut remarquer que la classe des *res mancipi* comprenait assurément les choses les plus précieuses pour un peuple primitif essentiellement adonné à l'agriculture comme le fut le peuple romain, au début de son histoire. Aussi doit-on penser que, si la loi romaine mit à part les *res mancipi*, ce fut afin d'entourer leur aliénation de solennités particulières qui en rendissent le désaissement plus difficile et qui donnassent au consentement de l'aliénateur un caractère plus marqué de certitude. D'ailleurs et quoiqu'il en soit, ces idées devaient disparaître à mesure que la civilisation faisait pénétrer dans les mœurs le luxe et l'amour des richesses ; les entraves apportées à l'aliénation des *res mancipi* d'abord considérées comme des mesures de protection, ne tardèrent pas à être

regardées comme une véritable gêne et de sérieux inconvénients. C'est ainsi qu'on peut expliquer pourquoi les Romains, tout en conservant cette antique division, se refusèrent à la développer; aussi, lorsque les conquêtes de l'Asie et de l'Afrique leur eurent envoyé de nouvelles bêtes de somme ou de trait, comme les éléphants et les chameaux, se gardèrent-ils bien de les ajouter à la liste des *res mancipi*. Ce furent également les mêmes motifs qui firent admettre que la tradition d'une *res mancipi* ne resterait pas absolument inefficace (*Gaius*, II, 16, 41).

Ces considérations devaient amener et amenèrent en effet la disparition d'une classification aussi arbitraire; tombée en désuétude dans le droit du Bas Empire, elle fut expressément abolie par Justinien (L. 1, § 4, C. *De usucap. transform.*, 7-31).

CHAPITRE II

DÉFINITIONS ET DIVISIONS DES DROITS.

On n'étudie les choses que pour arriver à la détermination des droits qui les peuvent frapper. En conséquence, nous laisserons désormais de côté les *res extra commercium*, et notre examen ne s'attachera plus qu'aux rapports des personnes avec les *res in commercio*.

Un droit, *jus*, dans le sens subjectif du mot, c'est la prétention, reconnue et garantie par le pouvoir social, d'un sujet capable sur une personne ou sur une chose qui dépend à quelques égards de sa volonté.

Seraient compris dans cette définition les droits pécuniairement inappréciables, qui s'exercent dans la sphère de la famille, *potestas dominica vel patria*, *manus*, *mancipium*, *tutela*, *cura*; mais elle s'applique surtout aux droits qui comptent dans les biens, aux droits qui forment le patrimoine.

Trois conditions sont nécessaires à l'existence d'un droit : 1° un sujet qui en soit capable; 2° un objet qui en soit susceptible; 3° un fait légal d'acquisition.

Les droits pécuniaires sont susceptibles de plusieurs divisions; on les divise d'abord en droits mobiliers ou immobiliers, suivant que l'objet sur lequel ils portent, est un meuble ou un immeuble;

mais, nous n'avons pas à nous arrêter à cette division qui offre peu d'intérêt en droit romain. Une autre division beaucoup plus importante les distingue en droits réels et en droits personnels ou de créance ; nous devons l'étudier.

Droits réels et droits de créance. — Cette division des droits se tire de leur nature intrinsèque ; aussi se rencontre-t-elle dans toutes les législations. Il est, en effet, certains droits qui établissent un rapport immédiat et direct entre le sujet et l'objet ; cette subordination de la chose à la personne est complète dans la propriété, plus ou moins partielle dans les servitudes ; mais elle a fait donner à ces droits le nom, qui leur est commun, de droits réels, *jura in re*. Il en est d'autres qui appartiennent à une personne, non plus directement sur une chose, mais sur une autre personne obligée envers la précédente, soit à donner, soit à faire, soit en termes généraux à rendre un service quelconque, à réaliser une prestation. On les a souvent appelés droits personnels ou *jura ad rem*. Malheureusement, de ces deux expressions, la première est amphibologique, parce qu'on l'applique également aux droits réels intransmissibles ; la seconde est étrangère aux Romains et trop étroite ; mieux vaut donc les qualifier de droits de créance ou d'obligations.

On peut ramener à cinq les différences fondamentales entre les droits réels et les droits de créance :

Différences. — 1° Le droit réel est un rapport à deux termes, sujet actif et objet. Le droit de créance est un rapport à trois termes ; dans toute créance, en effet, on trouve un sujet actif ou créancier, un sujet passif ou débiteur, et un objet dû.

2° Le droit réel suppose toujours et nécessairement un objet individuellement déterminé et connu d'avance. Le droit de créance peut avoir un objet indéterminé dans certaines limites, comme on le verra sur les obligations.

3° Le droit réel est *absolu*, le droit de créance est *relatif*. D'après l'explication habituelle, ces deux caractères signifieraient que le droit réel est opposable à tous, par conséquent exposé aux atteintes de tous, et muni d'une action contre le premier venu qui le viole ; à l'inverse, le droit de créance, opposable au seul débiteur, n'est exposé qu'à ses atteintes et ne donne pas d'action contre d'autres que lui. Pour sentir l'inexactitude de ce langage, il suffit de considérer, au point de vue négatif, qu'un droit quelconque s'impose logiquement au respect de tout le monde ; le titulaire d'une

créance, aussi bien que d'une propriété ou d'une servitude, est donc armé contre quiconque sort de l'abstention et le gêne dans l'exercice de son droit. Le vrai sens de notre règle apparaît mieux au point de vue positif. Si le droit réel est qualifié d'absolu, c'est que le titulaire peut en poursuivre l'exercice sur la chose même qui en est frappée, en d'autres termes, contre tout possesseur ou détenteur de cette chose. Si le droit de créance est qualifié de relatif, c'est que le titulaire ou créancier ne le peut exercer qu'envers la personne obligée, en d'autres termes, contre le débiteur, De là résulte une supériorité du droit réel sur le droit de créance; c'est que le premier, tant qu'il dure, produit une action efficace; au contraire, le second devient souvent illusoire par l'insolvabilité du débiteur. Des droits réels sans dettes sont une fortune, tandis qu'on peut être pauvre avec un actif net uniquement formé de droits de créances.

4° Dans le conflit entre plusieurs droits réels portant sur une même chose, le plus ancien prime le plus récent par application de la règle : *prior tempore, potior jure.* Au contraire, si plusieurs créanciers viennent en concours sur un même débiteur impuissant à les payer tous intégralement, aucun d'eux, en général, ne jouit d'une préférence (*Conf.* C. C. art 2092, 2093) (1).

5° Les droits réels procurent directement et par eux-mêmes une utilité actuelle et immédiate à ceux qui en sont investis. Les droits de créance, à l'inverse, ne procurent aucune utilité par eux-mêmes ; ils ne deviennent profitables et avantageux que par l'intermédiaire d'un tiers qui exécute la prestation promise.

Définitions. — Par ces remarques, on arrive aux définitions. Le droit réel est le droit qui porte sans intermédiaire sur une chose individuellement déterminée, et dont l'exercice positif peut se poursuivre contre quiconque la détient. Le droit de créance est le droit qui tend à la chose par l'intermédiaire d'une personne obligée, et dont l'exercice positif ne peut se poursuivre qu'envers le débiteur. L'un et l'autre, d'ailleurs, exigent de tous un respect purement passif.

Les droits réels et les droits de créance, également susceptibles d'une appréciation pécuniaire, forment à ce titre les éléments du

(1) Il y a cependant des créanciers qui peuvent éviter la loi du concours ; ce sont d'abord ceux qui ont eu soin de se faire donner des garanties réelles : gages ou hypothèques ; ce sont ensuite ceux qui ont reçu de la loi un rang de faveur, on les nomme créanciers privilégiés.

patrimoine. Le *patrimoine*, c'est l'ensemble des droits pécuniaires d'une personne, tant réels que de créance, tant actifs que passifs ; il comprend en certains cas plus de passif que d'actif; il peut même ne comprendre que du passif.

On voit que l'étude des choses ou des droits revient à l'étude du patrimoine, laquelle embrasse trois parties : 1° droits réels considérés dans leurs natures, leurs espèces, leur acquisition, leur aliénation, et leur extinction ; 2° droits de créance, étudiés sous les mêmes aspects ; 3° transmissions du patrimoine en bloc, spécialement par la voie des successions testamentaires ou légitimes. Les Institutes, ainsi que notre Code civil à leur suite, ont eu le tort d'intercaler la troisième de ces parties entre les deux premières (1).

PREMIÈRE DIVISION

DROITS RÉELS.

Les droits réels sont civils ou prétoriens. Les *droits réels civils* sont ceux qui ont été organisés et consacrés par le droit civil ; ce sont : la propriété quiritaire et les servitudes. Les *droits réels prétoriens*, c'est-à-dire organisés ou consacrés par la jurisprudence du préteur, sont : la superficie, l'emphytéose, l'hypothèque et la propriété prétorienne ou l'*in bonis*. Les Institutes traitent ici de la première classe, et ne s'occupent de la seconde qu'incidemment aux théories du louage et des actions. Cette marche sera la nôtre, parce qu'elle réunit des matières logiquement inséparables ; nous dirons cependant quelques mots de *l'in bonis* en nous occupant du *dominium*.

Parmi les droits réels civils, de beaucoup les plus anciens et les plus importants, il faut mettre en relief la propriété, qui sert de type à tous les autres. Une fois étudiée dans ses divers détails, elle nous aura singulièrement facilité l'exposé des servitudes.

(1) Les étudiants de première année, dont l'examen comprend les droits réels et les testaments, trouveront l'explication de cette dernière matière à la suite des obligations.

CHAPITRE III

LA PROPRIÉTÉ.

Dans un langage incorrect et vague, on applique parfois la notion de propriété à tous les éléments du patrimoine, et l'on se dit propriétaire d'une servitude, d'une créance, d'un droit quelconque. Mais au sens juridique et technique, la propriété se spécialise, et n'est autre que le droit absolu et exclusif sur une chose corporelle. Elle s'appelait à Rome *dominium*, d'où l'on a fait *dominus ;* quelquefois, plus rarement, les textes la qualifient de *proprietas* (L. 13. D. *De acquir. rer. dom.* 41-1).

A l'origine, les Romains ne reconnurent qu'une seule propriété la propriété quiritaire, le *dominum ex jure Quiritium*. Mais plus tard et sous l'empire de certaines considérations que nous aurons à apprécier, le préteur vint rompre cette unité, en créant à côté du *dominium*, une sorte de propriété incomplète et inférieure qu'on appelle propriété prétorienne ou *in bonis* (*Gaius*, II, 40).

PREMIÈRE SECTION

PROPRIÉTÉ QUIRITAIRE.

La propriété quiritaire, on plus simplement, le *dominium*, peut se définir : le droit absolu de se servir et de disposer d'une chose corporelle conformément à la loi ; les commentateurs en ont donné la définition suivante : *dominium est plena in re potestas, quatenus juris ratio patitur* (*Conf.* C C. art. 544).

§ I

Effets et caractères généraux de la propriété.

Effets. — Les avantages de la propriété constituent la *plena potestas in re*. On les a depuis longtemps ramenés à trois l'*usus*, le *fructus*, l'*abusus*.

1° *Jus utendi, usus :* c'est le droit de se servir de la chose, par exemple, d'habiter dans sa maison ou de monter sur son cheval ;

2° *Jus fruendi, fructus :* c'est le droit de percevoir tous les pro-

duits quelconques de la chose, soit naturels ou industriels, comme les moissons, les arbres, le lait ; soit civils comme les loyers d'un immeuble ou les intérêts d'une somme ;

3° *Jus abutendi, abusus :* c'est le droit de disposer de la chose. Le mot *abusus*, qui s'arrête dans notre langue à la signification d'usage immodéré, désigne plus largement en latin tout usage désormais irrenouvelable pour le propriétaire. A la différence, de l'*usus* et du *fructus*, susceptibles de se répéter indéfiniment, l'*abusus* consiste dans dans la faculté de transformer, de dégrader, de détruire ou d'aliéner la chose. Ulpien nous dit de certaines matières dont on ne peut jouir sans les consommer, *in abusu continentur* (*Ulpien*, R. t. XXIV, § 27).

Caractères généraux. — Dans cette plénitude d'effets, la propriété nous apparaît empreinte de trois caractères ; elle est absolue, exclusive, perpétuelle.

1° *Elle est absolue.* — Pour qui l'envisage dans son origine philosophique, la propriété n'est que le résultat d'efforts antérieurs, c'est la conséquence d'un travail réalisé ; elle affirme et prolonge la personne humaine. De là, pour le propriétaire, ces hautes et puissantes prérogatives, telles que le droit à la transmission entre-vifs ou *mortis causa*, et la faculté de léser indirectement, dans sa libre jouissance, les intérêts ou les convenances d'autrui, par exemple en exhaussant sa maison de manière à supprimer la vue du voisin (L. 9. D. *De servitut. præd.* 8-2).

Mais la propriété souffre néanmoins des restrictions fondées sur l'intérêt social, ou sur l'ordre public. Telles sont : 1° certaines servitudes légales, comme la servitude d'enclave, la nécessité de conserver des distances réglées entre les constructions ou plantations et le fonds limitrophe et l'obligation de recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs. 2° L'expropriation pour cause de travaux publics, tempérée d'habitude par une indemnité qui n'est peut-être pas absolument obligatoire en droit romain (L. 14 D. *De serv. præd. urb.* 8-2 ; L. 19. § 1. D. *Quemad. serv. amitt.* 8-6 ; L. 50, 53 C. Th. *De oper. publ.* 15-1 — *Conf.* C. C. art. 545, 640 et s.).

2° *Elle est exclusive.* — Parler de propriété, c'est éloigner immédiatement l'idée de communauté, si bien qu'on appelle communes les choses non susceptibles d'appropriation individuelle. Il n'en résulte pas que tous les avantages constitutifs de la propriété se trouvent forcément concentrés dans la même main ; ils peuvent se sé-

parer et appartenir par fragments à plusieurs. Ce fait se produit dans le cas d'indivision, et lorsque la chose est grevée de droits réels, servitudes, hypothèques, etc. Mais de telles situations sont presque toujours l'œuvre du propriétaire ou de ses prédécesseurs ; c'est donc en s'exerçant que la propriété s'est le plus souvent diminuée. Le *jus abutendi* reste alors établi sur une tête, et les autres utilités du droit en sont démembrées ; néanmoins les divers titulaires, pris en masse, gardent le monopole de la chose à l'exclusion de tout étranger.

3° *Elle est perpétuelle.* — En effet, tandis que les droits de créance et quelques droits réels sont nécessairement appelés à s'éteindre après un certain temps ou par certains faits, la propriété subsiste régulièrement de main en main, aussi longtemps que la chose elle-même. Les Romains avaient déduit de là deux conséquences originales, et quelque peu exagérées : 1° la perte de la propriété ne peut pas résulter de la volonté seule du propriétaire ; il y faut, de plus, un fait extérieur d'*alienatio* ou de *derelictio ;* 2° la propriété ne peut pas être transférée à temps, c'est-à-dire sous la clause qu'elle fera retour de plein droit à l'aliénateur par l'expiration d'un délai ou par l'accomplissement d'une condition ; cette aliénation est nulle en principe. Nous verrons triompher, à la fin du droit romain, la doctrine contraire qui est entrée dans nos lois modernes (F. V. § 283, — L. 2. C. *De donat. quæ sub modo,* 8-55).

§ II

Acquisition de la propriété.

Dans la loi romaine, l'acquisition de la propriété suppose trois éléments, qui ne sont pas toujours rigoureusement exigés au temps de Justinien.

1° *Il faut une chose susceptible de faire l'objet du droit de propriété.* — Les *res corporales in commercio* remplissent seuls cette condition ; restent donc en dehors les choses *extra commercium* et les choses incorporelles. Anciennement les fonds provinciaux se trouvaient dans le même cas, parce que l'État romain en était réputé propriétaire ; mais Justinien n'eut pas la peine d'abroger cette règle disparue longtemps avant son règne.

2° *Il faut une personne capable d'acquérir la propriété.* — Dans la période classique, étaient incapables pour eux-mêmes les esclaves

et les enfants de famille, puisque leurs actes profitaient en thèse générale au *paterfamilias*. Parmi les non citoyens, le Latin pouvait arriver à la propriété par les modes de droit civil ou de droit des gens, et le pérégrin par les modes de droit des gens seulement; car le premier avait le *jus commercii* qui manquait au second. A l'époque de Justinien, toutes ces distinctions sont effacées; il n'y a plus d'autre incapacité que celle des esclaves. Mais il demeure bien entendu que les barbares ne participent en aucun temps aux lois de Rome, et que Rome n'a jamais pu leur reconnaître un droit véritable.

3° *Il faut un acte d'acquisition légalement consacré.* — La propriété ne peut en effet s'acquérir ou se transmettre qu'à l'aide de certains faits juridiques spécialement organisés et reconnus par la loi; c'est ce qu'on appelle des modes d'acquérir (*modus* ou *genus acquisitionis*). Il n'est peut-être pas sans intérêt de faire remarquer ici, sauf à revenir plus tard sur ce point, que la convention a toujours été considérée par la loi romaine comme impuissante à transférer la propriété ou à créer des droits réels (L. 3 pr. D. *De oblig. et act.* 44-7. — L. 20, C. *De pactis*, 2-3. — *Contrà*, C. C. art. 711).

Les modes d'acquérir comportent plusieurs divisions; nous n'indiquerons ici que les principales.

Divisions des modes d'acquérir. — Les modes d'acquérir sont *per universitatem*, à titre universel, ou *rerum singularum*, à titre particulier. Les premiers n'ont rien de spécial à la propriété; aussi la vraie place en est-elle ailleurs, dans la troisième partie de l'étude des choses; car ils procurent l'acquisition tout ou partie du patrimoine d'une personne vivante ou morte, droits réels et droits de créance, actif et passif, hormis ce qui est intransmissible naturellement et légalement. Les seconds ne procurent que l'acquisition d'une ou de plusieurs choses individuellement déterminées, avec les droits réels qui s'y attachent; mais l'acquéreur est étranger aux créances et dettes de l'auteur. C'est uniquement des modes d'acquérir à titre particulier qu'il s'agit dans notre examen de la propriété. Ils sont au nombre de sept dans la jurisprudence classique, *occupatio*, *traditio*, *usucapio*, *adjudicatio*, *lex*, *mancipatio*, *in jure cessio*; Justinien supprime les deux derniers. Parmi ces modes, les uns exigent le concours des volontés de l'acquéreur et de l'aliénateur, ce sont : la tradition, la mancipation et la *cessio in jure*; les autres se passent au contraire de tout accord de volontés (*Ulpien*, R. t. XIX, § 2).

Les modes d'acquérir ainsi compris se subdivisent en *mode originaire* et *modes dérivés*. Le seul mode originaire est l'occupation ; car elle ne porte que sur les choses qui n'appartiennent à personne, et, par conséquent, implique acquisition sans aliénation; aussi donne-t-elle nécessairement la propriété franche et quitte de toute charge ou droits réels. Les six autres modes sont dérivés, parce qu'ils portent sur les choses déjà pourvues d'un maître, et qu'ils impliquent transmission, c'est-à-dire aliénation et acquisition tout ensemble; aussi ne donnent-ils pas toujours une propriété exempte de charges ou de droits réels. L'occupation est antérieure à tous les autres modes; la logique proclame, en effet, que le déplacement d'un droit en présuppose l'existence.

Les modes d'acquérir sont enfin de *droit des gens* ou de *droit civil*. Ce n'est pas qu'ils ne procurent tous également la propriété romaine ou domaine quiritaire; mais les premiers tirent leur nom de leur usage accessible à tout le monde sans distinction, tandis que l'emploi des seconds se restreint aux personnes douées du *jus commercii*, comme les citoyens et les Latins. Les modes du droit des gens sont l'occupation et la tradition; les cinq autres appartiennent au droit civil. Cette subdivision perdit sa haute importance au troisième siècle de notre ère, lorsque la célèbre Constitution de Caracalla eut gratifié de la cité tous les sujets de l'Empire. Cependant, à l'exemple des jurisconsultes classiques, Justinien la conserve encore et s'y attache principalement (*Ulpien*, R. t. XIX, § 4. — *Gaius*, II, 65-66. — *Inst.* L. II, t. I. *De div. rerum*, § 11).

DEUXIÈME SECTION

PROPRIÉTÉ PRÉTORIENNE.

Gaius constate que la propriété, unique à l'origine, se divisa dans la suite, en deux propriétés : la propriété quiritaire et l'*in bonis*. *Postea divisionem accepit dominium ut alius possit ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere* (*Gaius*, II, 40). La propriété quiritaire fut toujours la propriété par excellence, la propriété consacrée par le droit civil ; l'*in bonis* fut une sorte de propriété inférieure sanctionnée par le préteur ; on lui donne différents noms, on l'appelle tantôt propriété naturelle, tantôt propriété bonitaire ; mais l'expression de propriété prétorienne nous paraît beaucoup plus exacte.

§ I

Origine de l'*in bonis*. — Ses causes d'acquisition.

Origine. — On a beaucoup discuté sur l'origine de la propriété prétorienne, mais la doctrine généralement acceptée consiste à attribuer la création de cette propriété d'ordre secondaire à une réaction de la jurisprudence prétorienne contre le formalisme rigoureux du vieux droit civil. L'idée première de l'*in bonis* paraît en effet se rattacher à l'ancienne distinction des *res mancipi* et des *res nec mancipi*. Nous avons vu que la tradition appliquée à une *res mancipi* fut d'abord complètement inefficace, la propriété n'était pas déplacée et le *tradens* conservait perpétuellement le droit de revendiquer. Cette décision rigoureuse ne tarda pas à paraître inique et le préteur chercha à s'en affranchir. Il décida que l'acquéreur d'une *res mancipi* par voie de tradition pourrait repousser le *dominus* à l'aide d'une *exceptio doli mali;* il décida en outre que l'*accipiens* pourrait protéger sa possession par des interdits possessoires et qu'il pourrait la transformer en propriété par l'usucapion; enfin, dernier progrès, il lui concéda une action réelle, l'action Publicienne. Mais, toujours prudent, jusque dans ses innovations les plus hardies, le préteur laissa subsister en faveur du *tradens* le droit de propriété qui se maintint avec quelques privilèges sous le nom de *nudum jus Quiritium*. Une fois organisée la propriété prétorienne se généralisa et ses cas d'application se multiplièrent si bien qu'à l'époque classique, elle avait presque autant d'importance pratique et juridique que la propriété civile.

Causes d'acquisition. — Les diverses causes d'acquisition de l'*in bonis* se divisent en deux classes; les unes sont à titre particulier, les autres sont à titre universel.

Les causes qui font acquérir la propriété prétorienne sur un objet déterminé sont assez nombreuses; on peut en citer au moins quatre principales: 1° *Application de la tradition à une res mancipi*. — Lorsque le propriétaire d'une *res mancipi* emploie la tradition pour transférer la chose à un tiers acquéreur, celui-ci ne devient pas *dominus*, il a simplement cette chose *in bonis;* ce fut probablement là l'hypothèse originaire (*Gaius*, II, 41). 2° *Missio in possessionem damni infecti causa*. — Tout propriétaire, dont la maison menace ruine, peut être invité par le préteur à fournir la *cautio damni in-*

fecti ; s'il s'y refuse, le magistrat envoie les intéressés en possession de l'*ædes ruinosa* et le second décret rendu dans ce but confère au *missus in possessionem* la propriété prétorienne avec toutes ses conséquences (*Inst*. L. III, t. XVIII. *De divis. stipul.* § 2). 3° *Adjudicatio dans les judicia imperio continentia.* — L'adjudication ne transférant la propriété quiritaire que dans les cas où l'instance réunit certaines conditions qui en font un *judicium legitimum*, il en résulte que dans toute autre hypothèse, le droit transféré n'est autre que l'*in bonis* (*Gaius*, IV, 104. — F. V. § 47). 4° *Abductio servi ex noxali causa.* — Quand le maître refuse et de réparer le préjudice causé par son esclave à un tiers et d'abandonner *noxaliter* le *servus* coupable, le préteur peut ordonner au tiers lésé de s'emparer de l'esclave et de l'emmener, ce décret lui confère sur l'esclave la propriété prétorienne (L. 26, § 6. D. *De noxal. actionibus*, 9-4).

Les causes qui font acquérir l'*in bonis* sur un patrimoine ou sur une quotité de patrimoine sont également au nombre de quatre, en ne citant que les plus importantes. Ce sont : 1° les *bonorum possessiones* (l'hérédité prétorienne); 2° la *bonorum emptio ;* 3° l'*addictio bonorum libertatum servandarum causa ;* 4° la restitution d'un fidéicommis universel en vertu du sénatus-consulte Trébellien (*Inst.* L. III, t. XI. *De eo cui libertates.* — L. 37, pr. D. *Ad senat. Trebell.* 36-1).

§ II

Caractère et effets juridiques de l'*in bonis*.

Les commentateurs ne s'accordent pas quand il s'agit de déterminer le véritable caractère de l'*in bonis ;* à notre avis, il faut y voir une sorte de propriété incomplète et secondaire, produisant presque tous les effets ordinaires de la propriété mais n'ayant ni la même origine ni la même sanction que le *dominium*.

D'ailleurs, ses effets positifs sont bien connus ; elle confère incontestablement tous les avantages utiles de la propriété proprement dite : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus ;* elle investit en outre le titulaire de moyens suffisamment énergiques pour défendre son droit, elle lui donne en effet des exceptions, des interdits et une action réelle (la Publicienne) ; enfin, elle est susceptible de se convertir en propriété quiritaire par l'usucapion (*Gaius*, II, 41-42. — *Ulpien*, R, t. I, § 16. — L. 13, § 1, D. *De jurejurando*, 12-2).

Cependant si nombreux et si avantageux que soient les effets de

l'*in bonis*, ces effets n'absorbent pas complètement le *dominium*; certains droits restent encore sur la tête du propriétaire quiritaire et ces droits constituent ce qu'on est convenu d'appeler le *nudum jus Quiritium*. C'est ainsi que le *dominus* reste encore nanti de la *rei vindicatio* et cette revendication qui doit échouer contre le propriétaire prétorien doit nécessairement réussir contre tout détenteur. C'est encore ainsi que le maître *ex jure Quiritium* conserve les droits de tutelle et de succession sur l'esclave dont il était *dominus* et qui a été affranchi par le maître prétorien. Au reste, l'*in bonis* reste inférieur par certains côtés à la propriété civile; le propriétaire prétorien, pour citer des exemples, ne peut pas en effet en affranchissant son esclave, en faire un citoyen, il n'en fait qu'un Latin Junien; de même, il ne peut pas employer tous les modes du droit civil pour transférer sa chose, il ne peut se servir ni de la *mancipatio*, ni de la *cessio in jure* ni du legs *per vindicationem* (*Gaius*, I, 17, II, 196).

La pratique toujours hostile aux subtilités juridiques ne pouvait pas approuver indéfiniment cette étrange scission de la propriété; Justinien eut donc raison d'abolir expressément ce dualisme et de revenir ainsi à la simplicité du droit primitif (L. 1. C. *De nudo jure Quirit*. 7-25).

CHAPITRE IV

POSSESSION.

La possession est en fait ce qu'est en droit la propriété; le fait de possession correspond au droit de propriété. Dans un sens large, posséder une chose, c'est l'avoir physiquement à sa disposition (d'après l'étymologie probable, *posse*).

§ I

Nature et objet de la possession.

Nature. — Le fait d'avoir physiquement une chose à sa disposition est en lui-même plus ou moins complexe.

Tantôt il n'est pas accompagné d'une prétention positive sur la chose, d'une volonté nette de la traiter comme sienne. Tel est le cas du dépositaire, du locataire, du commodataire, de l'usufruitier,

et généralement de toute personne dont le titre implique reconnaissance du titre supérieur d'autrui. Cette situation ne constitue qu'une possession incomplète, juridiquement qualifiée de simple *détention;* elle n'assure au détenteur que l'avantage négatif de garder la chose, tant que nul ne justifie du droit de la reprendre (L. 3, § 20, D. *De acq. vel am. poss.* 41-2).

Tantôt le fait matériel de la détention, *corpus*, est accompagné d'une volonté nette de traiter la chose comme sienne, *animus domini*, *animus rem sibi habendi*. Ces deux éléments juxtaposés constituent la véritable possession, la *justa possessio*. Elle fait présumer la coexistence du droit de propriété, dont elle est l'exercice ; mais une preuve évidente qu'elle peut s'en trouver séparée, c'est que le voleur est incontestablement investi de cette possession. Elle a le double effet de maintenir le possesseur dans le rôle de défendeur à tout procès sur la chose, et de lui ouvrir, pour la conserver ou la reprendre en cas de trouble, des actions possessoires d'origine prétorienne, qui s'appellent *interdicta*.

Enfin il peut arriver que la possession soit apte à se transformer tôt ou tard en propriété ; ce changement suppose la réunion de conditions précises qu'il faudra définir.

On est donc amené à distinguer, avec la plupart des interprètes modernes, trois espèces de possessions ou plus exactement trois degrés dans la possession : 1° la *possessio naturalis* ou *corporalis;* 2° la *possessio justa vel ad interdicta;* 3° la *possessio civilis vel ad usucapionem*. Mais deux remarques sont indispensables. En premier lieu, la terminologie romaine manque de précision, et les distinctions précédentes, si claires et si nettes en elles-mêmes, résultent de l'esprit des textes plutôt que de la lettre. En second lieu, la possession est une au fond ; car la *possessio naturalis* ou *detentio* n'est pas la possession, et la *possessio civilis* n'est que la possession accompagnée de circonstances qui lui demeurent étrangères. La *justa possessio*, composée du *corpus* et de l'*animus*, reste donc le type de ce qu'on entend par ce mot, et c'est d'elle seule qu'il est ici question.

La possession n'est qu'un état de fait dans son origine, puisqu'elle s'acquiert en dehors de toute cause légale, et peut même se fonder sur un délit. Mais, si l'on considère qu'elle a par elle-même des conséquences juridiques, on dira sans erreur qu'elle est traitée comme un droit. C'est à ce point de vue que la loi détermine les

manières de l'acquérir ou de la perdre, et les choses qui en sont susceptibles. Il résulte de là que la possession est tantôt un fait, *res facti*, tantôt un droit, *res juris*, suivant le point de vue auquel on se place (L. 1, § 3, 4; L. 49, pr. D. *De acq. vel amitt. poss.* 41-2).

Objet. — Comme tous les droits s'exercent par des faits, il aurait fallu admettre *à priori* une possession correspondante à chacun d'eux; ainsi les Romains eux-mêmes reconnaissaient ce que nous appelons la possession d'état, et le Digeste parle d'une *possessio libertatis* ou *libertinitatis*. Mais ce n'est là qu'un hasard de langage. En droit romain, la possession, *sensu stricto*, ne correspond qu'à la propriété; donc, n'est susceptible d'avoir un possesseur que l'objet susceptible d'avoir un propriétaire. En conséquence, la possession n'existe pas : 1° sur les *res extrà commercium;* par exemple, la détention d'une chose publique ou sacrée ne procure aucun des avantages de la *justa possessio;* 2° sur les *res incorporales*, telles que les hérédités, les créances et les servitudes (L. 3, pr.; L. 30, § 1. D. *De acq. vel amitt. poss.* 41-2) (1).

Cependant on verra plus loin que le préteur, dès le premier siècle de notre ère, sentit le besoin d'étendre une *quasi possessio* aux servitudes tant réelles que personnelles (L. 10, pr. D. *Si servit. vindic.* 8-5; L. 20, D. *De servit.* 8-1).

§ II

Acquisition de la possession.

Dire que la possession se compose d'un élément physique (*corpus*) et d'un élément moral (*animus domini*), c'est dire que la réunion de ces deux éléments est suffisante et nécessaire pour lui donner naissance. De là cette règle qu'elle s'acquiert *corpore et animo* (L. 3, § 1, D. *De acq. vel amitt. poss.* 41-2).

Corpus. — Le *corpus*, c'est le pouvoir matériel de disposer de la chose et d'y appliquer des actes de maître. Il ne suppose ni le contact ni la vue; ainsi l'acheteur de marchandises, une fois nanti de la clef du grenier où les a renfermées le vendeur, les possède aussi

(1) Le Code civil, adoptant une théorie plus logique et plus exacte que le droit romain, reconnaît formellement que tous les droits sont susceptibles d'une possession; aussi définit-il la possession : *la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit* (art. 2228).

bien que s'il les avait en main ou les tenait déposées sous son toit. En revanche, je ne suis possesseur ni du gibier de mon bois, ni des poissons de mon étang, ni des matériaux constitutifs de ma maison bâtie, parce que je ne les ai pas à ma libre disposition (*Inst.* L. II, t. I, *De divis. rer.* § 45. — L. 3, § 14; L. 30, D. *De acq. vel amitt. poss.* 41-2; L. 74, D. *De contr. empt.* 18-1).

Animus. — L'*animus* consiste dans l'intention bien arrêtée de traiter la chose comme sienne; aussi l'appelle-t-on *animus domini* ou *rem sibi habendi.* Dès qu'il existe, on n'a pas à rechercher si la possession peut ou non conduire à la propriété; l'acheteur qui a reçu tradition de la *res vendita*, et le voleur qui emporte le fruit de son larcin, sont l'un et l'autre possesseurs, parce qu'ils ont cet *animus*. Seulement il va de soi que la possession entachée de violence ou de clandestinité dans son origine n'est pas opposable à la victime du délit; on la qualifie de vicieuse à son égard, et les *interdicta* ne protégeraient le possesseur qu'envers tout autre tiers (*Gaïus*, IV, 151. — L. 3, pr. D. *Uti possidetis*, 43-16).

Si l'*animus* ne coexistait pas dès le début avec le *corpus*, il ne suffirait pas d'un acte de volonté pour l'y joindre. En d'autres termes, quand le simple détenteur, tel qu'un locataire, un dépositaire, un usufruitier, insurgé de bonne ou de mauvaise foi contre son titre, manifeste l'intention de se comporter désormais en maître, sa détention ne se transforme pas en possession et reste ce qu'elle était. C'est l'adage célèbre : *Nemo potest sibi causam possessionis mutare.* Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le propriétaire ou même un tiers consentît au détenteur une vente ou quelque autre titre non précaire (L. 19, § 1. D. *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2; L. 33, § 1. D. *De usurp. et usuc.* 41-3. — *Conf.* C. C. art. 2236, 2238, 2239).

La nécessité de l'*animus* produit deux conséquences : 1° on ne possède que ce qu'on a conscience de posséder; ainsi le possesseur d'un fonds ne possède pas le trésor qui s'y trouve caché à son insu; 2° les personnes incapables de volonté ne sauraient par elles-mêmes acquérir une possession. Cette doctrine, débattue pour les personnes morales, fut toujours appliquée au fou, et longtemps au pupille *infans;* mais on finit par admettre ce dernier à l'acquisition de la possession *tutore auctore*, ce qui déroge aux règles de l'*animus* et viole le principe que l'*auctoritas* n'est pas possible durant l'*infantia* (L. 1, § 3; L. 3, § 3; L. 32, § 2. D. *De acq. vel amitt. poss.* 41-2. L. 7, § 3. D. *Ad exhibendum*, 10-4).

Dans les matières du gage et du précaire, la théorie de l'*animus* reçoit une extension discutable, comme on le verra plus tard.

Application de ces principes à la représentation. — La combinaison du *corpus* et de l'*animus* entraîne un effet remarquable. Les Romains abandonnent ici le droit commun de la représentation par autrui ; ils admettent qu'un représentant quelconque peut nous acquérir la possession. *Possessionem adquirimus et animo et corpore : animo utique nostro, corpore vel nostro, vel alieno* (*Paul.* S. L. V, t. II, § 1).

On devient possesseur *corpore alieno ;* en d'autres termes, si, par mon ordre ou seulement à ma connaissance, quelqu'un agissant pour mon compte appréhende physiquement une chose, je suis censé l'appréhender moi-même, et ma possession existe.

On ne devient pas possesseur *animo alieno ;* en d'autres termes, si, sans mon ordre ou seulement à mon insu, quelqu'un agissant pour mon compte appréhende physiquement une chose, je ne la possède pas ; car il me manque l'*animus*, et la possession n'existera qu'après l'adhésion de ma volonté à ce fait matériel. Comme cette logique rigoureuse était gênante dans la pratique, on y dérogea : 1° pour le mandat conventionnel ou légal ; la possession est acquise, indépendamment de toute connaissance de l'appréhension physique, au mandant par le mandataire qui exécute sa mission, aux cités par leurs administrateurs, aux incapables en tutelle ou curatelle, par le tuteur ou curateur ; 2° pour le pécule ; les personnes placées en notre puissance nous acquièrent la possession, même à notre insu, de ce qu'elles appréhendent *ex causâ peculiari*, c'est-à-dire dans l'exercice de l'administration du pécule que nous leur avons confié.

La raison théorique de cette double dérogation n'est pas dans l'idée, trop souvent alléguée, que le mandat ou la constitution du pécule indique suffisamment de la part du mandant ou du *paterfamilias* la volonté générale de posséder et de joindre par avance son *animus* au *corpus* acquis par le représentant ; car ce raisonnement serait inapplicable aux cités, aux *infantes*, aux pères fous ou captifs, etc. Le vrai motif de nos décisions exceptionnelles, c'est que le représenté emprunte, par une fiction légale, l'*animus* de l'agent qui appréhende ; on ne pouvait pas pratiquement exiger que son attention fût toujours en éveil sur chacun des actes de son représentant (L. 3, § 12 ; L. 44, § 1. D. *De acq. vel amitt. poss.* 41-2. — *Inst.* L. II, t. IX. *Per quas pers. nob. adq.*, § 5).

§ III

Perte de la possession.

La possession une fois acquise se continue par la coexistence des deux éléments qui la forment. Toutefois, ces deux éléments ne sont pas exigés avec autant de rigueur que lorsqu'il s'agit d'acquérir une possession nouvelle. Ainsi, pour le *corpus*, la fiction du *postliminium* pourrait s'appliquer au maintien par les esclaves du captif d'une possession qu'il aurait commencée avant sa captivité ; mais il ne posséderait qu'à partir de son retour les choses appréhendées en son absence par ses esclaves, pour des causes étrangères au pécule. De même, l'*animus domini* est censé subsister, tant qu'un *animus* contraire ne le remplace pas ; le *furiosus* et l'*infans* conservent donc la possession qu'ils ne sauraient acquérir par eux-mêmes (L. 27. D. *De acq. vel amitt. poss.* 41-2. — L. 12, § 2. D. *De captivis*, 49-15.

Mais la possession disparaît avec l'un ou l'autre de ses éléments constitutifs, à plus forte raison avec tous les deux.

1° La perte du *corpus* et de l'*animus* produit cet effet incontestable, entre autres exemples, dans le cas de *derelictio* et de *traditio ex justâ causâ*.

2° L'abdication de l'*animus* ne désinvestit que le possesseur capable de rendre sa condition pire ; ainsi le pupille, même sorti de l'*infantia*, manifesterait inutilement *sinè auctoritate tutoris* l'intention de ne plus posséder. En outre, un simple oubli, quelle qu'en soit la durée, n'entraîne jamais par lui-même renonciation à l'*animus* (L. 29, § 1. D. *De acq. vel amitt. poss.* 41-2).

3° La suppression du *corpus* est destructive de la possession. Par exemple, le possesseur tombe aux mains de l'ennemi, sans laisser de détenteur pour son compte ; ou bien il se voit enlever la disposition de la chose par un cas fortuit, comme la chute du meuble dans la mer ou l'inondation définitive de l'immeuble (L. 13, pr. D. *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2).

Règles spéciales. — La pratique exigea l'application de règles spéciales aux esclaves et aux immeubles.

L'esclave détenu pour le compte du *dominus*, et délaissé par le détenteur, reste en la possession de son maître, tant qu'il conserve l'esprit de retour ; le lien de sa volonté persiste alors et supplée au

corpus matériellement anéanti (L. 47. D. *De acq. vel amitt. poss.* 41-2).

L'immeuble, délaissé par le fermier ou tout autre détenteur, n'en reste pas moins dans la possession du bailleur ou possesseur. A plus forte raison, si le possesseur ou détenteur vient à s'absenter, mais dans le dessein de revenir, la possession n'est pas perdue. Dans le premier cas, le seul fait d'une occupation étrangère, même à l'insu du possesseur, lui enlève la possession. Dans le second cas, il faut de plus qu'instruit de l'occupation étrangère, il n'ait pas essayé de l'expulser, ou qu'il ait échoué dans son effort ; il est alors dépossédé, et n'a plus d'autre ressource que d'agir au pétitoire (*Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 5. — L. 3, § 11 ; L. 25, § 1 ; L. 40, § 1. D. *De acq. vel amitt. poss.* 41-2).

CHAPITRE V

OCCUPATION.

(*Inst.* L. II, t. I, § 12-18, 22).

L'occupation est la prise de possession *animo domini* d'un objet sans maître et dans le commerce ; elle fait donc acquérir les choses qui n'ont pas actuellement de propriétaire, mais qui sont susceptibles d'en avoir un. C'est un mode d'acquérir originaire, à titre particulier et du *jus gentium*.

Objets sans maître. — On ne peut énumérer tous les cas d'occupation ; il faut seulement décrire à grands traits les principaux.

1° L'occupation s'applique le plus souvent aux animaux sauvages, c'est-à-dire non domestiques, par le moyen de la chasse ou de la pêche. Deux grands principes suffisent à la théorie.

I. *L'animal sauvage n'est acquis, vivant ou mort, qu'au moment où l'occupant en a la disposition certaine.* — Le gibier blessé n'entre donc que par l'appréhension dans la propriété du chasseur. Il n'y a pas à rechercher d'ailleurs si la capture a eu lieu sur le terrain du chasseur ou d'autrui ; car les animaux sauvages ne sont pas un produit du fonds. Mais le propriétaire, libre d'interdire l'accès de sa propriété, serait armé contre le contrevenant d'une *actio injuriarum*, et pourrait en cas de dommage, même sans prohibitions préalables,

obtenir indemnité par l'*actio legis Aquiliæ* (*Inst*. L. II, t. I, *De divis. rerum*., § 12, 13).

II. *L'animal sauvage échappe à l'appropriation par le recouvrement définitif de sa liberté naturelle.* — On exige une délivrance définitive ; si donc il est de ceux qui vont et viennent, comme les pigeons, les paons, les abeilles, il demeure la propriété de son maître aussi longtemps qu'il a l'esprit de retour, c'est-à-dire l'habitude de regagner son gîte accoutumé. Il faut, de plus, que l'animal ait recouvré sa liberté naturelle, par une fuite spontanée, ou par le fait d'un tiers, passible pour cet acte d'une action *de dolo* ou *in factum*. Si l'animal était, au contraire, emmené par quelqu'un, le maître en perdrait bien la possession, mais non la propriété, et l'action *furti* prendrait naissance en même temps que la revendication. A ces deux conditions, l'animal sauvage redevient une chose sans maître, et, par une sorte de *postliminium*, sont effacés rétroactivement tous les effets de la propriété qu'il a subie, droits d'usufruit, de gage ou d'hypothèque dont il était grevé. Ces résultats sont remarquables, car ils dérogent au principe que la propriété ne dépend pas de la possession, et s'appliquent sans distinction aux animaux pris comme à ceux de leurs petits qui n'ont jamais connu la liberté (*Inst*. L. II, t. I. *De divis rer*., § 12-16).

2° L'occupation fait également acquérir les perles, pierres précieuses, coquilles ou semblables objets qu'on trouve sur le bord de la mer, *quæ in littore inveniuntur*. Il en est de même des îles qui se forment dans son sein, phénomène rare, d'après la remarque de Gaius et de Justinien, *quod rarò accidit* ; ces îles ne sont pas des *res communes* à l'instar de la mer, parce qu'elles n'ont pas la même destination naturelle (*Inst*., L. II, t. I. *De divis. rer*., § 18, 22. — *Conf.* C. C. art. 715, 717).

Butin. — L'occupation fait encore acquérir la propriété du butin pris sur l'ennemi : c'est l'hypothèse de l'*occupatio bellica* (*Inst*. L. II, t. I *De div. rer*., § 17 — *Gaïus*, IV, 16).

Mais qu'entend-t-on par butin ? On entend par là tout ce qui est pris soit aux *barbari* en temps de guerre ou de paix, soit aux *hostes* qui ont fait ou reçu régulièrement une déclaration de guerre. L'occupation ne sort-elle pas ici de son cadre habituel et normal, en portant sur des choses qui ne sont pas sans maître ? Le jurisconsulte Paul assimile le butin aux objets trouvés sur le rivage, et là se révèle la pensée des Romains ; à leurs yeux, la propriété des bar-

bares ou des ennemis ne compte pas et n'a point de valeur juridique ; aussi donne-t-elle prise à l'occupation (L. 1, § 1, D. *De acq., vel amitt. poss.*, 41-2).

A quel propriétaire le butin est-il attribué ?

Il faut distinguer, ce semble-t-il, entre les immeubles et les meubles.

Immeubles. — La question n'offre aucun doute pour les immeubles ; ils sont acquis au peuple romain par droit de conquête. L'État abandonne ordinairement aux populations vaincues une portion du territoire conquis, réserve faite de sa propriété supérieure et théorique qui justifie l'impôt. Le reste peut recevoir en fait trois destinations différentes : 1° certaines terres, *agri quæstorii*, sont vendues aux enchères, pour le compte du Trésor, par les questeurs ou les *præfecti ærarii*, suivant l'époque ; 2° d'autres terres, *agri assignati*, sont l'objet de concessions, tantôt gratuites, tantôt accompagnées de quelques charges, et dont profitent le plus souvent les vétérans ; 3° l'excédant demeure dans le domaine public et forme l'*ager publicus*. Comme on le pense bien, les droits des adjudicataires ou concessionnaires sur les deux premières catégories de terrains étaient déterminés au moyen d'une limitation ; on y procédait à l'origine par des cérémonies religieuses, plus tard par le simple arpentage ; mais les *agri quæstorii* et les *agri assignati* durent à cette opération nécessaire le nom commun d'*agri limitati* (L. 20, § 1, D. *De captivis*, 49-15).

Meubles. — Quant au butin mobilier, le problème est assez délicat. — Il y a des textes qui paraissent consacrer sans restriction le droit du premier occupant. En sens contraire, la loi *Julia peculatûs* punit tout détournement de butin ; les magistrats vendaient *sub coronâ* les captifs devenus *servi publici ;* les soldats, par un serment dont nous avons la teneur, s'engageaient lors de l'enrôlement à remettre au consul tout ce qu'ils auraient pris ou trouvé, si ce n'est les objets sans valeur ; nous voyons enfin dans l'histoire les généraux, comme Scipion après le sac de Carthagène, distribuer une portion des richesses conquises, et réserver l'autre part à l'État. Peut-être faut-il, suivant une opinion très plausible, distinguer entre l'occupation collective et l'occupation individuelle. La première est l'œuvre de troupes qui agissent régulièrement sous les ordres d'un chef, et l'État devient propriétaire de ce qu'elle procure ; la seconde est l'œuvre de particuliers, soldats ou non, qui agissent

spontanément, et le fruit leur en demeure exclusivement réservé (L. 13. D. *Ad. leg. Jul. pecul.* 48-13; L. 51, D. *De acq. rer. dom.* 41-1 — *Aulu-Gelle*, L. VII, ch. 4; L. XVI, ch. 4).

Les effets de l'*occupatio bellica* restent d'ailleurs soumis au *postliminium*; il en résulte que l'acquisition des choses capturées sur les Romains par l'ennemi, ou sur l'ennemi par les Romains, est rétroactivement effacée, dès qu'elles retournent à leur ancien maître (L. 19, pr. § 5; L. 20, § 1, D. *De captivis*, 49-15).

CHAPITRE VI

TRADITION.

(*Inst.* L. II, T. I, § 40-48.)

Tous les modes d'acqué rir, autres que l'occupation, sont des modes dérivés, c'est-à-dire qu'ils impliquent à la fois aliénation et acquisition.

Ici doit se placer une remarque essentielle. Le législateur peut rattacher la transmission de la propriété à deux théories différentes. Ou bien le transfert a lieu par le seul effet de la volonté des parties; ou bien il exige, outre cette volonté, quelque fait extérieur qui la révèle juridiquement. Le premier système se rapproche davantage de la vérité spéculative, puisqu'il reconnaît et consacre le principe philosophique de la force des conventions : il avait à peu près triomphé dans notre Code civil, où d'importantes mesures correctives sont venues depuis le tempérer. Le second système paraît préférable dans la pratique ; car, s'il est incontestable que le droit de propriété existe à l'égard de tous, on conçoit que le déplacement en doive être public et manifeste. C'est bien ce dernier point de vue que le bon sens utilitaire des Romains fit prévaloir à toute époque dans leur législation : *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum transferuntur, non nudis pactis* (L. 3, D., *De oblig. et act.* 44-7 — L. 20, C. *De pactis*, 2-3 — *Contrà*, C. C. art. 711, 938, 1138, 1583).

Or les faits extérieurs qui produisent la transmission de la propriété en s'adjoignant au consentement sont précisément les *modes d'acquérir dérivés*. La tradition en est le plus usuel.

Dans le sens large du mot, la tradition n'est que la remise volontaire de la possession. Elle est donc susceptible de trois degrés; car elle peut transmettre, tantôt la simple détention, par exemple au locataire, tantôt la *justa possessio*, par exemple au créancier gagiste ou au précariste, tantôt enfin la propriété, par exemple à l'acheteur. C'est, étudiée sous ce dernier aspect, qu'elle fait partie des modes d'acquérir; on la définit alors le transfert de la propriété par la possession. Ainsi considérée, la tradition est un mode d'acquérir dérivé, à titre particulier et du droit des gens.

§ I

Conditions.

La tradition, pour être translative de la propriété, requiert cinq conditions précises.

1° *Pouvoir d'aliéner*. — Il faut que le *tradens* ait le pouvoir d'aliéner la *res tradita*. Or le pouvoir d'aliéner implique deux choses : il faut d'abord que le *tradens* soit propriétaire; il faut en outre qu'il soit capable de rendre sa condition pire, ce qui exclut l'impubère, le fou, le prodigue interdit, et le mineur de vingt-cinq ans dans le dernier état du droit (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 42, 43) (1).

2° *Pouvoir d'acquérir*. — Il faut que l'*accipiens* ait le pouvoir d'acquérir. Deux éléments y concourent : tout d'abord il doit recevoir la tradition pour son propre compte, ou pour un tiers qui l'a chargé de lui procurer la possession, d'après les règles précédemment exposées ; de plus, il doit être investi de la capacité d'acquérir. Or elle fait absolument défaut à certaines personnes, telles que le pupille *infans* et le fou, et elle peut manquer à d'autres sur un objet déterminé, par exemple au gouverneur de province sur un *prædium provinciale*.

3° *Justa causa*. — Il faut une *justa causa*, c'est-à-dire un accord manifeste du *tradens* et de l'*accipiens* sur la transmission de propriété.

Le plus souvent cette entente des deux volontés se révèle par un fait antérieur à la tradition, soit productif de l'obligation d'aliéner, comme un legs, une vente, soit dépourvu de toute force obliga-

(1) Le pouvoir du *tradens* pour le compte d'autrui fera l'objet de remarques spéciales dans la théorie du mandat.

toire, comme un échange, une donation. Au premier cas, la tradition exécute un acte juridique, au second cas, elle fait entrer dans le domaine du droit un acte indifférent. Mais ce fait antérieur à la tradition ne se confond pas avec l'entente des deux volontés ou *justa causa*, dont il n'est que le signe.

La preuve et les conséquences de cette doctrine apparaissent dans certaines décisions incontestables : 1° il peut arriver que ni l'une ni l'autre des deux parties n'ait l'intention d'aliéner ou d'acquérir, par exemple dans la tradition faite en vertu d'un louage; alors la propriété ne se déplace point, puisqu'il n'y a pas de *justa causa ;* 2° il peut arriver qu'une seule des parties veuille parvenir au transfert, tandis que l'autre n'a pas l'intention correspondante : par exemple, le *tradens* croit livrer en vertu d'un louage, et l'*accipiens* recevoir en vertu d'un prêt ou *mutuum;* le *justa causa* n'existe pas, et nulle transmission de propriété ne se produit; 3° il peut arriver qu'il y ait accord entre la volonté d'aliéner et la volonté d'acquérir. Dans ce dernier cas la tradition opère son effet translatif, abstraction faite de l'existence ou de la validité de l'acte juridique dont elle est le résultat ; ainsi, réalisée par erreur en vertu d'un legs ou d'une vente qui n'a pas eu lieu, ou d'une stipulation d'intérêts usuraires qui est également nulle, elle rend l'*accipiens* propriétaire, tout aussi bien qu'il le serait devenu à la suite d'une vente, d'un legs, d'une stipulation ou de tout autre fait réel et légitime (L. 18, § 1, D. *De rebus creditis,* 12-1 ; L. 34 pr. D. *De acq. vel amitt. poss.* 41-2) (1).

4° *Res corporalis et nec mancipi.* — Il faut que la chose soit corporelle et *nec mancipi ;* car, d'une part, la possession ne se concevrait pas sur une *res incorporalis*, et, d'autre part, nous savons que les *res mancipi* sont en droit pur hors de la portée de la tradition (*Ulpien*, R, t. XIX, § 7. — *Gaïus*, II, 19).

5° *Corpus.* — Enfin il n'y a pas de tradition sans *corpus,* c'est-à-dire si l'*accipiens* n'a la chose à sa disposition physique. Les anciens

(1) Que décider dans le cas où les parties, bien que réciproquement animées de l'intention d'acquérir et de transférer la chose, ne s'accorderaient cependant pas sur la cause de la tradition ; ainsi le *tradens* veut transférer la chose en vertu d'un legs et l'*accipiens* croit le recevoir en vertu d'une stipulation ? Le Digeste contient sur ce point, deux textes contradictoires (L. 18 pr. D. *De rebus creditis*, 12-1; L. 36, D. *De acq. rer. dom.* 41-1). On admet assez généralement que la véritable doctrine romaine se trouve dans la loi 36 D. *De acq. rer. dom.* qui est de Julien; d'après ce texte la tradition serait translative de propriété.

commentateurs distinguaient à ce point de vue plusieurs espèces de traditions, réelle, symbolique, *longua manu* ou *brevi manu*. C'étaient là des complications inutiles ; ces diverses traditions aboutissaient toutes, en effet, au même résultat essentiel de constituer un possesseur par l'adjonction du *corpus* à *l'animus domini*.

De cette cinquième condition, il découle naturellement qu'on ne peut aliéner par tradition la chose dont on a la propriété sans la possession ; le propriétaire doit alors suivre une voie indirecte et céder à l'acquéreur son action en revendication (L. 21 ; L. 63. D. *De rei vind*. 6-1).

§ III

Effets.

La tradition est la plus souple des modes d'acquérir, et les effets en sont directement subordonnés à la volonté des parties. Les parties pouvaient en effet en modifier, en restreindre ou en suspendre les conséquences ordinaires à l'aide de clauses ou de pactes qu'elles ajoutaient à la tradition ; tous ces pactes étaient valables pourvu qu'ils fussent ajoutés immédiatement, *in continenti* et qu'ils ne fussent contraires ni aux lois ni à la morale (L. 48, D. *De pactis*, 2. 14). Elles pouvaient aussi, à la différence des règles admises en matière de *cessio in iure* ou de mancipation, appliquer toutes les modalités suspensives, *dies à quo* ou *conditio ex quâ*. Quant aux modalités résolutoires, *dies ad quem* ou *conditio ad quam*, on sait que le droit classique les jugeait contraires à la nature de la propriété, et qu'elles emportaient, en conséquence, nullité de l'aliénation ; mais du jour où l'on en a reconnu la validité, elles ont pu valablement figurer dans la tradition (L. 38, § 1, D. *De acq. vel amitt. poss.* 41-2).

D'ailleurs, pour étudier les effets de la tradition, il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'une *res nec mancipi* ou d'une *res mancipi*.

Res nec mancipi. — Appliquée aux *res nec mancipi*, la tradition est dans sa sphère propre, et confère le *dominium ex jure Quiritium*, le vrai domaine quiritaire avec l'action en revendication. Il faut cependant détacher des *res nec mancipi* les fonds provinciaux, qui ne comportent qu'une propriété incomplète ; mais le seul mode d'aliénation volontaire dont ils soient susceptibles, c'est toujours la tradition. Dans tous les cas, en sa qualité de mode dérivé, elle transmet à l'*accipiens* le droit tel que l'avait le *tradens*, c'est-à-dire sous la réserve des charges qui le grevaient entre ses mains ; *nemo plus*

juris ad alium transferre potest, quàm ipse habet (L. 20, § 1 D. *De acq. rer. dom.* 41-1. — *Ulpien*, R. t. XIX, § 7).

Res mancipi. — Doit-on conclure de là que la tradition d'une *res mancipi* corporelle demeure entièrement inefficace? L'erreur serait grande; car, si le pur droit civil ne met pas cette chose *in dominio accipientis*, nous savons que le préteur la lui donne *in bonis.* Or l'attribution de la propriété prétorienne procure à l'*accipiens*, ainsi que nous l'avons vu, tous les avantages utiles de la propriété. Sa situation ne diffère pas très sensiblement de celle du propriétaire quiritaire; elle ne s'en distingue que par de légères différences de détail qui peuvent même disparaître complètement lorsque l'*in bonis* s'est transformé en *dominium* par l'usucapion (*Gaius*, I, 167; II, 196. — *Ulpien*, R. t. I, § 16).

A l'époque de Justinien, toute différence est effacée entre les *res mancipi* et *nec mancipi*, entre les fonds italiques et provinciaux. Dès lors, les effets de la tradition sont toujours uniformes et toujours identiques à ceux des autres modes d'acquérir.

§ III

Exceptions.

Deux hypothèses de tradition réclament des explications spéciales.

Traditio rei venditæ. — La tradition faite, avec toutes les conditions ordinaires, par un vendeur en exécution de la vente, ne transfère la propriété à l'acheteur que lors du paiement réel et intégral du prix. *Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori adquiruntur quam si is venditori pretium solverit* (*Inst.* L. II, t. I, *De div. rer.*, § 41).

La raison d'être de cette théorie est dans une sage interprétation de la volonté des parties. Si le vendeur a contracté l'obligation de transférer ses droits sur la chose vendue, c'est en vue du prix; on lui suppose donc naturellement, au cas de livraison immédiate, l'intention de rester propriétaire jusqu'au paiement; il garde ainsi l'action en revendication, qui le soustrait aux risques de l'insolvabilité de l'acheteur. La tradition est régulièrement affectée de cette condition suspensive et tacite, puisqu'elle admet toute espèce de modalité.

Mais, comme notre règle n'est qu'une interprétation de la volonté

des parties, elle fléchit devant une manifestation contraire. Or, ce résultat se produit en deux hypothèses : 1° le vendeur a suivi la foi de l'acheteur, *secutus est fidem emptoris*, c'est-à-dire s'est contenté du crédit de l'acheteur et de l'action de créance du contrat; cette intention se révèle, à défaut de clause expresse, par la concession d'un terme fixe ou indéterminé pour le paiement du prix; 2° le vendeur s'est fait donner une satisfaction, c'est-à-dire une sûreté, réelle comme un gage, une hypothèque, ou personnelle comme une *fidejussio*, une *expromissio*, mais toujours spéciale et non inhérente à sa qualité de créancier. Ces deux circonstances équivalent au paiement du prix, et la tradition dont elles sont suivies rend l'acheteur propriétaire, à moins que le vendeur n'en ait encore détourné l'effet par un *pactum reservati dominii* ou toute autre clause analogue (L. 19; L. 35, D. *De contr. empt.*, 18-1. — L. 3, C. *De pactis inter empt.*, 1-54) (1).

Lorsque la tradition ne transfère pas la propriété à l'acheteur, lui procure-t-elle au moins la possession, ou n'est-il que détenteur? Il semble impossible de lui contester l'*animus domini*, et conséquemment la qualité de possesseur. Mais le vendeur peut faire des réserves même sur la possession, et ne livrer la chose jusqu'au paiement qu'à titre de dépôt, de bail ou de précaire. Il échappe alors aux difficultés de l'action en revendication, qui est remplacée par les actions plus faciles *depositi*, *locati* ou par l'interdit *de precario*.

Traditio incertæ personæ. — On appelle *traditio incertæ personæ* celle qui se fait au profit d'un *accipiens* que le *tradens* ne connaît pas individuellement, et dont il ne peut avoir aucune idée précise. Les Institutes en fournissent deux exemples (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 43, 47).

I. — Il en est un facile à comprendre : c'est l'hypothèse des *missilia* ou pièces de monnaie qu'on jette au milieu de la foule dans un moment de fête ou de largesse pour en gratifier le premier venu qui les ramassera. Les historiens nous raconteut que les empereurs romains eurent souvent recours à ce moyen grossier pour s'attirer

(1) Cette règle n'existe pas en droit français ; chez nous, la propriété de la chose vendue est acquise à l'acheteur dès le jour même de la vente, alors que le prix n'a pas encore été payé (art. 1583). Une pareille divergence entre les deux législations s'explique aisément ; si le vendeur français ne jouit pas de cette garantie c'est qu'en revanche il a des sûretés qui font défaut au vendeur romain ; d'abord, il a un privilège, ensuite il a le droit de faire résoudre la vente pour défaut de paiement du prix (C. C. art. 1184, 1654, 2102, 2103).

les faveurs et les bonnes grâces du peuple (*Inst.* L. II, t. I, *De div. rer.* § 46. — Suetone; *Caligula*, 18, *Néron*, 11).

II. — Le second cas prêtait à discussion. Il s'agit des *res derelictæ*, c'est-à-dire des choses abandonnées par leur propriétaire, qui abdique à la fois le *corpus* et l'*animus*. Cette *derelictio* constituait vraisemblablement une tradition dans la pensée de tous les jurisconsultes; car elle n'effaçait point les droits réels dont la *res derelicta* se trouvait grevée, et l'acquéreur n'était qu'un ayant-cause du *derelinquens* (L. 5, § 1, D. *Pro derelicto*, 41-7; L. 2, D. *Pro suo*, 41-10).

Mais, si les jurisconsultes romains se trouvaient d'accord pour rattacher la *derelictio* à la *traditio incertæ personæ*, il y avait cependant désaccord entre les deux écoles sur un point de détail. Les Proculiens prétendaient que le *derelinquens* restait propriétaire jusqu'au jour où la chose était appréhendée par un tiers. Les Sabiniens étaient, au contraire, d'avis que le *derelinquens* perdait immédiatement la propriété et avant toute appréhension. L'intérêt pratique le plus manifeste de la controverse, c'est que les Sabiniens ne pouvaient jamais voir un vol dans l'appréhension de la *res derelicta;* il en devait être autrement des Proculiens, dans le cas où le tiers, en s'emparant de la chose, savait que le *derelinquens* avait repris l'*animus domini*. La doctrine plus subtile et moins logique des Sabiniens prévalut dès le troisième siècle de notre ère, et fut consacrée par Justinien (*Inst.*, L. II, t. I, *De div. rer.*, § 47).

Il va de soi qu'on ne saurait confondre les *res derelictæ* avec les choses perdues ou jetées sans abdication de l'*animus domini*, et qui ne changent pas de maître; dans tous ces cas, il ne peut y avoir place ni pour l'occupation, puisque la chose n'est pas *nullius*, ni pour la *traditio incertæ personæ* puisque le *dominus* manque de l'*animus tradendi* (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 48).

CHAPITRE VII

MANCIPATIO. — IN JURE CESSIO. — LEX.

Tous les autres modes d'acquérir appartiennent au droit civil. Dans ce nombre, l'*adjudicatio* est exclusivement liée aux trois actions divisoires, *finium regundorum*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo;* les explications qu'elle nécessite trouveront naturelle-

ment leur place ailleurs. Qu'il suffise de dire maintenant que l'*adjudicatio* consiste dans l'attribution de propriété faite par le juge (*iudex*), dans les cas spéciaux prévus par la loi (*Gaius*, IV, 42).

§ I

Mancipatio, in jure cessio.

La mancipation et l'*in jure cessio* sont les deux modes d'acquérir essentiellement quiritaires ; ils sont tous deux solennels, dérivés, à titre singulier et du droit civil.

Mancipatio. — La mancipation, qu'on a vu s'appliquer aux enfants de famille et aux femmes *in manu*, avait pour sphère propre les *res mancipi*, immobilières ou mobilières; elle ne pouvait pas transférer la propriété des *res nec mancipi*. En elle-même, la mancipation n'est qu'une vente fictive et solennelle (1).

Huit personnes y figurent, cinq témoins citoyens, mâles et pubères, un *libripens* qui tient une balance de cuivre, enfin l'aliénateur ou *mancipans*, et l'acquéreur, *emptor* ou *accipiens*. Quant à la chose mancipée, la présence en était nécessaire dans les temps primitifs, et cette règle persista pour les meubles; une seule mancipation n'en comprit jamais plus que l'acquéreur n'en pouvait toucher à la fois, d'où vient le nom de l'acte, *manu capere*. Mais les immeubles échappèrent à cette rigueur, et l'on eut le droit d'en embrasser plusieurs dans une même cérémonie. Dans cet état, l'acquéreur touche la chose, en prononçant une formule précise, des paroles sacramentelles, *certa verba*, qui affirment l'existence actuelle dans sa personne du droit qu'il veut acquérir : *hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse aio, eaque mihi empta est hoc ære æneâque librâ;* puis il frappe la balance d'un lingot de cuivre, qu'il remet à l'aliénateur en guise de prix. Peut-être y avait-il au début une réelle pesée du métal (*Gaius*, I, 119, 121. — *Ulpien*, R., t. XIX, § 3, 6).

In jure cessio. — L'*in jure cessio* est le mode d'acquérir le plus large, puisqu'elle peut également porter sur les *res mancipi* ou *nec mancipi* et sur les choses corporelles ou incorporelles. Ainsi, elle

(1) La mancipation est un des nombreux cas d'application de l'antique *nexum ;* car *nexum est quodcumque per æs et libram geritur ;* en d'autres termes, ce mot désigne toute solennité civile où interviennent la balance et l'airain (Festus, v° *Nexum*).

peut s'appliquer notamment aux servitudes personnelles, aux servitudes prédiales sans distinction, aux hérédités et même à la tutelle légitime. Elle dérive de l'*addictio* dont elle n'est qu'une forme; car on entend par *addictio* toute déclaration du magistrat constitutive d'un droit au profit d'une personne qui le demande (*Gaius*, II, 29, 32 et s.).

En elle-même, la *cessio in jure* n'est qu'un procès fictif, un simulacre de l'ancienne revendication intentée dans les formes primitives de l'*actio sacramenti;* aussi Gaius l'appelle-t-il une *Legis actio* (*Gaius*, II, 124). Elle suppose trois personnes en présence; l'acquéreur qui joue le rôle de demandeur, l'aliénateur qui joue le rôle de défendeur, et le magistrat qui donne à l'acte un caractère public. Sans aucun doute, elle exigea dans les commencements la présence de l'objet aliéné, et, par conséquent, s'il s'agissait d'un immeuble, le déplacement des parties; mais du jour où l'on supprima dans la revendication réelle cette règle gênante, elle dut, à plus forte raison, disparaître dans la revendication fictive de l'*in jure cessio*. L'acquéreur met la main sur la chose et fait la *vindicatio*, c'est-à-dire la solennelle affirmation de son droit de propriété par la formule consacrée : *Hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse aio*. Si le procès était sérieux, le défendeur protesterait par une *contra-vindicatio* ou formule pareille, et le magistrat renverrait les parties devant un *judex* chargé de statuer. Mais, le procès n'étant que fictif, sur la question du préteur qui lui demande s'il revendique à son tour, l'aliénateur *negat aut tacet;* de là sort la conclusion que le demandeur est propriétaire, et le magistrat prononce alors l'*addictio*, qui devient la vérité juridique. L'*in jure cessio* est donc une application manifeste de la maxime que l'aveu fait chose jugée : *Confessus pro judicato habetur*. Elle appartient à la juridiction gracieuse (*Gaius*, II, 24).

Règles communes. — La mancipation et l'*in jure cessio* se ressemblent par divers côtés.

1° L'une et l'autre sont du droit civil, c'est-à-dire supposent la *civitas* ou, du moins, le *commercium* dans tous leurs acteurs.

2° L'une et l'autre ne peuvent émaner que d'un propriétaire nanti de la possession. Cette règle est indubitable pour les meubles, puisqu'ils doivent figurer dans la cérémonie; elle reste de toute probabilité pour les immeubles, même après le jour où la présence a cessé d'en être nécessaire. Mais la propriété se transfère dans tous

les cas sans le concours de la tradition (*Gaius*, II, 204 ; IV, 131).

3° La forme de la mancipation et de l'*in jure cessio* se prête indifféremment à des aliénations onéreuses ou gratuites.

4° Enfin ces deux modes sont solennels, ce sont des *actus legitimi* ; en conséquence, ils impliquent l'intervention directe des intéressés, que nul mandataire ne saurait suppléer ; car les paroles de l'acquéreur affirment l'existence du droit dans sa personne, et l'aliénateur doit en être investi lui-même pour y renoncer efficacement. De plus, les modalités suspensives ou résolutoires sont indistinctement proscrites de la mancipation et de l'*in jure cessio*, dont elles entraîneraient la nullité. Mais cette prohibition ne concerne pas le terme ni la condition tacites, c'est-à-dire simplement convenus entre les parties et non exprimés dans la formule immuable de l'acquisition : *Expressa nocent, non expressa non nocent* (L. 77, D. *De reg. juris.*, 50-17).

Ces deux modes d'acquérir, contemporains au moins des Douze Tables, se maintinrent jusqu'à Justinien. Mais la disparition des *res mancipi* et l'admission d'une quasi-tradition pour les *res incorporales* leur portèrent un coup définitif, et ce prince les supprima.

§ II

De la *lex*.

Dans un sens général, toute acquisition dérive de la loi, puisque c'est elle qui donne leur force juridique à tous les modes d'acquérir. Mais la propriété s'acquiert spécialement *lege*, dans toutes les hypothèses où la cause de l'acquisition, quoique reconnue par un acte législatif quelconque, n'a pas été classée comme mode d'acquérir individuel et distinct. Ulpien nous en donne pour exemples le legs *per vindicationem* consacré par la loi des Douze Tables, le *caducum* et l'*ereptoriam* consacrés par la loi Papia Poppœa ; nous les retrouverons dans la théorie des testaments. On peut encore mentionner le singulier *jus accrescendi* que le droit classique avait consacré à l'occasion de l'affranchissement d'un *servus communis* effectué par l'un des maîtres (*Inst.*, L. II, t. VII, *De donationibus*, § 4. — *Ulpien*, R., t. XIX, § 17).

Enfin deux hypothèses particulières : le trésor et l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi doivent trouver leur place ici.

Trésor. — Le trésor ne doit pas se confondre avec les objets

cachés ou perdus. C'est une chose mobilière, enfouie dans une autre chose dont elle n'est pas le produit, on ne sait ni quand ni par qui ; en conséquence, elle n'a pas de maître. Le plus souvent, cette notion s'applique en fait à la somme d'argent enfouie dans un immeuble (1).

D'après le principe général de l'occupation, ce trésor devrait appartenir intégralement à l'inventeur; car il est de sa nature un don du hasard, ou, dans le langage des textes chrétiens, un bienfait de Dieu. Mais le droit classique des Romains établit sur ce point des règles spéciales : 1° Le trésor que trouve un propriétaire sur son fonds lui appartient par droit d'occupation. 2° Le trésor trouvé sur le terrain d'autrui appartient pour moitié à l'inventeur, par droit d'occupation, pour moitié au propriétaire du fonds, par une attribution légale qui se fonde sur la présomption que le dépôt est l'œuvre de ses ancêtres; il n'importe que le maître du terrain soit un particulier, ou César, ou quelque cité. 3° Le trésor trouvé sur un terrain qui n'a pas de propriétaire, notamment sur un terrain sacré ou religieux, appartient pour moitié à l'inventeur, pour moitié au fisc.

Si l'inventeur a fait des fouilles intentionnelles sur le terrain d'autrui, il n'a plus aucun droit au trésor, que le *dominus soli* acquiert alors tout entier.

Cette législation fut l'œuvre d'Adrien dans son ensemble ; certains de ses successeurs l'ont modifiée ou rétablie, et Justinien la confirme dans les Institutes (*Inst.*, L. II, t. I, *De div. rer.*, § 39. — L. 1 ; L. 3, § 10, D. *De jure fisci*, 49-14. — *Conf.* C. C. art. 716).

Acquisition des fruits au possesseur de bonne foi. — Le possesseur de bonne foi d'un meuble ou d'un immeuble acquiert *lege* la propriété des fruits de la chose possédée. Il n'y a pas à considérer s'il peut ou non acquérir la propriété de la chose elle-même par sucapion (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 35. — L. 48, pr., § 2, D. *De acq. rer. dom.*, 41-1. — *Conf.* C. C. art. 549, 550).

Est possesseur de bonne foi, quiconque ayant reçu la chose d'une personne qu'il croyait à tort propriétaire, la détient en vertu d'une vente, d'une donation ou de tout autre titre impliquant *justa causa*. S'il acquiert alors la propriété des fruits de cette chose qui ne lui

(1) Le trésor a été ainsi défini par le jurisconsulte Paul : *Thesaurus est vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat* (L. 31, § 1. D. *De acq. rer. dom.* 41-1).

appartient pas, ce n'est point *pro culturâ et curâ*, comme le dit faussement Justinien; car il gagne même les fruits étrangers à son travail, et toute sa diligence ne lui en procurerait aucun, si la bonne foi lui manquait. Le vrai motif de la règle est un motif d'équité, le possesseur de bonne foi se croyant propriétaire, dispose sans souci de ces fruits qu'il juge siens; le déclarer redevable d'une valeur équivalente après un temps peut-être long, ce serait le ruiner ou le gêner, et cela, au profit d'un propriétaire négligent; ce serait en outre donner naissance à des comptes compliqués dont les éléments feraient défaut.

Du reste, le possesseur de bonne foi n'a droit qu'aux fruits. Or les produits d'une chose se divisent en deux catégories : 1° les *fruits;* c'est ce que la chose donne périodiquement d'après sa destination normale; on appelle *fruits naturels* ceux qui sortent de sa substance, comme les récoltes de la terre, le lait, la laine, le croît des animaux, et *fruits civils* ceux qu'on perçoit à l'occasion d'un objet stérile en lui-même, comme les loyers d'une maison, les intérêts de l'argent; 2° les *produits* proprement dits; c'est ce que la chose n'est pas destinée à donner périodiquement : tels sont : le trésor, les matériaux extraits des carrières, le part des esclaves (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 37. — L. 27, D. *De hered. petit.*, 5-3).

Conditions de l'acquisition. — L'acquisition des fruits exige deux conditions, outre la juste cause : 1° il faut qu'il y ait eu séparation, c'est-à-dire que, d'une manière quelconque, par le fait du possesseur ou d'un tiers, ou par toute autre circonstance, les fruits aient été détachés de la chose frugifère; car, jusqu'à ce moment, ils restent confondus avec elle, et le possesseur n'a pas plus de droit sur les uns que sur l'autre (1); 2° il faut, de plus, que la bonne foi persiste au moment de la séparation; car c'est à l'instant où doit se produire l'acquisition que les éléments en sont nécessaires; nous aurons à constater une règle contraire dans la théorie de l'usucapion, suivant la maxime : *Mala fides superveniens non nocet* (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 36. — L. 23, § 1; L. 48, § 1 D. *De acq. rer. dom.*, 41-1).

Effets de l'acquisition. — Lorsque le propriétaire vient à revendiquer la chose, le possesseur est-il tenu de lui restituer les fruits

(1) L'usufruitier se trouve à ce point de vue, dans une situation moins favorable que le possesseur de bonne foi, il ne gagne les fruits que par la perception (L. 25, § 1, D. *De usuris*, 22-1).

dont il n'a pas disposé et qui restent encore dans ses mains? Pour le droit classique, la négative est probable, parce que les jurisconsultes n'admettaient pas que la propriété, une fois acquise, pût être résolue; le langage des textes paraît conforme à cet aperçu (L. 25, § 1; L. 28, D. *De usuris et fruct.*, 22-1).

Mais au temps des Institutes, il en est autrement; le possesseur de bonne foi ne gagne définitivement les fruits que par la consommation, et doit rendre au propriétaire tous ceux dont il se trouve investi lors de la *litis contestatio*. On exprime ce résultat en disant que les *fructus consumpti* lui sont acquis, mais non les *fructus exstantes*. Cette doctrine, incontestable sous Justinien, paraît remonter à Dioclétien (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 35. — L. 22, C. *De rei vind.*, 3-32).

Elle provient, d'ailleurs, d'une assimilation plus apparente que réelle, de tous les possesseurs de bonne foi au possesseur *bonæ fidei* d'une hérédité. Ce dernier, poursuivi par l'héritier véritable au moyen de la *petitio hereditatis*, devait restituer tous ses profits héréditaires; il gardait donc les *fructus exstantes* dont il avait consommé la valeur, mais il rendait la valeur des *fructus consumpti*, dont il s'était enrichi; ces décisions résultaient du sénatus-consulte Juventien proposé sous Adrien. On les résume dans l'adage si connu : *Fructus augent hereditatem* (L. 20, § 6; L. 25, § 11, D. *De hered. petit.*, 5-3).

Le possesseur de mauvaise foi est dans une situation bien différente, parce que nulle raison d'équité ne milite en sa faveur. Aussi doit-il restituer au propriétaire de la chose tous les fruits sans distinction; il est passible de la revendication pour les *fructus exstantes* et d'une *condictio* pour la valeur des *fructus consumpti*; on va même jusqu'à le rendre responsable des fruits qu'il a négligé de recueillir (*Inst.*, L. IV, t. XVII, *De officio judicis*, § 2. — L. 4, § 2, D. *Ad exhibendum*, 10-1).

CHAPITRE VIII

USUCAPION.

(*Inst.* II, t. VI.)

L'usucapion est, comme la tradition, une manière d'acquérir la propriété par la possession. Mais, tandis que la tradition procure

d'un seul coup la possession et la propriété, l'usucapion ne procure la propriété que par la voie d'une possession prolongée et revêtue de certaines conditions extrinsèques. De là vient le nom d'*usucapio*, *capere usu*. L'usucapion est un mode dérivé, à titre particulier et du droit civil (*Ulpien*, R., t. XIX, § 8).

PREMIÈRE SECTION

USUCAPION CLASSIQUE.

A l'époque classique, l'usucapion poursuit un double but et remplit une double fonction.

1° Elle sert à transformer la propriété prétorienne en propriété quiritaire, soit qu'on ait reçu *à domino* une *res mancipi* par simple tradition, soit que, pour toute autre cause, on ait seulement *in bonis* une *res mancipi* ou *nec mancipi*. Ce premier rôle de l'usucapion est d'une équité manifeste; on y voit le droit civil se corriger lui-même (*Gaius*, II, 41 ; III, 80).

2° Elle sert à transformer la possession juridique en propriété quiritaire, lorsqu'on a reçu *à non domino* une *res mancipi* ou *nec mancipi* sans la volonté du propriétaire. Dans cette seconde fonction, l'usucapion semble contraire à la justice, puisqu'elle fonde un droit légal sur un fait illégitime. Mais de puissantes considérations d'utilité publique l'ont introduite chez tous les peuples civilisés. Elle allége sensiblement la preuve de la propriété, qui serait difficile et souvent impossible sans elle ; ne faudrait-il pas, en effet, que tout acquéreur démontrât la régularité de son acte d'acquisition, ainsi que la préexistence de son droit dans l'aliénateur qui le lui a transmis, dans l'auteur précédent, dans les auteurs de l'auteur, et ainsi de suite à l'infini? De plus, au risque de quelques injustices individuelles dont ne souffriront guère que les négligents, l'usucapion prévient le mal social de l'incertitude dans la propriété, *ne dominia rerum diutiùs in incerto essent*. Elle a donc sa place marquée dans toute législation bien entendue (*Gaius*, II, 44 — *Inst.*, L. II, t. VI, *De usucapionibus*, pr.).

Comme la propriété prétorienne disparut au plus tard sous le règne de Justinien, ce prince ne connaît et ne règle que la seconde des applications classiques de l'usucapion.

§ I

Conditions.

L'usucapion appartenant au *jus civile*, est inaccessible à tous ceux qui ne jouissent pas du *commercium* ; elle requiert en outre quatre conditions : 1° l'aptitude de la chose à être usucapée ; 2° une possession qualifiée ; 3° un juste titre ; 4° la bonne foi.

I. **Aptitude de la chose.** — Les choses corporelles *in commercio* sont seules susceptibles de possession, et, par conséquent, d'usucapion ; en sont donc exclus l'homme libre, les *res sacræ*, *religiosæ*, *sanctæ*. De plus, les fonds provinciaux ne pouvant supporter la propriété quiritaire, l'usucapion leur est inapplicable (*Gaius*, II, 46, 48).

D'ailleurs, certains *obstacles accidentels* résultent souvent de la qualité du propriétaire ou d'un vice de la chose.

A. Sont, par exemple, insusceptibles d'usucapion, *à raison de la qualité du propriétaire* : 1° les *res mancipi* de la femme pubère en tutelle, si elle ne les a livrées elle-même *tutore auctore* ; 2° les biens du pupille, dans les limites où le sénatus-consulte de Septime Sévère et les règles postérieures les ont déclarés inaliénables ; 3° les biens du fisc ; mais une succession vacante n'entre dans cette catégorie qu'après la dénonciation faite aux agents fiscaux ; 4° le fonds dotal, à moins que l'usucapion n'ait commencé avant la constitution de la dot (*Gaius*, II, 47. — L. 16, D. *De fundo dotali*, 23-5. — *Inst.*, L. II, t. VI, *De usucapionibus*, § 9. — *Conf.*, C. C. art. 1561, 2255).

B. D'autres choses, quel qu'en soit le propriétaire, échappent à l'usucapion par *l'effet d'un vice qui leur est inhérent*. La règle s'applique d'abord aux meubles volés avec ou sans violence, *furto vel rapinâ* ; cette prohibition remonte aux Douze Tables et fut renouvelée par une loi Atinia en 557 de Rome. La même impossibilité concerne les immeubles occupés par violence ; pour eux, la prohibition a sa source dans une loi Plautia de 665 et fut renouvelée par la loi *Julia de vi* sous Auguste. Dans les deux cas, la défense d'usucaper ne s'adresse pas à l'auteur du vol ou de la violence, puisqu'il manque d'autres conditions qu'on va voir ; elle ne concerne que les tiers qui recevraient *bonâ fide* la chose de lui-même ou d'un autre. Le vice s'efface par le retour de la *res vitiosa* aux mains du maître

ou de son représentant, pourvu qu'il la reprenne en connaissance de cause et dans l'intention de recouvrer l'exercice de son droit (*Inst.*, L. II, t. VI, *De usucap.*, § 1-8).

II. **Possession qualifiée.** — L'usucapion exige une possession qualifiée, c'est-à-dire accompagnée de certains caractères déterminés. Pour cela, il faut que la possession soit *justa*, non interrompue et continuée pendant un certain temps.

Nature de la possession requise. — Tout d'abord il s'agit ici de la possession juridique, *justa possessio*, exercée à titre de propriétaire, *cum animo domini*. Tous les détenteurs pour autrui, fussent-ils investis d'un droit réel, comme l'usufruitier, et ceux des possesseurs qui ne peuvent se croire propriétaires, comme le créancier gagiste, ne sauraient usucaper pour eux-mêmes ; ils usucapent seulement au nom de la personne dont ils reconnaissent le titre supérieur (L. 13 ; L. 25, D. *De usucap. et usurp.*, 41-3. — *Conf.* C. C. art. 2236).

Durée. — Cette possession juridique doit durer deux ans pour les immeubles, un an pour les meubles. Si les meubles sont plus rapidement usucapés que les immeubles, c'est que, à raison de leur circulation plus active, la propriété en devait rester moins longtemps incertaine. Tant pour les immeubles que pour les meubles, on peut critiquer l'extrême brièveté de l'usucapion ; mais il faut songer que la règle date d'une époque où les Romains étaient encore peu nombreux et leur territoire fort étroit. Dans le calcul du délai, on compte de jour à jour, et non d'heure à heure, *a die ad diem, non a momento ad momentum ;* de plus, on néglige le jour de l'entrée en possession, mais le dernier jour est accompli aussitôt que commencé, *dies incœptus pro impleto habetur* (L. 6, D. *De usucap. et usurp.*, 41-3 ; L. 15, D. *De divers temp. præscrip.*, 44-3. — *Conf.* C. C. art. 2260).

On exige d'ailleurs que la possession ait été continue durant tout le délai requis, c'est-à-dire qu'elle n'ait point été perdue par l'une des causes précédemment indiquées. Cette perte de la possession constitue l'interruption naturelle de l'usucapion, *interruptio, usurpatio ;* il n'y en a point d'autre dans le droit classique, encore ignorant de ce que nous appelons aujourd'hui l'interruption civile. Ainsi la revendication même du propriétaire n'arrête pas le cours de l'usucapion, réserve faite des tempéraments qu'on appréciera plus tard sur l'action *in rem* (L. 17 ; L. 18, D. *De rei vind.*, 6-1. — *Conf.* C. C. art. 2243 et s.).

Accessio temporis. — Du reste, il n'est pas nécessaire que toute la possession ait été réalisée par la même personne; cette rigueur aurait gêné la libre transmission des biens.

Tout possesseur a le droit de joindre à sa possession la possession de son auteur, comme si les deux n'en faisaient qu'une. C'est ici la théorie de l'*accessio temporis*, *accessio possessionum;* pour s'en prévaloir, il faut être le successeur, l'ayant cause d'un précédent possesseur. Or, il se présente deux hypothèses dissemblables: 1° On peut être ayant cause à titre universel, notamment en qualité de *heres*, *bonorum possessor*, *bonorum emptor*, *adrogator*. Dans tous ces cas, la seconde possession n'est que la continuation de la première, qui déteint sur elle, si l'on peut ainsi parler; elle est pour l'usucapion ce qu'était la précédente, efficace ou sans force, et l'on ne tient nul compte de sa valeur propre. 2° On peut être ayant cause à titre particulier, notamment en qualité d'acheteur, de donataire, de légataire. Dans tous ces cas, la seconde possession reste indépendante de la première, et le successeur doit être par lui-même en état d'usucaper; moyennant cette qualité, il est maître de répudier la possession de son auteur ou de la joindre à la sienne; son intérêt fait varier son choix, suivant que l'auteur se trouvait ou non *in causâ usucapiendi* (L. 19, D. *De usuc. et usur.*, 41-3; L. 15, § 1. D. *De diver. temp. prescrip.*, 44-3. — *Inst.*, L. II, t. VI, *De usucap.*, § 12, 13. — *Sic*, C. C. art. 2235, 2237, 2239).

III. **Juste titre.** — L'usucapion requiert, en outre, un juste titre ou juste cause, *justa causa*, *justus titulus;* cette condition est rigoureusement exigée, si bien qu'elle ne se présume jamais, et que le possesseur doit la prouver (L. 13, § 2, D. *De Public. in rem.*, 6-2).

En principe, le juste titre de l'usucapion doit s'entendre autrement que la juste cause de la tradition, et consiste dans un fait juridique, un *negotium juris*, indépendant de la mise en possession.

Tantôt ce juste titre est un acte de l'autorité, la volonté d'un magistrat. Cette volonté peut résulter d'une disposition générale de l'édit qui autorise l'usucapion directement et sans nouvelle décision du préteur; ainsi se trouvent *in causâ usucapiendi* le *bonorum possessor* et le *bonorum emptor*. Plus rarement elle résulte d'un décret spécial, rendu par le préteur, *causâ cognitâ*, et qui légitime la prise de possession (*Gaius*, III, 8. — L. 26, § 6; L. 28 *in fine*, D. *De noxal. act.*, 9-4).

Tantôt le juste titre est un fait émané de particuliers, extrinsèque

à la tradition, et qui la motive en manifestant l'intention de la rendre translative de propriété. La tradition en est alors une conséquence nécessaire ou facultative, selon qu'il oblige, comme la vente, ou n'oblige pas, comme la donation. Mais toujours faut-il supposer qu'elle ne rend pas l'*accipiens* propriétaire, parce qu'elle porte sur une *res mancipi* ou qu'elle dérive d'un *tradens* hors d'état d'aliéner ; de là besoin d'usucaper (1).

La tradition faite en vertu d'un titre simplement imaginaire met-elle *in causâ usucapiendi?* ou, plus simplement le juste titre putatif équivaut-il au juste titre réel? Cette question suppose non l'erreur de droit, qu'on n'a jamais pu invoquer en matière d'usucapion, mais l'erreur de fait d'un *accipiens* trompé sur l'existence ou sur la validité du titre, qui ne s'est pas réalisé ou qui est légalement nul. Les jurisconsultes classiques, après de longues controverses, semblent se contenter, en règle générale, d'un titre putatif, lorsque l'erreur est plausible, c'est-à-dire n'implique pas de grossière étourderie : plusieurs textes du Digeste font des applications de cette doctrine (L. 11, D. *Pro emptore*, 41-4; L. 67, D. *Pro dote*, 23-3; L. 9, D. *Pro legato*, 41-8). Mais une telle solution, peut-être acceptable dans la théorie et colorée d'un semblant d'équité, aboutissait dans la pratique à d'insolubles problèmes. Aussi le droit impérial, depuis Dioclétien, exige-t-il rigoureusement le juste titre réel; Justinien consacre dans les Institutes cette dernière décision (*Inst.*, L. II, t. VI, *De usucap.*, § 11. — L. 24, C. *De rei vind.*, 3-32).

Par dérogation aux règles précédentes, il ne serait pas impossible de relever, à travers les lois romaines, de rares hypothèses où la *justa causa usucapiendi* se confond avec la *justa causa* de la tradition. En d'autres termes, il y a des cas où l'intention corrélative d'aliéner et d'acquérir, jointe à la mise en possession, et dénuée de tout *negotium juris* antérieur ou concomitant, suffit à fonder l'usucapion. Mais ces rares exceptions ne sauraient altérer l'aspect d'en-

(1) Les justes titres se classent en deux groupes ; les uns se réfèrent à un fait précis, unique et invariable, tels sont : les titres *pro donato*, *pro legato*, *pro emptore*, *pro dote*, etc. La seconde catégorie comprend deux justes titres, le titre *pro soluto* et le titre *pro suo ;* ils diffèrent des précédents en ce qu'au lieu de se référer à un fait précis et invariable, ils s'appliquent à un ensemble de faits. Ainsi, le titre *pro soluto* s'applique toutes les fois que l'*usucapiens* a reçu la chose en paiement quelle que soit la cause du paiement ; quant au titre *pro suo*, l'*usucapiens* l'invoquera dans tous les cas où il ne peut pas baser son usucapion sur un titre portant un nom technique et spécial.

semble ni la portée véritable de la théorie générale (L. 4, D. *Pro derelicto*, 41-7; L. 1, § 2, D. *Pro dote*, 41-9).

La conclusion est donc certaine : la tradition faite *à domino* transfère la propriété plus facilement que la tradition faite *à non domino* ne met en voie d'usucaper ; car la première n'a nul besoin d'un fait séparé qui la motive, tandis qu'il est indispensable à la seconde.

IV. **Bonne foi.** — La bonne foi requise en notre matière est l'erreur de fait qui consiste, de la part de l'*accipiens*, à croire le *tradens* propriétaire et capable d'aliéner. On n'exige donc pas cette quatrième condition pour l'usucapion de la *res mancipi* livrée *à domino*, ni pour l'usucapion qui a son juste titre dans un acte de l'autorité.

A la différence du *justus titulus*, la *bona fides* se présume toujours. Cette seule remarque suffit à distinguer l'une de l'autre ces deux conditions de l'usucapion, et renverse le système qui ne voit dans le juste titre qu'un des éléments de la bonne foi (L. 30, C. *De evictionibus*, 8-45. — *Conf.* C. C. art. 2268).

Trois règles déterminent le rôle de la bonne foi dans l'usucapion : 1° Elle est nécessaire au moment de l'entrée en possession, et non pas à l'instant où se produit le juste titre ; par exception, la personne qui usucape *pro emptore* doit être de bonne foi lors de la vente et lors de la tradition ; cette singularité tient à la rédaction de l'édit prétorien sur la Publicienne. 2° La mauvaise foi survenue dans le cours de l'usucapion n'y met pas obstacle, *mala fides superveniens non nocet;* cette doctrine est inconséquente, puisque toutes les autres conditions de l'usucapion doivent se prolonger jusqu'à la fin ; peut-être s'explique-t-elle par ce fait que l'*usucapiens*, en échange de la propriété qu'il croyait obtenir, a le plus souvent donné quelque chose ou contracté quelque obligation (1). 3° Si la possession est acquise par un représentant, c'est la bonne foi du représenté qu'on exige pour l'usucapion, dont le cours ne s'ouvrira pas avant qu'il ait eu connaissance de l'appréhension faite en son nom. On déroge à cette règle pour la possession *ex causâ peculiari* par une

(1) Ce motif conduirait logiquement à exiger la persistance de la bonne foi pendant tout le cours de l'usucapion quand l'acquéreur prétend usucaper *pro donato*. En effet, un texte permet de croire que tel était l'avis de certains jurisconsultes de l'époque classique (L. 1[illegible], § 3 D. *De Publ. in rem*, 6-2). Mais cette doctrine fut écartée par Justinien qui déclare ne faire aucune distinction entre les titres onéreux et les titres gratuits (L. 1, C. *De usuc. transf.*, 7-31).

personne *in potestate;* car l'usucapion s'ouvre alors à l'insu du représenté, et ne demande que la bonne foi du représentant (L. 15, § 2; L. 44, § 2, D. *De usuc. et usurp.*, 41-3; L. 2, D. *Pro emptore*, 41-4. — *Conf.* C. C. art. 2269).

§ II

Effets.

L'usucapion achevée produit un double effet; elle consolide le juste titre de l'*usucapiens* et lui fait acquérir *erga omnes* la propriété avec toutes ses charges.

Consolidation du juste titre. — Dans les rapports de l'acquéreur avec son auteur, elle rend définitifs les résultats du juste titre, en supprimant tout danger d'éviction et en mettant l'*usucapiens* dans la situation d'ayant cause par rapport au *tradens*. Ainsi la personne qui usucape *pro emptore* est désormais tenue de payer le prix d'achat qu'elle pouvait refuser jusqu'alors; si l'on a usucapé *pro donato*, on doit supporter les charges de la donation (L. 3, § 4, D. *De acq. vel. amitt. poss.*, 41-2; L. 13 *pr.*; L. 33, D. *De mortis causa don.*, 39-6. — F. V. § 12).

Acquisition de la propriété cum onere. — Dans les rapports de l'acquéreur avec le propriétaire, l'usucapion dépouille le second pour investir le premier; le possesseur est dorénavant soustrait à toute action réelle ou personnelle de l'ancien *dominus*, tant pour la chose que pour ses fruits ou produits de tout genre. Mais l'usucapion étant un mode dérivé ne procure la propriété au nouveau maître qu'avec la charge de tous les droits réels quelconques qui la grevaient entre les mains du précédent propriétaire; pour la même raison, elle lui transmet le bénéfice de tous les droits réels qui enrichissaient la chose. On applique la maxime: *Tantùm præscriptum quantùm possessum* (L. 10, § 1; L. 44, § 5. *De usuc. et usur.*, 41-3.)

On dit ordinairement que l'usucapion achevée rétroagit au jour de la prise de possession. Rien n'est moins établi que ce prétendu principe. Les textes, en effet, déclarent indistinctement conservés après l'usucapion tous les droits réels qu'a pu rétablir l'ancien propriétaire, avant le début ou dans le cours de la possession. De plus, les acquisitions de l'esclave possédé de bonne foi profitent à son maître, non au possesseur. Enfin la rétroactivité s'accorderait mal avec cette règle capitale et certaine de procédure qui veut que le juge condamne le possesseur qui n'a terminé son usucapion que

depuis la *litis contestatio* (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers. nob. adq.*, § 4. — L. 2, § 21, D. *Pro emptore*, 41-4. — *Gaius*, II, 92).

§ III

Exceptions.

A côté de l'usucapion classique existaient quelques anomalies que nous connaissons surtout par les commentaires de Gaius; ces cas exceptionnels sont au nombre de deux : l'*usucapio lucrativa pro herede* et l'*usureceptio* (*Gaius*, II, 52 et s.).

Usucapio lucrativa. — On entendait par *usucapio lucrativa* ou *pro herede* l'usucapion de biens héréditaires compris dans une succession ouverte et non encore appréhendée. Elle est anormale sous deux rapports : 1° elle échappe aux conditions ordinaires de juste titre et de bonne foi, et s'accomplit par un an, même pour les immeubles; 2° elle relève de conditions qui lui sont propres. Car il faut que l'héritier ait pu s'emparer des *res hereditariæ* sans commettre de vol, ce qui suppose qu'elles étaient vacantes ; en outre, la personne qui les possède ou les détient au moment du décès n'est pas admise à *mutare sibi causam possessionis ;* enfin le possesseur doit avoir la *factio testamenti*, c'est-à-dire la capacité d'être héritier du défunt (*Gaius*, III, 201. — L. 1 ; L. 2, § 1 ; L. 4, D. *Pro herede*, 41-5; L. 68 ; L. 70, D. *De furtis*, 47-2).

La dernière condition, c'est-à-dire la nécessité de la *factio testamenti*, tient à l'effet primitif de cette usucapion, qui faisait de l'*usucapiens* un véritable héritier. Elle l'investissait non seulement des choses corporelles qu'il avait possédées, mais encore de tous les autres éléments même incorporels, actif et passif, en un mot, de la succession entière. Gaius qualifie cette institution de *lucrativa* et d'*improbà ;* peut-être n'en pénétrait-il plus le véritable esprit. Car il lui donne pour motif le désir ou le besoin qu'aurait éprouvé le législateur de terminer à bref délai la vacance de l'hérédité, dans le double intérêt des créanciers dont les actions restaient en suspens, et des *sacra* du défunt qui se trouvaient interrompus. Mais si tel eût été le résultat poursuivi, il eût suffi d'imposer aux héritiers appelés l'obligation de prendre parti dans le délai d'un an, sous peine de dévolution aux héritiers du degré subséquent, sans consacrer l'usurpation d'un possesseur étranger. Peut-être l'usucapion *pro herede* eut-elle une cause plus noble ; elle fournissait aux cognats, écartés

en principe de l'ancienne succession légitime, un moyen facile d'y arriver à défaut d'agnats ; il y avait là pour eux, naturellement informés du décès d'un proche et de l'ouverture de l'hérédité, une vocation indirecte en l'absence de parents civils (*Gaius*, II, 55).

Toutes ces raisons vraies ou fausses ne tardèrent pas à disparaître ; les *sacra* étaient tombés en désuétude, et le préteur avait admis, d'une part, les créanciers à vendre le patrimoine du débiteur mort sans héritier, d'autre part, les cognats à prendre la succession non recueillie par des agnats à l'aide de la *bonorum possessio unde cognati*. Dès ce jour, l'usucapion *pro herede* touche à son déclin ; aussi dans une deuxième phase, au lieu de procurer à l'*usucapiens* la qualité d'héritier, elle ne lui confère plus que la propriété des choses corporelles héréditaires qu'il a possédées. Un sénatus-consulte porté sous Adrien la fait entrer dans une troisième période ; le véritable *heres*, sans doute aussi le successeur prétorien ou *bonorum possessor*, put désormais, par une *petitio hereditatis fictitia*, obtenir la rescision de l'usucapion même accomplie, c'est-à-dire après l'année, sans distinction entre les possesseurs de bonne ou de mauvaise foi ; les effets n'en sont donc plus irrévocables qu'à défaut de tout héritier. Enfin Marc-Aurèle, en organisant une poursuite criminelle, *crimen expilatæ hereditatis*, contre les usurpateurs de biens héréditaires, amena la ruine définitive de l'usucapion *pro herede* (*Gaius*, II, 53. — L. 1 ; L. 2, D. *Expil. hered.*, 47-19 — L. 6, C. *De crimin. exp. hered.*, 9-32).

Usureceptio. — L'*usureceptio*, ainsi que l'indique son étymologie, *usu recipere*, s'applique à certains cas spéciaux où la chose retourne à son ancien maître par une usucapion dispensée des conditions ordinaires. Gaius en signale trois applications : 1° l'*usureceptio ex deposito* ; 2° l'*usureceptio ex pignore* ; 3° l'*usureceptio ex præediatura* (*Gaius*, II, 59-61).

Les deux premières n'exigent ni bonne foi ni juste cause, et se réalisent toujours par un an : 1° au profit de la personne qui a fait aliénation fiduciaire de sa chose à titre de dépôt, et qui rentre en possession d'une manière quelconque ; 2° au profit de la personne qui a fait l'aliénation fiduciaire de sa chose à titre de gage ; quand le débiteur gagiste a payé sa dette, on ne recherche pas de quelle façon il redevient possesseur ; s'il n'a pas payé, on exige que sa possession ne dérive pas d'un bail ou d'un précaire consenti par le créancier-gagiste, et son *usureceptio*, moins naturelle alors, est qualifiée

de *lucrativa*. Ces deux hypothèses disparurent avec l'usage de constituer le dépôt ou le gage par une aliénation *fiduciæ causa*.

La troisième application n'exige ni juste cause ni bonne foi, mais reste soumise pour le délai à la distinction entre les meubles et immeubles. C'est l'*usureceptio ex prædiaturâ*, assez obscure et très controversée. On appelle *prædiator* l'acheteur d'une chose vendue par le peuple romain ; or, dans l'hypothèse où l'État, investi d'une créance et d'un gage, aliène le gage pour se payer, le débiteur qui l'avait constitué peut vraisemblablement l'usucaper, s'il en reprend la possession. Peut-être demande-t-on qu'il ait préalablement désintéressé le fisc en lui payant sa créance ou le *prædiator* en lui remboursant son prix d'acquisition. Ce ne sont d'ailleurs là que des conjectures. On ignore absolument quand et comment disparut l'*usureceptio ex prædiaturâ* (L. 9, D. *De rescind. vend.*, 18-5).

DEUXIÈME SECTION

LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIO.

La *præscriptio longi temporis* est une institution prétorienne qui, à l'exemple de l'usucapion, mais d'une manière beaucoup plus large, se proposait pour but de protéger la possession de bonne foi. Elle fut organisée par le préteur, à une époque qu'il est impossible de préciser, pour combler les lacunes que présentait l'usucapion du droit classique.

L'usucapion était en effet insuffisante à un double point de vue. 1° D'abord elle appartenait au *jus civile* et à ce titre, elle restait inaccessible à tous les pérégrins qui n'avaient pas reçu la concession du *commercium*. 2° Ensuite, en sa qualité de mode translatif de propriété quiritaire, elle restait inapplicable à tous les fonds provinciaux qui n'avaient pas été revêtus du *jus italicum*. Ces lacunes n'offraient rien de choquant pour la Rome primitive, qui n'avait ni sujets pérégrins ni provinces ; mais elles devinrent intolérables lorsque la république romaine eut étendu au loin ses conquêtes et sa domination (*Gaius*, II, 46, 65).

Conditions. — La *præscriptio longi temporis* est soumise aux règles précédemment décrites pour la bonne foi, la juste cause, le calcul du délai et l'*accessio possessionum*. Mais la durée en est fixée, tant

(1) L'aliénation fiduciaire sera expliquée à l'occasion du dépôt et du gage.

pour les meubles que pour les immeubles, à dix ans entre présents et vingt ans entre absents ; la signification de ces mots resta débattue jusqu'à Justinien (*infrà*, p. 180).

Effets. — Quant aux effets de la *præscriptio*, ils la séparent nettement de l'usucapion, et sont faciles à déduire d'un principe incontestable. Elle ne constitue pas en effet un mode d'acquérir, mais seulement un moyen de défense ; en d'autres termes, elle ne procure pas la propriété, mais seulement une arme de procédure contre la revendication du propriétaire. On tire de ce principe trois conséquences notables qui constituent tout autant de différences entre l'usucapion et la *præscriptio longi temporis* : 1° Le possesseur qui veut s'en prévaloir doit l'invoquer *in jure* et obtenir que mention en soit faite dans la formule d'action que le magistrat délivre aux parties ; on la plaçait originairement en tête de cette formule, *præscriptum erat* ; de là le nom de prescription qui a traversé les siècles. 2° L'engagement définitif des procès en revendication, c'est-à-dire la *litis contestatio* survenue, avant l'expiration des dix ou vingt ans, interrompt la *præscriptio* ; car il est de règle que tout moyen de défense doit être acquis au jour de la demande. 3° La *præscriptio* est opposable à toute action réelle ; elle repousse donc, en même temps que le propriétaire, les créanciers hypothécaires, et probablement tous les titulaires de servitudes prédiales non encore éteintes par le non-usage (L. 12, D. *De divers. temp. præscr.*, 44-3. — L. 1 ; L. 2, C. *Si adversus credit. præscr.*, 7-36. — L. 10, C. *De præscript. long. temp.*, 7-33).

Dans la rigueur de cette théorie, la *præscriptio* ne protégeait que le possesseur ; si donc, en dehors des conditions requises pour exercer un *interdictum* quelconque, il venait à perdre la possession, tout lui manquait pour la reprendre. Le préteur sortit enfin du cadre primitif de l'institution, et reconnut en pareille hypothèse une revendication utile. Dès lors on put voir dans la *longi temporis præscriptio* un mode prétorien d'acquérir, qui procurait l'*in bonis* (L. 8. pr. C. *De præscrip. trig. vel. quadr.*, 7-39. — L. 2, C. *De præscrip. long. temp.* 7-33).

TROISIÈME SECTION

USUCAPION DE JUSTINIEN.

En abolissant la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi*, et en supprimant toute différence entre la propriété quiritaire et la pro-

priété prétorienne, Justinien fit disparaître la première des deux applications de l'usucapion. La communication du *jus civitatis* à tous les sujets de l'empire avait d'ailleurs supprimé l'une des raisons d'être de la *præscriptio longi temporis;* elle perdit l'autre le jour où toute différence fut effacée entre les fonds provinciaux et les fonds italiques. L'empereur eut donc raison de fondre ensemble, par un procédé qui lui était familier, les deux institutions de l'ancien droit pour n'en faire qu'une seule, qui conserva le nom d'usucapion.

Conditions. — Les conditions de juste titre, de bonne foi, et les obstacles accidentels susceptibles d'entraver l'usucapion restent ce qu'ils étaient au temps classique. Seulement les mineurs de vingt-cinq ans jouissent désormais de la même faveur que les pupilles, et leurs biens échappent à l'usucapion ; car ils ne peuvent, dans la législation de Justinien, perdre aucun de leurs droits par une prescription d'une durée inférieure à trente ans (L. 5, C. *In quibus causis, in integ. rest.*, 2-41).

Mais la durée de la possession est soumise à des règles nouvelles. Le délai pour les meubles est de trois ans, et pour les immeubles de dix ans entre présents, de vingt ans entre absents. Justinien, voulant trancher les difficultés que ces expressions avaient soulevées avant lui, décida que le propriétaire et le possesseur seraient réputés présents, quand ils auraient leur domicile dans la même province, en quelque lieu que fût la chose. S'il y a tantôt présence, tantôt absence, l'usucapion s'achève par un laps de temps à régler proportionnellement entre dix et vingt années (*Inst.*, L. II, t. VI, *De usucap. pr.* L. 12. C. *De præscrip. long. temp.*, 7-33. — L. 1, C. *De usucap. transf.* 7-31. — *Conf.* C. C. art. 2265, 2266).

La *litis contestatio* n'interrompt pas l'usucapion, et les règles de l'ancienne *usucapio* ont été préférées sur ce point aux principes de la *præscriptio*. En effet, un texte des Institutes prévoit formellement une usucapion accomplie dans le cours du procès en revendication, *inter moras litis*. Cette doctrine se fonde également sur une exception qu'y apporte l'empereur : si l'*usucapiens* est un absent, un *infans* sans tuteur, un fou sans curateur, il est permis, tant au propriétaire qu'aux créanciers hypothécaires, d'interrompre l'usucapion par une requête, *libellus*, adressée au préteur ou au président de la province, en leur absence à l'évêque ou au *defensor civitatis*, et dans le cas où ces derniers même manqueraient, par une protestation affichée au domicile du possesseur et signée des *tabularii* ou de

trois témoins. Mais, dans une Novelle postérieure aux Iustitutes, Justinien semble abandonner ses premières décisions, et l'on peut admettre sans témérité que, dans le dernier état du droit, la *litis contestatio* est interruptive de l'usucapion (*Inst.*, L. IV, t. XVII, *De off. judicis*, § 3. — L. 2, C. *De annali except.*, 7-40. — *Nov.* 119, ch. 7).

Effets. — La nouvelle usucapion, tout comme l'ancienne, a pour effet de transférer au possesseur la pleine propriété, avec les droits réels, actifs ou passifs, qui l'accompagnaient antérieurement. Toutefois, il faut bien observer que les hypothèques sont susceptibles d'une prescription analogue par la durée à l'usucapion de la propriété ; en conséquence, la prescription de l'hypothèque et l'usucapion de l'immeuble seront symétriques et s'accompliront à la même date, si le propriétaire et le créancier hypothécaire se trouvent l'un et l'autre présents ou absents ; au contraire, si l'un est absent et l'autre présent, la prescription de l'hypothèque et l'usucapion de la propriété ne coïncideront plus dans leur terme (L. 8, C. *De præscrip. trig. vel quadr.*, 7-39. — L. 12, C. *De Præscrip. long. temp.*, 7-33).

Quant aux servitudes, on verra bientôt qu'elles ne s'éteignent que par le non-usage (*non utendo*); dès lors leur existence ou leur extinction ne peut pas uniquement dépendre de la possession de l'*usucapiens*.

Reste à signaler trois hypothèses particulières.

Choses aliénées par le fisc. — Jusqu'au règne de Marc-Aurèle les aliénations réalisées par le fisc étaient soumises au droit commun de l'usucapion. Ce prince, afin de protéger le trésor public contre les actions en recours des acheteurs évincés modifia cette législation mais seulement en ce qui concerne les aliénations faites en exécution d'une vente. Il décida qu'après l'expiration d'un délai de cinq ans à partir du contrat, l'acheteur aurait le droit de repousser par voie d'exception le véritable propriétaire et cela, alors même que l'usucapion serait impossible soit à raison d'un vice de la chose, soit à raison de la mauvaise foi de l'acquéreur (L. 3, C. *Si adversus fiscum*, 2-37).

Trois siècles plus tard, Zénon décida que tout acquéreur du fisc, à titre onéreux ou gratuit, aurait, dès la tradition, la propriété franche et libre d'hypothèques, sauf un recours du propriétaire ou des créanciers hypothécaires contre le fisc pendant quatre ans. Cette innovation protectrice des acquéreurs du fisc plutôt que

du fisc, fut, sans l'ombre d'une raison, étendue par Justinien aux aliénations qu'avait faites ou ferait la maison de l'empereur ou de l'impératrice (L. 2; L. 3, C. *De quadrag. præscr.*, 7-47. — *Inst.*, L. II, t. VI, *De usucap.*, § 14).

Præcriptio longissimi temporis. — Dans le droit du Bas-Empire, le possesseur que sa mauvaise foi, le défaut de titre ou les vices de la chose empêchent d'usucaper, n'est plus dénué de toute protection. Théodose le Jeune, dans une constitution célèbre, promulguée en 524, avait posé en règle générale que désormais toutes les actions tant réelles que personnelles s'éteindraient au bout de trente ans; c'est la *præscriptio longissimi temporis*. Le possesseur que nous supposons y trouve donc, après trente ans, un moyen de défense, une exception contre la demande du propriétaire ou des créanciers hypothécaires. Mais il n'acquiert pas la propriété, puisqu'il est en dehors de l'usucapion ; par conséquent, vient-il à perdre la possession, il n'aura pas d'action pour la réclamer, et le propriétaire pourra revendiquer contre le nouveau possesseur, tant que ce dernier n'aura pas usucapé ou possédé durant trente ans (L. 3; L. 8, C. *De præscrip. trig. vel quadrag.*, 7-39. — *Conf.* C. C. art. 2262).

En l'année 544, plus de dix ans après la promulgation des Institutes, Justinien décida que le possesseur de bonne foi lui-même, s'il avait acquis d'un possesseur de mauvaise foi et à l'insu du propriétaire, ne serait plus *in causâ usucapiendi* et n'aurait d'autre ressource que la prescription trentenaire. C'était bouleverser sans motif sérieux les théories jusqu'alors admises. Il ne faut pas étendre cette étrange décision aux sous-acquéreurs qui recevraient la chose d'un tel possesseur de bonne foi, si l'on ne veut supprimer à peu près l'usucapion (*Nov.* 119, *ch.* 7).

Præscriptio quadraginta annorum. — Il est enfin des cas tout à fait exceptionnels, où le possesseur n'est à l'abri de toute action qu'après quarante ans.

Cette prescription exceptionnelle s'applique notamment : 1° aux biens du fisc et de l'empereur; 2° aux immeubles des églises et des établissements religieux; 3° à l'action hypothécaire, quand elle est dirigée contre le débiteur lui-même. Il est à peine utile de faire remarquer d'ailleurs que cette prescription de quarante n'est comme la prescription de trente ans qu'une prescription extinctive ; ce qui veut dire qu'elle attribue au possesseur un moyen de

défense, mais qu'elle ne lui confère ni la propriété ni une action réelle (L. 14, C. *De fundis patrim.*, 11-61; L. 1, § 1, C. *De annali except.*, 7-40; — *Nov.* 111; *Nov.* 131, ch. 6) (1).

CHAPITRE IX

ACCESSION.

(*Inst.* II, t. I, p. 20-34.)

En droit français, l'accession est la réunion de deux choses jointes ensemble de manière à n'en former plus qu'une; elle constitue un mode d'acquérir la propriété (C. C. art. 712). Cette doctrine vient de nos anciens auteurs, et notamment de Pothier, qui croyaient la tirer du droit romain; aux sept modes d'acquérir précédemment énumérés, ils en ajoutaient un huitième qu'ils appelaient accession, et qu'ils rattachaient au droit des gens, comme l'occupation et la tradition. La plupart des auteurs modernes rejettent cette opinion. D'abord ni Gaius ni Ulpien ne font entrer l'accession dans l'énumération des modes d'acquérir. En second lieu, il est à remarquer que, si l'accession avait été considérée par les Romains comme un véritable mode d'acquérir, ce *modus* n'aurait pas eu de nom spécial puisque, de l'aveu de tous, le mot *accessio* signifie simplement chose accessoire, *quæ accedit*. Enfin nous verrons, remarque plus grave, que tous les résultats attribués à ce prétendu *genus acquisitionis* s'expliquent par d'autres faits juridiques (*Gaius*, II, 18. — *Ulpien*, R, t. XIX, § 2. — *Pothier*, Propriété, ch. II, nos 150 et s.).

Pour donner lieu à ce qu'on nomme accession, il faut : 1° deux choses qui appartiennent à des maîtres différents, ou dont l'une n'ait pas de maître; 2° une telle combinaison de ces deux choses, qu'il en résulte un tout unique, où l'une disparaisse en devenant l'accessoire de l'autre. Dans cette situation, s'il se produit une acquisition de propriété, ce n'est que par l'effet d'un des modes d'acquérir qui nous sont déjà connus; le terme vague et incertain d'accession désigne l'ensemble de ces cas d'acquisition considérés dans leurs causes et dans leurs résultats pratiques.

(1) Jusqu'à Justinien la seule prescription qui pût atteindre les biens des églises était une prescription de cent ans (L. 23, § 1, C. *De sacros. eccles.*, 1-2).

Écartons d'abord une hypothèse qui ne saurait, par aucun côté, toucher à notre théorie. Le propriétaire d'une chose en acquiert les fruits et produits divers ; il n'y a là ni accession ni occupation, quoi qu'en dise Justinien ; il n'y a que l'exercice pratique de l'un des trois éléments de la propriété, le *jus fruendi*. La justification légale de cet avantage se trouve dans l'idée que les fruits ou produits, avant de se détacher de la chose, en faisaient partie intégrante ; ils n'ont, en conséquence, d'autre maître qu'elle. Il résulte de là que le croît des animaux et le *partus ancillæ* appartiennent toujours à la personne qui a la propriété de la mère lors de leur naissance. Mais il serait trop bizarre de parler d'accession dans tous ces cas où la séparation seule occasionne des droits distincts (*Inst.* L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 19. — L. 5, § 2, D. *De rei vind.*, 6-1 ; L. 66, D. *De acq. rer dom.*, 41-1).

Les applications véritables de l'accession amènent à distinguer deux grandes hypothèses d'accession : l'accession naturelle et l'accession artificielle ; la première est l'œuvre de la nature ; la seconde, émanée de l'un des propriétaires, est la seule qui soulève une question d'indemnité au profit du maître de la chose accessoire.

PREMIÈRE SECTION

ACCESSION NATURELLE.

On entend par accession naturelle les diverses modifications que le voisinage d'un cours d'eau peut apporter aux propriétés riveraines. Les Institutes prévoient et réglementent quatre situations diverses : avulsion, alluvion, formation des îles, invasion d'un terrain par les eaux.

Avulsion. — On appelle avulsion (*avellere*) l'action violente du courant, qui détache une portion reconnaissable de terrain et va l'adjoindre à un fonds inférieur, de la même rive ou de la rive opposée. Ce n'est là qu'une juxtaposition ; il n'en résulte aucun changement dans les droits respectifs des deux propriétaires, parce que le sol n'est pas dénaturé (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 21. — *Contrà*, C. C. art. 559) (1).

Alluvion. — L'alluvion est l'accroissement insensible et suc-

(1) Si le terrain ainsi déplacé a entraîné avec lui des arbres qui ont poussé racine dans le fonds inférieur, ces arbres appartiendront en vertu des principes généraux au propriétaire du sol dans lequel ils ont jeté des racines (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 21. — *Contrà*, L. 7, § 2, D. *De acq. rer. dom.*, 41-1).

cessif, *incrementum latens*, qui par l'action lente des eaux vient augmenter les fonds riverains ; elle provient ou de la retraite graduelle du fleuve vers l'autre bord, ou du dépôt prolongé des parcelles de limon charriées par le cours d'eau. On l'attribue au maître du fonds augmenté ; car personne n'en pourrait établir la provenance, ni par suite en réclamer la propriété (*Gaius*, II, 70. — *Inst.*, L. II, t. I, *De div. rer.*, § 20. — *Conf.* C. C. art. 556, 557).

Iles formées dans les fleuves. — Une île se forme dans un fleuve, soit par dessèchement, quand l'eau découvre en s'abaissant une portion du lit, soit par atterrissement, quand le lit s'exhausse sur un point. Elle appartient aux riverains d'après des règles précises. On suppose le fleuve coupé dans sa longueur, par une ligne médiane imaginaire perpétuellement parallèle aux deux rives et toujours à égale distance des bords. Si l'île se trouve tout entière à droite ou à gauche de la ligne médiane, elle est la propriété exclusive des riverains de ce bord ; si l'île est traversée par la ligne médiane, chaque côté appartient aux propriétaires de la rive voisine. Dans les deux hypothèses, la part individuelle de chaque riverain correspond exactement à la longueur du fonds dont il est propriétaire en regard de l'île ; il ne s'agit donc pas d'indivision et il ne faudrait pas se laisser induire en erreur par le sens apparent du mot *communis* employé par les textes (L. 29, D. *De acq. rer. dom.*, 41-1).

Ces îles sont ainsi attribuées, parce qu'on les suppose nées du lit du fleuve. Aussi les îles *per circumlavionem*, c'est-à-dire formées par la bifurcation des eaux en deux branches qui se rejoignent plus bas, restent-elles à leurs maîtres. Quant aux îles flottantes de broussailles et d'autres matières non adhérentes au sol, elles font partie du fleuve plutôt que de son lit, et demeurent publiques, s'il est public (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 22. — L. 30, § 2 ; L. 65, § 2, 3, D. *De acquir. rer. dom.*, 41-1) (1).

Invasion d'un terrain par les eaux. — Cet envahissement des eaux peut constituer ou une simple inondation ou un véritable changement de lit. Dans le premier cas, l'envahissement n'étant que temporaire, ne change rien à la condition antérieure des fonds occupés (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 24).

(1) Le Code civil partant d'un autre principe décide que les îles et îlots formés au sein d'une rivière navigable ou flottable sont la propriété de l'Etat ; quant aux îles formées dans une rivière ni navigable ni flottable, elles appartiennent aux riverains d'après les règles du droit romain (C. C. art, 560, 561, 562).

Dans le second cas, l'envahissement est définitif, et le sol qu'il absorbe cesse d'appartenir aux maîtres précédents. L'ancien lit se partage entre les riverains des deux bords, comme une île coupée par la ligne médiane. Si les eaux venaient à reprendre leur cours d'autrefois, le nouveau lit abandonné ne retournerait pas à ses premiers propriétaires, et serait, d'après les mêmes règles, attribué aux riverains. Tel est du moins le principe abstrait des Institutes; mais il paraît douteux que la pratique l'ait admis (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 23. — L. 7, D. *De acq. rer. dom.*, 41-1. — *Conf.* C. C. art. 563).

Principe commun de ces acquisitions. — Pour expliquer les différentes hypothèses juridiques dont nous venons de parler il n'est pas nécessaire de reconnaître un mode d'acquérir spécial, qui serait l'accession. L'idée romaine, c'est que le lit des cours d'eau, même des fleuves considérés comme publics, appartient aux riverains. En conséquence, si les propriétaires riverains profitent de l'alluvion, de la formation de l'île ou du changement de lit, ils ne font que recouvrer le libre exercice de leur propriété, jusqu'alors paralysé par l'obstacle des eaux; ces faits augmentent en pratique la valeur de leurs fonds, mais ne constituent pas des causes nouvelles d'acquisition (L. 30, § 1, D. *De acq. rer. dom.*, 41-1).

La preuve de cette doctrine s'appuie sur plusieurs décisions intéressantes : 1° les fonds riverains d'un lac ou d'un étrang ne sont pas susceptibles de s'accroître par alluvion; car le lac ou l'étang constitue une propriété distincte; 2° dans le droit classique, parmi les fonds voisins des cours d'eau, les *agri limitati* ne peuvent s'augmenter par aucun des trois moyens précités; car ils sont de contenance invariable et précise. Le lit des fleuves qu'ils bordent n'a donc pas de maître, et, si les eaux l'abandonnent, il appartient, comme l'île ou l'alluvion, au premier occupant, qui sera d'ailleurs dans la plupart des cas le riverain lui-même. Les fonds *non limitati* s'appellent *arcifinii* ou *arcifinales*, parce qu'ils n'ont pas de bornes fixes, mais seulement des limites naturelles, *naturaliter arcentur fines*. Ces distinctions n'existant plus au temps de Justinien, ce prince applique l'alluvion à tous les fonds quelconques (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 20. — L. 16; L. 20, D. *De acq. rer. dom.*, 41-1).

DEUXIÈME SECTION

ACCESSION ARTIFICIELLE.

L'accession artificielle est celle qui résulte plus ou moins directement de l'intervention de l'homme; elle comprend trois exemples principaux : la spécification, la confusion et le mélange, l'incorporation.

§ I

Spécification.

La spécification est une expression imaginée par les commentateurs; elle sert à désigner la transformation d'une matière première en une *nova species*. Ainsi, je fais du vin avec des raisins, une statue avec du marbre, un objet d'art avec un lingot de métal. Voilà des cas de spécifications (1). Le spécificateur est celui qui a fait ou fait faire pour son compte la *nova species* (L. 27, § 1, D. *De acq. rer. dom.*, 41-1).

Deux questions surgissent à cette occasion : une question de propriété, une qnestion d'indemnité.

Question de propriété. — Si le spécificateur était propriétaire de la matière qu'il a transformée, la *nova species* lui appartiendrait incontestablement; à l'inverse, s'il avait pour son travail le consentement du maître de la matière, ce dernier la conserverait sans discussion. Mais, en supposant que le spécificateur ait transformé la chose d'autrui à l'insu ou contre le gré du *dominus*, à qui sera attribuée la *nova species?* L'intérêt pratique de la question se révèle au premier examen; on aperçoit notamment que le nouvel objet sera libre ou restera grevé des hypothèques et droits réels qui frappaient la matière première, suivant qu'on l'accordera au spécificateur ou qu'on le laissera au maître antérieur.

Les jurisconsultes classiques se partageaient entre deux doctrines absolues. Les Sabiniens considérant que l'essence d'une chose est dans sa matière, attribuaient la *nova species* au propriétaire de la matière. Les Proculiens donnant au contraire la prépondérance à

(1) Justinien cite encore le cas où l'on extrait des épis les grains qui s'y trouvent renfermés; mais Gaius fait remarquer avec raison qu'il n'y a pas là un cas de spécification, puisqu'au lieu de créer une chose nouvelle on se contente de dégager une chose préexistante (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis rer.*, § 25. — L. 7, § 7, D. *De acq. rer. dom.*, 41-1).

la forme, en vertu de la maxime : *forma dat esse rei*, décidaient que le nouvel objet appartiendrait au spécificateur. Un système intermédiaire proposé par le jurisconsulte Paul et consacré par les Institutes fait la part de l'une et de l'autre des opinions extrêmes. La *nova species* est-elle susceptible de retourner à son ancien état, comme un vase d'argent, une statue de métal? elle appartient alors au maître de la matière. La transformation est-elle irrévocable, comme au cas d'une statue de marbre ou de raisins convertis en vin? Le spécificateur devient alors propriétaire. Cette distinction s'étend même, malgré le langage équivoque des Institutes, à l'hypothèse où le spécificateur a fourni une partie de la matière (*Gaius*, II, 79. — *Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 25. — L. 24; L. 26. D. *De acq. rer. dom.*, 41-1. — *Conf.* C. C. art. 576).

D'ailleurs, ni les Sabiniens, ni les Proculiens, ni Justinien n'admettent ici l'idée d'une acquisition par accession. Quand la *nova species* reste au maître de la matière, il n'acquiert pas ; sa chose, juridiquement identique à ce qu'elle était, reçoit seulement une plus value. Quand la *nova species* va au spécificateur, c'est que l'ancienne chose est *res extincta ;* il a donc apparu une chose nouvelle, qui lui est acquise à titre de *res nullius,* c'est-à-dire par occupation, ou, si l'on veut, par une application de la *lex*.

Question d'indemnité. — La question de *dominium* une fois vidée, se présente une question d'indemnité à régler soit au profit du maître de la matière, soit au profit du spécificateur ; car personne ne peut équitablement s'enrichir aux dépens d'autrui.

La propriété est-elle attribuée au spécificateur? Alors, si le maître de la matière est en possession de la *nova species*, il obtiendra une indemnité par l'exception de dol opposée à la revendication. Si le spécificateur est en possession, la difficulté se subdivise. A-t-il été de bonne foi ? le préteur le reconnaît passible d'une action *in factum* jusqu'à concurrence de son enrichissement. A-t-il été de mauvaise foi ? le maître de la matière le poursuivra par l'action civile *ad exhibendum* pour obtenir, avec la valeur de la chose, le montant de l'intérêt qu'il avait à n'en être pas dépouillé. Il est à peine besoin d'ajouter que, dans le cas de vol, le volé jouissait, contre le voleur quel qu'il fût, de l'*actio furti* et de la *condictio furtiva* (*Gaius*, II, 79. — L. 23, § 5, D. *De rei. vind.*, 6-1).

La *nova species* est-elle attribuée au maître de la matière? alors, si le spécificateur est en possession, et qu'il ait été de bonne foi,

l'exception de dol opposée à la revendication pourra lui procurer une indemnité. Pour toute autre situation, les textes sont muets ; peut-être, le spécificateur de bonne foi avait-il une action *in factum*, mais il est impossible de l'affirmer.

Écriture et peinture. — Il faut rapprocher de la spécification proprement dite deux faits analogues que les jurisconsultes romains n'en auraient pas dû séparer et qu'ils auraient dû régler par les mêmes principes.

Propriété. — Sur le papier ou le parchemin d'autrui, j'écris mon œuvre propre ou je copie l'œuvre d'un tiers ; sur la planche d'autrui, je peins un tableau original, ou je copie le tableau d'un tiers. Dans la première hypothèse, la propriété du tout appartient au maître du papier ou du parchemin, l'écriture fût-elle en caractères d'or; dans la seconde, Justinien rétablit une doctrine longtemps écartée à l'époque classique, et donne la propriété du tout au peintre. Pour justifier cette distinction critiquée par Gaius, l'empereur fait observer que l'œuvre d'un Parrhasius ou d'un Apelles ne saurait être l'accessoire d'une planche ; mais ce motif n'est rien moins que sérieux, car tous les peintres ne sont pas de grands maîtres. Il valait mieux dire que l'écriture ne constitue pas l'œuvre intellectuelle, dont elle n'est que le signe ; au contraire, la peinture fait le tableau. Mieux encore aurait valu soumettre les deux cas à des règles uniformes, en investissant toujours de la propriété l'écrivain ou le peintre ; on ne peut nier, en effet, que de telles transformations du parchemin ou de la planche ne soient une spécification véritable (*Gaius*, II, 77, 78. — *Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 33-34).

Indemnité. — La question d'indemnité se tranche facilement pour l'écriture ; quand le *scriptor* est en possession et de bonne foi, il a l'exception du dol contre la revendication ; lorsqu'il n'est pas en possession, mais de bonne foi, on lui concède une action *in factum*.

Quant au peintre, s'il n'est pas en possession et qu'il revendique, l'exception de dol le forcera bien à restituer le *pretium tabulæ*. S'il possède, et qu'il ait été de mauvaise foi, l'ancien maître de la planche le poursuivra par l'action *furti*. En dehors du vol, l'artiste, bien que propriétaire du tableau, est tenu d'une revendication *utilis*, qui le met en demeure de garder en payant la planche, ou de rendre la planche en obtenant le prix de la peinture (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 33, 34. — L. 3, § 14, D. *Ad exhibendum*, 10-4).

Ces explications ne touchent point à ce que nous appelons aujourd'hui la propriété artistique ou littéraire, c'est-à-dire au droit exclusif de reproduire et d'exploiter une œuvre d'art ou de littérature; l'une et l'autre furent toujours inconnues des Romains. Mais en ces temps où l'écriture à la main était le seul moyen de conservation des ouvrages, l'intérêt purement matériel du débat pouvait atteindre un chiffre souvent élevé.

§ II

Confusion et mélange.

I. *Confusion*. Il y a confusion, lorsque des corps liquides ou liquéfiés appartenant à des propriétaires différents sont réunis, sans constituer une chose nouvelle, mais de manière à n'être plus séparables; car s'ils constituaient une chose nouvelle, nous retournerions à la spécification; et, s'ils étaient séparables, rien ne serait changé dans les droits antérieurs de leurs propriétaires. La confusion, qu'elle soit l'œuvre des maîtres, du hasard ou d'un tiers, et qu'elle porte sur des matières pareilles ou diverses, *vinum cum vino*, *aurum cum ære*, etc., aboutit toujours à l'indivision du produit. Chacun des copropriétaires aura l'*actio communi dividundo* et le juge saisi de l'action lui tiendra compte de la quantité et de la qualité de la matière qu'il a fournie, à la masse (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 27. — L. 5, § 1, D. *De rei vind.*, 6-1; L. 12, D. *De acq. rer. dom.*, 41-1. — *Conf.* C. C. art. 573, 574, 575).

II. *Mélange*. — Il y a mélange, lorsque des corps solides appartenant à des maîtres divers sont réunis, sans constituer une chose nouvelle, mais de manière à n'être plus discernables; par exemple, le blé de Titius et le blé de Seius sont versés dans le même sac. On distingue alors deux cas : 1° Si le mélange a été fait *ex voluntate dominorum*, le produit est commun, et chacun d'eux a l'action *communi dividundo*. 2° Si le mélange est l'œuvre du hasard, ou d'un tiers, ou d'un seul des maîtres, chacun d'eux reste propriétaire de sa chose, parce qu'elle n'a pas perdu son existence distincte; comme le fait alors observer Justinien, le blé ne devient pas plus commun que ne le serait un troupeau formé des bestiaux de diverses personnes. Il y a donc lieu à la revendication pour le propriétaire qui ne détient pas la masse. Mais le juge, impuissant à prononcer la séparation des grains de chacun, apprécie

d'après leur valeur la portion de l'ensemble dont il doit ordonner la restitution au profit du demandeur : faute par le défendeur de s'exécuter, il sera prononcé une condamnation pécuniaire, sur le *juramentum* du réclamant (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 28).

Quoi qu'il en soit, la translation de propriété qui s'opère dans chacune de ces hypothèses ne suppose pas l'existence d'un mode d'acquérir particulier, sous le nom d'accession. Dans le mélange, la translation réciproque implique le consentement des propriétaires, et paraît donc explicable par la tradition. Dans la confusion, chacune des molécules constitutives de la masse commune se compose, partie de ce qui appartenait à l'un, partie de ce qui appartenait à l'autre; on peut dès lors prétendre qu'il n'y a pas acquisition nouvelle, mais simple juxtaposition de propriétés respectivement conservées. Tout au plus faudrait-il y voir une application de la *lex* considérée comme *modus adquirendi*.

§ III

Incorporation.

On comprend, sous le nom d'*incorporation*, toutes les hypothèses où deux choses sont réunies sans devenir méconnaissables, mais de telle façon que l'individualité prédominante de l'une absorbe l'existence distincte de l'autre. La chose accessoire est toujours mobilière; la chose principale est immobilière ou mobilière.

Incorporation de meuble à meuble, ou adjonction. — L'incorporation d'une chose mobilière à une autre chose mobilière s'appelle proprement adjonction. Les textes en signalent trois principales applications : 1° l'*intextura*, c'est la mise en œuvre d'étoffes; par exemple, sur une robe ou tout autre vêtement, sont appliqués des ornements, broderies, pourpres, etc.; c'est l'hypothèse classique des Institutes; 2° la *ferruminatio*, c'est la soudure immédiate et sans aucun intermédiaire de deux métaux l'un sur l'autre; par exemple, une anse est soudée à un vase, un bras à une statue; 3° l'*adplumbatura*, c'est la soudure médiate de deux métaux à l'aide d'un troisième métal, qui est d'ordinaire le plomb (*Inst.* L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 26. — L. 23, § 5, D. *De rei vind.*, 6-1).

Dans tous ces cas, la question de propriété ne soulève aucun doute; au maître de la chose principale appartient la chose acces-

soire en vertu de l'adage : *accessorium sequitur principale*. Mais le propriétaire de la chose accessoire doit avoir une indemnité. Possède-t-il le tout? A la revendication du propriétaire qui le réclame, il opposera l'exception de dol pour obtenir la valeur de la chose accessoire.

La possession lui fait-elle défaut? On ne lui permet pas *de plano* d'exercer la revendication, parce que *res extinctæ vindicari nequeunt*. Mais, s'il est possible, par une séparation matérielle, de rendre son individualité à la chose accessoire, le maître dépouillé y parviendra par le moyen de l'action *ad exhibendum* et revendiquera ensuite. Si la séparation est impraticable, il intente à son choix soit une action *in factum*, soit une *condictio* même contre les possesseurs de bonne foi, jusqu'à concurrence du profit qu'ils ont réalisé. Au surplus, quand l'adjonction a été précédée d'un délit, l'auteur quelconque du délit est passible de toutes les actions qui en découlent, notamment de l'action *furti* et de la *condictio furtiva* (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 26. — L. 6, D. *Ad exhib.*, 10-4; L. 23, § 4, D. *De rei. vind.*, 6-1. — *Conf.* C. C. art. 565-569).

L'adjonction s'explique aisément, sans qu'il soit besoin de considérer l'accession comme un mode d'acquérir. D'abord, au cas où la séparation peut se faire, la propriété de la chose accessoire est plutôt paralysée que perdue; car il suffit de l'action *ad exhibendum* pour donner jour à la revendication. Dans le cas contraire, la chose accessoire n'a plus d'existence propre, et son maître est dès lors empêché de dire *hæc res mea est;* la possession et conséquemment la propriété du *dominus* de la chose principale s'étendent d'elles-mêmes sur les diverses parties du tout. A proprement parler, le propriétaire de la chose principale n'acquiert rien de nouveau, il profite seulement d'une plus-value survenue à sa chose par suite de l'adjonction; à tout prendre, si l'on veut absolument voir ici une véritable acquisition, on peut dire que la chose accessoire est devenue une *res nullius* dont la propriété a été acquise par occupation.

Incorporation de meuble à immeuble. — L'incorporation de choses mobilières à un immeuble comprend trois hypothèses importantes : la construction ou *inædificatio*, la plantation ou *implantatio*, l'ensemencement ou *satio*.

Inædificatio. — A propos de l'*inædificatio*, une règle bien connue exprime que toutes les constructions faites sur le sol ou dans le

sol en deviennent partie intégrante, et que la propriété du sol emporte la propriété des constructions : *Superficies solo cedit* (*Gaius*, II, 73).

Cette règle reçoit deux applications également célèbres.

A. — Le propriétaire d'un terrain y construit une maison avec les matériaux d'autrui (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 29).

La propriété de la maison appartient sans nul doute au maître du sol. Mais la propriété des matériaux, considérée isolément, demeure à leur maître antérieur ; si donc un événement quelconque, par exemple la ruine de la construction, leur rendait une existence distincte, le propriétaire des matériaux reprendrait l'exercice de la revendication. Aucune usucapion de l'édifice ne saurait même atteindre les matériaux, parce que la possession d'un ensemble n'implique pas la possession de ses éléments constitutifs. Tant que la maison reste debout, la revendication des matériaux est paralysée ; peut-on la ranimer en obtenant la démolition par l'action *ad exhibendum?* La loi des Douze Tables s'y oppose expressément ; car, il y aurait une perte nette pour la fortune publique et aucun avantage sérieux pour le réclamant, à transformer les matériaux en décombres et à détruire la main-d'œuvre.

Cependant le propriétaire dépouillé des pierres et des poutres qui ont servi à la construction court risque d'attendre longtemps l'écroulement de la maison. Il a donc la faculté, si bon lui semble, d'exiger une indemnité immédiate, en perdant ainsi le droit de revendiquer plus tard ses matériaux. Distinguons deux cas possibles :

1° *Les matériaux ont été volés.* Alors, si le propriétaire du terrain a construit de mauvaise foi, il est personnellement auteur ou complice du vol ; le volé lui réclamera, par l'action pénale *furti*, une somme double ou quadruple du préjudice. En outre, le préjudice lui-même sera réparé, soit par la *condictio furtiva*, soit par l'*actio ad exhibendum* ou la revendication ; car il est de règle que nul ne se dérobe à ces deux dernières actions en se mettant frauduleusement dans l'impuissance de restituer, et l'exercice n'en est ici proscrit qu'à l'égard de la démolition. Si le propriétaire du terrain a construit de bonne foi, ou si l'on ne peut établir sa mauvaise foi, le maître des matériaux est investi d'une action spéciale-

ment créée par les Douze Tables, et qui se nomme *de tigno juncto;* elle lui procure pour toute indemnité le double de la valeur des *tigna furtiva* (L. 1, D. *De tigno juncto*, 47-3) (1).

2° *Les matériaux n'ont pas été volés*, ce qui suppose nécessairement que le propriétaire du terrain les a employés de bonne foi. Dans ce cas, le propriétaire des matériaux pourra intenter contre le constructeur les actions que le droit commun peut lui offrir et notamment les actions *locati, depositi, commodati* ou *pigneratitia ;* il suffit de supposer que les matériaux ont été transmis à l'un des auteurs du constructeur à titre de louage, de dépôt, de commodat ou de gage. En l'absence de ce moyen, les textes étant muets, il est à croire que les jurisconsultes déclaraient le constructeur passible de la même action *in factum* qui se donnait contre l'auteur de l'adjonction, au cas où la séparation de l'accessoire était impossible (*Conf.* C. C. art. 554).

B. — Le propriétaire des matériaux les emploie à bâtir une maison sur le terrain d'autrui (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 30).

La propriété de la maison appartient toujours au maître du sol. Quant à l'indemnité, nous avons à faire une distinction essentielle basée sur la bonne foi ou sur la mauvaise foi du constructeur.

1° *Le constructeur est de bonne foi.* Pour avoir cette qualité, il a dû se croire propriétaire du terrain ; mais il ne paraît pas nécessaire qu'à cette opinion de fait vienne se joindre une *justa causa possidendi.*

Alors est-il en possession ? il paralyse la revendication par une exception de dol qui lui procure, au choix du demandeur, tantôt le remboursement de la dépense intégrale, *pretium materiæ et mercedes fabrorum*, tantôt la plus-value résultant de la construction. Car, en restituant la dépense inférieure à la plus-value, le revendiquant fait un gain sans appauvrir le constructeur ; en payant la plus-value inférieure à la dépense, il appauvrit le constructeur sans faire de gain ; des deux côtés la justice est satisfaite. Le juge saisi de

(1) Quelques auteurs s'appuyant sur le texte général des Institutes prétendent que le propriétaire des matériaux est toujours investi de l'action *de tigno juncto* même au cas où les matériaux n'auraient pas été volés. Mais cette interprétation, d'ailleurs généralement abandonnée, est démentie par différents textes du Digeste (L. 1, D. *De tigno juncto*, 47-3. — L. 63, D. *De don. int. vir. et ux.*, 24-1).

la contestation peut même contraindre le constructeur à l'enlèvement de ses travaux sans indemnité, si le maître du sol est hors d'état d'en fournir une. Cette doctrine, à la fois équitable et juridique, résulte dans son ensemble d'un texte bien préférable à l'affirmation trop étroite des Institutes qui semblent dire que le constructeur aura toujours droit au remboursement de la dépense totale (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 30. —L. 37; L. 38, D. *De rei vind.*, 6-1).

Lorsque le constructeur de bonne foi n'est pas en possession, les jurisconsultes semblent unanimes à lui refuser toute action, sous le prétexte qu'il n'est intervenu ni contrat ni fait équivalent entre le maître du sol et lui ; il n'a d'autre droit que de revendiquer les matériaux après la démolition. C'est une étonnante violation de la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (L. 48, D. *De rei vind.*, 6-1 ; L. 33, D. *De cond. indeb.*, 12-6 ; L. 14, D. *De doli mali et met.*, 44-4. — L. 2, C. *De rei vind.*, 3-32) (1).

2° *Le constructeur est de mauvaise foi.* Les Institutes produisent encore la présomption trop absolue de l'ancien droit qui le considérait comme donateur de la maison au profit du maître du terrain ; aussi n'avait-il alors ni l'exception de dol ni la faculté de réclamer les décombres de l'édifice détruit. Mais, dès le troisième siècle de notre ère, Caracalla autorisait le constructeur à revendiquer les matériaux après la démolition, en faisant la preuve qu'il n'avait pas agi *animo donandi;* Ulpien et Gordien, probablement sous la même condition, lui permettaient, s'il était possesseur, d'enlever ses travaux, à la charge d'éviter toute détérioration du fonds (L. 37, D. *De rei vind.*, 6-1. — L. 2; L. 5, C. *De rei vind.*, 3-32. *Conf.* C. C. art. 555).

Implantatio. — L'*implantatio* est soumise au même principe que l'*inædificatio*. Les arbres, et plus généralement les végétaux, font partie intégrante du sol où se développent leurs racines, et, par conséquent, appartiennent à son maître : *plantæ quæ terrâ coalescunt solo cedunt*. Cette maxime venait de la croyance erronée que les plantes se nourrissent uniquement par leurs racines.

(1) On verra plus loin que l'action Publicienne et les interdits permettaient, en certains cas, de tempérer les inconvénients pratiques de cette doctrine. Car si le constructeur est dans les conditions requises pour invoquer soit l'interdit *uti possidetis*, soit l'interdit *unde vi*, soit l'action Publicienne, il pourra récupérer la possession et, une fois remis en possession, aura le droit de se faire indemniser.

Les conséquences en sont faciles à déduire : 1° l'arbre, que je transplante sur mon terrain, m'appartient dès qu'il y a pris racine; mais, si j'ai été de mauvaise foi, le propriétaire de l'arbre aura contre moi les actions qui naissent du vol, et dans le cas contraire une revendication *utilis*. 2° L'arbre, que je transplante sur votre terrain, vous appartient dès qu'il y a pris racine ; par suite, tant qu'il y reste adhérent, je serai traité comme le constructeur sur le sol d'autrui ; mais, une fois déraciné, l'arbre ne pourra pas être revendiqué par moi, parce qu'il s'est transformé en vivant, et n'est plus le même. 3° L'arbre qui plonge dans deux fonds est commun aux deux propriétaires, proportionnellement à la quantité de racines qu'il a chez l'un et chez l'autre, le tronc fût-il tout entier d'un seul côté. Ces diverses conséquences qui ne sont que l'application des principes, sont consacrées par les Institutes (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 31. — L. 38, D. *De rei vind.*, 6-1 ; L. 8, D. *De acq. rer. dom.*, 41-1).

Satio. — La *satio* produit des résultats analogues. Les semences de quelqu'un, mises dans le terrain d'autrui, appartiennent au maître du sol, qui reste exposé aux diverses demandes d'indemnité précédemment indiquées. Mais à la différence des arbres, qui ne sont attribués au *dominus soli* qu'après avoir poussé racine, le simple dépôt des semences, même avant toute germination, est translatif de propriété ; car elles se trouvent immédiatement confondues avec le sol (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 32. — L. 9, D. *De acq. rer. dom.*, 41-1).

Dans tous ces cas d'incorporation, on voit disparaître provisoirement ou définitivement la chose accessoire, et la chose principale s'enrichir, soit d'une *res nullius* par occupation, soit plus simplement d'une mieux-value. On n'a donc nul besoin de recourir à l'idée d'un mode d'acquérir qui serait l'accession, ni même d'une acquisition quelconque ; car l'objet incorporé n'est passible d'aucune revendication, et il retourne à son ancien maître en même temps qu'il recouvre son individualité.

CHAPITRE X

DES SERVITUDES.

(*Inst.*, L. II, t. III-V.)

Les différents attributs de la propriété ne se trouvent pas toujours réunis dans les mêmes mains ; il arrive souvent en effet que le *dominium* est plus ou moins gravement atteint ou altéré dans ses conséquences pratiques. On dit alors que la propriété est démembrée ; les principaux et les plus importants démembrements de la propriété sont les servitudes.

Les servitudes sont donc des charges réelles grevant la propriété d'autrui.

Division. — Une servitude, *lato sensu*, est en effet un droit réel qui astreint une chose à des services particuliers en faveur d'une personne ou d'un fonds. De là résulte une division fondamentale. Certaines servitudes existent au profit d'une personne sur une chose immobilière ou mobilière ; on les appelle personnelles : *Servitutes personarum vel hominum.* D'autres existent au profit d'un fonds sur un fonds, et s'appellent *prédiales* ou *réelles* : *Servitutes prædiorum vel rerum.* Le sujet actif du droit est une personne dans le premier cas, un fonds dans le second. Il est bien vrai qu'en définitive, l'avantage pratique de la servitude revient toujours à un individu ; mais, tandis que la servitude prédiale ne lui profite que par l'intermédiaire du fonds, et tant qu'il le garde, la servitude personnelle, au contraire, lui profite directement, et sans aucun intermédiaire.

Les servitudes prédiales et personnelles ont des traits marqués de ressemblance.

Nature. — Leur nature identique, c'est de constituer des démembrements de la propriété ; car les divers éléments du *dominium*, nous le savons déjà, peuvent se trouver distribués entre plusieurs mains. De ce principe découlent trois conséquences importantes : 1° la servitude, comme la propriété, n'a jamais pour objet qu'une chose corporelle, et ne saurait notamment porter sur une autre servitude : *Servitus servitutis esse non potest;* 2° on n'a jamais de servitude sur sa propre chose : *Nemini res sua servit,*

nemo ipse sibi servitutem debet; 3° la servitude, à l'exemple de la propriété, n'impose à personne aucune obligation active; elle n'entraîne jamais, à la charge de qui la subit, la nécessité d'accomplir un fait ou d'exécuter un ouvrage. Le maître de la chose asservie n'a d'autre devoir que de n'apporter aucun obstacle à la jouissance du titulaire de la servitude, ou de s'abstenir de certains actes que son droit de propriété par lui-même autoriserait. En d'autres termes, si la servitude est tantôt positive, tantôt négative pour qui l'exerce, elle est toujours négative pour qui la supporte; elle consiste pour le premier *in faciendo, vel in habendo, vel in prohibendo*, mais seulement *in patiendo vel in non faciendo* pour le second. C'est le sens de l'adage : *Servitus in faciendo consistere nequit* (L. 1, D. *De usu et usufructu*, 33-2; L. 26, D. *De servit. præd. urban.*, 8-2; L. 10, D. *Communia præd.*, 8-4).

Caractères. — Les servitudes présentent deux caractères généraux qui les distinguent des autres droits réels.

Le plus important, c'est d'avoir pour objet des services particuliers à retirer d'une chose. Qu'un propriétaire s'oblige uniquement à se priver d'une partie des services de son bien, sans les transférer à quelqu'un, il n'y aura là ni servitude ni même engagement valable ; pas d'intérêt, pas de droit. D'ailleurs, l'avantage des servitudes n'est pas nécessairement pécuniaire, il peut consister en un simple agrément. Mais, comme il revêt des formes innombrables, la définition des servitudes ne saurait préciser l'utilité qu'elles procurent ; c'est là ce qui les sépare de l'hypothèque dont les résultats pratiques sont toujours précis et invariables. Les servitudes diffèrent sous un autre aspect de la superficie et de l'emphytéose, qui embrassent indistinctement tout le profit d'une chose ; les servitudes n'en absorbent qu'une partie déterminée (L. 15, D. *De servitutibus*, 8-1 ; L. 3; L. 15, D. *De servit. præd. urban.*, 8-2).

L'autre caractère général des servitudes, c'est d'établir un rapport immuable entre le sujet et l'objet du droit. Le sujet est individuellement connu, personne ou fonds. Le rapport aura donc la même durée que ses deux termes, et s'éteindra par la disparition ou la transformation de l'un ou de l'autre. En conséquence, 1° les servitudes prédiales sont perpétuelles en fait ; les servitudes personnelles sont viagères au plus ; 2° les servitudes sont incessibles ; 3° les servitudes persistent après l'aliénation de la chose asservie ou du fonds dominant (L. 23, § 2, D. *De servit. præd. rustic.*, 8-3).

PREMIÈRE SECTION

SERVITUDES PRÉDIALES.

(*Inst.*, L. II, t. III, *De servitutibus.*)

La servitude prédiale, *servitus prædiorum*, suppose deux fonds appartenant à des propriétaires différents; on peut la définir : une charge établie sur un fonds au profit et pour l'utilité d'un autre fonds. L'immeuble investi de la servitude, dans notre langue *fonds dominant*, s'appelle en latin *fundus cui servitus debetur;* l'immeuble grevé de la servitude, dans notre langue *fonds servant*, s'appelle en latin *fundus serviens*, *servus*, *qui servit*, *qui servitutem debet*. Que si le fonds est libre de toute servitude, les textes le qualifient de *fundus liber* ou encore de *fundus optimus maximusque*. C'est la condition normale des fonds, car les restrictions à la propriété ne sauraient se présumer (L. 23, § 2, 3, D. *De servit. præd. rustic.*, 8-3; L. 9; L. 14, D. *De servitutibus*, 8-1. — *Conf.* C. C. art. 637).

§ I

Éléments constitutifs et caractères juridiques des servitudes prédiales.

L'essence de toute servitude prédiale, c'est que le service qui en fait l'objet soit rendu par un fonds à un autre fonds pour en augmenter l'utilité ou l'agrément ou pour en faciliter l'exploitation. A défaut de cette condition, il peut y avoir servitude personnelle ou créance; il n'y aura pas servitude prédiale. De ce principe qui est le pivot de toute la théorie, il résulte qu'une servitude prédiale requiert quatre éléments constitutifs, sans la réunion desquels, elle ne saurait exister.

Éléments constitutifs. — Il faut en effet, pour qu'une servitude prédiale soit possible, qu'elle s'établisse entre deux fonds appartenant à des propriétaires différents et suffisamment voisins pour permettre l'exercice du service foncier; il faut en outre qu'elle s'analyse en un avantage au profit du fonds dominant et en une charge au profit du fonds servant.

1° *La servitude prédiale suppose deux fonds appartenant à deux propriétaires différents.* — On conclut de là que la servitude prédiale est un droit réel immobilier à la différence de la servitude personnelle

qui est un droit tantôt mobilier, tantôt immobilier; on en conclut encore que la servitude devient juridiquement impossible dès que les fonds se réunissent entre les mains d'un propriétaire unique; c'est l'application de la règle : *nemini res sua servit* (L. 1, D. *Quemad. servitut. amittuntur*, 8-6).

2° *La servitude prédiale requiert le voisinage des deux fonds.* — Cette règle veut dire que rien, dans la disposition matérielle des lieux ne doit s'opposer à l'existence et à l'utilité effective de la servitude. D'ailleurs le *voisinage* dont il est ici question ne signifie pas *contiguité;* il n'est pas nécessaire que les deux fonds se touchent, il faut et il suffit que la situation des fonds soit telle que la servitude puisse en fait s'exercer (L. 5, § 1, D. *De serv. præd. rustic.*, 8-3).

3° *La servitude doit consister en un droit réel établi au profit du fonds dominant.* — Il faut que la servitude prédiale procure une utilité et une valeur plus grande au fonds dominant, abstraction faite du propriétaire. Donc tout avantage qui profiterait personnellement au *dominus*, sans profiter à l'immeuble, comme le droit de se promener, de chasser, de pêcher, fût-il établi pour tous les possesseurs présents et futurs, ne constituerait pas une servitude prédiale. Cette règle s'exprime en disant qu'aucune servitude prédiale ne peut s'établir au profit d'une personne, et c'est pour exprimer cette même idée que Celsus considère fort exactement les servitudes comme des *qualités* du fonds dominant. *Quid aliud sunt jura prædorium, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo* (L. 86, D. *De verb. sig.*, 50-16; L. 8, D. *De servitut.*, 8-1).

Ce principe est fécond en conséquences pratiques, il en résulte notamment que l'étendue de la servitude doit être déterminée par les besoins du fonds dominant et non par les convenances personnelles du propriétaire de ce fonds (L. 5, § 1, D. *De serv. præd. rustic.*, 8-3).

4° *La servitude prédiale doit consister en une charge grevant le fonds servant.* — Il faut que la servitude aboutisse à une restriction imposée au fonds qui doit le service. En conséquence toute charge qui gréverait les propriétaires ou possesseurs du fonds ne serait point une servitude prédiale; aussi le propriétaire du fonds servant ne peut pas être tenu *ad faciendum*, il est simplement obligé de laisser faire *ut patiatur*, *non ut faciat.* Cette règle s'énonce ordinairement en disant qu'une servitude prédiale ne peut pas s'établir

à la charge d'une personne (*Inst.*, L. II, t. III, *De servitut.*, § 3 ; *Conf.* C. C. art. 686).

Caractères juridiques. — Indépendamment des caractères généraux applicables à toutes les servitudes, les servitudes prédiales présentent deux caractères particuliers ; elles sont indivisibles et perpétuelles.

I. *Les servitudes sont indivisibles.* — Cette règle ne veut pas dire que les avantages n'en puissent être fractionnés et ne soient susceptibles de plus ou moins ; il va de soi que le constituant est maître de régler à son gré le *mode*, c'est-à-dire les conditions d'exercice de la servitude, par exemple, en précisant les jours et les heures de passage, la quantité d'eau à puiser, de sable à extraire (L. 4, § 1, D. *De servitutibus*, 8-1).

L'indivisibilité signifie qu'une servitude prédiale ne saurait exister, soit au profit, soit à la charge d'une portion indivise d'un fonds ni se décomposer elle-même en portions indivises. Ainsi le veut le bon sens ; un droit de passage, d'aqueduc, d'extraction de sable s'exerce de toute nécessité sur l'immeuble tout entier ou sur un point matériellement déterminé de l'immeuble ; comment s'exercerait-il sur une part indivise ? et comment une part indivise en pourrait-elle profiter seule ? On tire de là trois corollaires.

a. La servitude ne s'établit jamais pour une portion indivise d'un fonds ; par conséquent, si parmi les copropriétaires du fonds qu'il s'agit de rendre servant ou dominant, un seul ne peut ou ne veut consentir, la constitution est impossible (L. 2, D. *De servitutibus*, 8-1 ; L. 19, D. *De servit. præd. rust.*, 8-3).

b. La servitude ne s'éteint jamais pour une portion indivise d'un fonds ; par conséquent, si la volonté ou la capacité de l'anéantir manque à l'un des copropriétaires du fonds dominant, ou si l'extinction n'est pas consentie à tous les copropriétaires du fonds servant, la servitude demeure intacte (L. 16, D. *Quemad. serv. amitt.*, 8-6) (1).

c. Une servitude prédiale doit nécessairement s'exercer ou se demander en justice pour le tout, ou ne pourrait ni l'exercer ni la de-

(1) Les textes font une intéressante application de cette règle. Supposons un fonds dominant appartenant à plusieurs copropriétaires parmi lesquels se trouve un mineur de vingt-cinq ans ; la servitude s'éteint *non utendo*, mais le mineur demande et obtient la *restitutio in integrum* pour se faire réintégrer dans son droit. Dans ce cas, la servitude ainsi rétablie à l'égard du mineur sera également réputée rétablie à l'égard des maîtres majeurs qui auront conservé la servitude pour le tout (L. 10 pr. D. *Quemad. servit. amitt.*, 8-6. — *Conf.* C. C. art. 710).

mander pour une part indivise. En conséquence, les actions relatives à une servitude ne sont pas susceptibles de s'intenter pour partie, quelles soient personnelles ou réelles (L. 17, D. *De servitutibus*, 8-1 ; L. 4, § 3, 4, D. *Si servitus vindicetur*, 8-5).

II. *Les servitudes sont perpétuelles.* — Ce caractère qui distingue si profondément les servitudes prédiales des servitudes personnelles veut dire que le service foncier continue à grever indéfiniment le fonds servant au profit du fonds dominant tant qu'un mode normal d'extinction n'est pas intervenu, ou tant que l'un des fonds n'a pas été anéanti. La perpétuité des servitudes prédiales se comprend en droit et en fait ; elle se comprend en droit puisque la servitude prédiale étant un démembrement du *dominium* doit participer de sa nature; elle se comprend en fait puisque la servitude prédiale augmente sensiblement la valeur du fonds dominant et qu'elle facilite d'ailleurs l'exploitation de la propriété agricole.

Mais si le principe est juste en lui-même, les jurisconsultes romains ont eu le tort d'en tirer deux conséquences exagérées. 1° Ils en ont conclu d'abord qu'une servitude prédiale ne pouvait être grevée d'aucune modalité résolutoire expresse ou tacite : *dies ad quem* ou *conditio ad quam;* toute modalité de ce genre est supprimée *jure civili* et la constitution de la servitude est réputée pure et simple (L. 4, pr. D. *De servitut.*, 8-1). 2° Ils en ont conclu également que toute servitude prédiale devait avoir une *causa perpetua.* On entendait par là un état de choses assez fixe et assez permanent pour que l'exercice de la servitude puisse se prolonger pendant une durée indéterminée, sans qu'on pût en prévoir ni en préciser d'avance l'extinction. L'avantage accidentel et passager dont jouirait un immeuble ne serait donc pas une servitude ; car on ne saurait y voir une manière d'être, une qualité de cet immeuble. En pratique la nécessité de la *causa perpetua* se révélait surtout à l'occasion des servitudes d'eau. Ainsi le *jus aquæ ducendæ* et la *jus aquæ hauriendæ* ne pouvaient s'établir que sur des sources, des eaux alimentées par une source ou par des eaux pluviales; on ne les admettait point sur des réservoirs susceptibles de s'épuiser, comme les étangs, les citernes, ou même les lacs et les puits non entretenus par des eaux vives (L. 28, D. *De servit. præd. urb.*, 8-2; L. 9 ; L. 23, § 1, D. *De servit. præd. rustic.*, 8-3).

§ II

Classification.

Les servitudes prédiales se divisent en servitudes rurales, *jura prædorium rusticorum*, et servitudes urbaines, *jura prædiorum urbanorum*. Ces termes sont pris dans un autre sens qu'en matière de tutelle ; on entend ici par *prædium rusticum* tout immeuble non bâti, même à la ville, et par *prædium urbanum* toute construction, même à la campagne. Si le même fonds comprend des terrains bâtis et d'autres non bâtis, le principal imprimera son caractère à tout le reste (L. 198, D. *De verb. sign.*, 50-16).

Intérêts pratiques de la division. — La classification des servitudes en *jura prædiorum urbanorum* et en *jura prædiorum rusticorum* n'est pas une division purement théorique, elle présente au moins trois intérêts pratiques. 1° Les servitudes rurales sont des *res mancipi* et par suite, peuvent s'établir par la mancipation ; les servitudes urbaines sont au contraire des *res nec mancipi*, en conséquence elles ne sont pas susceptibles de *mancipatio* (*Gaius*, II, 17). 2° Les servitudes rurales peuvent être grevées d'hypothèque tandis que les servitudes urbaines ne peuvent pas l'être (L. 11, § 3 ; L. 12, D. *De pignoribus et hyp.*, 20-1). 3° Les servitudes rurales s'éteignent par le simple non usage et le délai qui doit amener l'extinction du droit part du jour où le dernier acte d'exercice de la servitude a été accompli ; les servitudes urbaines exigent, au contraire, pour que le délai de non usage puisse courir qu'il ait été fait un acte contraire à l'exercice de la servitude, c'est ce qu'on appelle l'*usurpatio libertatis* (L. 6, D. *De servit. præd. urb.*, 8-2).

Sens précis de la division. — La recherche du sens précis de cette division est une des grandes difficultés de la matière.

1° Pour les uns, la nature de la servitude correspondrait à la nature du fonds dominant : est-il rural, la servitude est rurale ; est-il urbain, la servitude est urbaine. Mais on peut objecter que les textes considèrent toujours la servitude de passage comme rurale, abstraction faite de l'immeuble qui en profite (L. 1, D. *De servit. præd. rustic.*, 8-3 ; *Conf.* C. C. art. 687). 2° Pour les autres, la nature de la servitude correspondrait à la nature du fonds servant ; la servitude est rurale ou urbaine suivant que le *fundus serviens* est rural ou urbain. Mais on peut objecter que la servitude de gouttière est tou-

jours urbaine, abstraction faite de l'immeuble qui en est grevé (L. 2, D. *De servit prædd. urb.*, 8-2). En outre, ces deux premiers systèmes donnent prise à d'autres objections qui leur sont communes. Il faut remarquer notamment que la division des servitudes urbaines et rurales est du plus haut intérêt pratique, au double point de vue de leur constitution et de leur extinction; on ne doit pas dès lors admettre qu'une même servitude puisse, d'après la nature du fonds dominant ou servant, être tantôt urbaine, tantôt rurale; une servitude déterminée doit, ce semble-t-il, avoir un caractère fixe et permanent.

Mieux vaut s'attacher pour une distinction de cette importance, à l'essence propre, aux caractères internes de la servitude elle-même. Dans cette voie, deux opinions sont encore en conflit: 1° La première examine, pour chaque servitude donnée, si la conception en est nécessairement liée dans l'esprit à l'idée de construction, ou si elle en est indépendante; la servitude ne peut-elle se comprendre sans éveiller aussitôt dans l'esprit l'idée de construction, elle sera urbaine; peut-elle se concevoir sans bâtiments ni construction, elle sera urbaine. Cette explication rend assez bien compte des textes, et notamment de la loi de Paul où il est dit : *servitutes prædiorum, aliæ in solo, aliæ in superficie constituunt* (L. 3, D. *De servitutibus*, 8-1). Mais elle manque de précision ; en outre, elle paraît trop fine et trop abstraite pour notre matière des servitudes, que les nécessités de l'agriculture développèrent de très bonne heure, et à une époque peu favorable à de telles subtilités. 2° Peut-être vaut-il mieux préférer une quatrième doctrine qui rattache le signe distinctif des servitudes à leur continuité ou à leur discontinuité. On verra bientôt un mode d'extinction, qualifié d'*usucapio libertatis*, s'appliquer uniquement aux servitudes urbaines; or, il n'a d'autre raison d'être que la *continuité*. Sont donc urbaines les servitudes continues, c'est-à-dire celles dont l'exercice ne suppose pas le fait actuel de l'homme comme une servitude de vue; sont rurales les servitudes discontinues, c'est-à-dire celles dont l'exercice suppose le fait actuel de l'homme comme une servitude de passage. Le nom des unes et des autres paraît venir de cette remarque incontestable que les servitudes continues se rattachent le plus souvent aux fonds bâtis, et les servitudes discontinues aux fonds non bâtis.

Aucun de ces divers systèmes n'est d'ailleurs à l'abri de toute critique.

Exemples de servitudes rurales. — Comme exemples de servitudes rurales, Justinien cite d'abord les trois servitudes de passage (*iter*, *actus*, *via*) et l'*aquæductus* (*Inst.*, L. II, t. III, *De servit.* pr.).

1° *Iter*, *actus*, *via ;* ces servitudes correspondent à notre servitude de passage. *Iter*, c'est le *jus eundi*, ou droit de passer, soit à pied, soit à cheval. *Actus*, c'est le *jus agendi*, ou droit de passer avec des troupeaux ou véhicules. *Via* contient *iter* et *actus*, et confère en outre le droit de transporter des pierres ou matériaux. De plus, si la sauvegarde des arbres et récoltes du fonds servant nécessite un chemin pour le passage, et que les parties ne l'aient pas fixé, un arbitre le détermine au cas d'*iter* et d'*actus;* mais au cas de *via*, les Douze Tables le règlent elles-mêmes à la largeur de huit pieds dans la ligne droite, *in porrectum*, et de seize pieds dans les contours, *in anfractum* (L. 7 ; L. 8; L. 12; L. 13, § 1, D. *De servit. præd. rustic.*, 8-3).

2° *Aquæductus ;* c'est le droit d'amener de l'eau à son fonds par le fonds voisin, au moyen de rigoles, tuyaux ou conduits, suivant les clauses de l'acte constitutif de la servitude (L. 17, § 1, D. *De aqua et aquæ pluviæ*, 39-3).

3° Outre ces quatre servitudes toujours mises en relief dans les textes, à raison de leur ancienneté et de leur importance, les Institutes indiquent encore : le droit de puisage *aquæ haustus*, le droit d'abreuvage, *pecoris ad aquam appulsum*, le droit de pacage, *jus pascendi*, le droit de prendre de la chaux sur le fonds d'autrui, *jus calcis coquendæ*, le droit d'extraire du sable, *jus arenæ fodiendæ* (*Inst.*, L. II, t. III, *De servitut.*, § 2).

Exemples de servitudes urbaines. — Les Institutes contiennent deux énumérations de servitudes urbaines : l'une est au titre *De servitutibus* (L. II, t. III, § 1) ; l'autre est au titre *De actionibus* (L. IV, t. VI, § 2). En combinant ces deux textes, on peut indiquer neuf servitudes urbaines ;

1° *Jus prospiciendi*, c'est le droit d'avoir des vues de toute nature sur le fonds voisin (L. 15, D. *De serv. præd. urb.*, 8-3).

2° *Jus projiciendi*, cette servitude implique le droit d'avoir des saillies, balcons et galeries sur le fonds d'autrui ;

3° *Jus protegendi*, c'est le droit de faire avancer un toit sur l'immeuble de son voisin ;

4° *Jus tigni immittendi*, cette servitude confère le droit d'appuyer sur le mur ou sur la construction du voisin des poutres ou des ouvrages légers (L. 8, § 1, D. *Si servitus vindicetur*, 8-5).

5° *Jus oneris ferendi*, c'est le droit d'appuyer sur le mur du voisin des constructions et gros ouvrages. Cette servitude paraît exceptionnelle, en ce qu'elle oblige le maître du fonds servant *ad faciendum*, c'est-à-dire à entretenir sa muraille en bon état. Mais l'effet de cette obligation, plutôt réelle que personnelle, est bien atténué par la faculté qu'on lui laisse de s'y dérober en abandonnant sa propriété (L. 6, § 2, D. *Si servitus vindicetur*, 8-5 ; L. 33, D. *De serv., præd. urb.*, 8-2 ; *Conf.* C. C. art. 697 et s.).

6° *Jus altiùs non tollendi*, cette servitude attribue au propriétaire du fonds dominant le droit d'empêcher que le propriétaire voisin ne fasse ou n'exhausse des constructions sur son fonds.

7° *Jus altiùs tollendi*. Le *jus altiùs tollendi* est le droit inverse de construire chez soi ; mais cette faculté rentre dans l'exercice normal de la propriété ; pourquoi donc la qualifier de servitude? On a supposé, pour la solution de ce problème, qu'en l'hypothèse où le *jus altiùs non tollendi* est l'objet d'une remise totale ou partielle, la liberté de bâtir, désormais rendue au maître du fonds servant, constituerait le *jus altiùs tollendi*. Mais il est impossible de voir, dans l'extinction ou la restriction d'une servitude préexistante, autre chose qu'un retour au droit commun de la propriété ; il n'en résulte assurément pas la constitution d'aucune servitude nouvelle. Notre question se tranche mieux en supposant que des lois spéciales ou des statuts locaux prescrivaient dans certaines régions une limite à la hauteur des édifices, et que le *jus altiùs tollendi* était le droit de la dépasser. En fait, l'existence de pareils règlements est hors de doute. On objecte que des conventions entre particuliers ne pourraient modifier ces dispositions administratives et d'ordre public. Mais comme elles ne tendaient qu'au bien réciproque des voisins, on conçoit *à priori* qu'elles aient pu elles-mêmes prévoir, permettre et valider certaines exceptions consenties par les intéressés. Cet aperçu théorique trouve sa confirmation dans un texte formel, qui reconnaît aux habitants la faculté de déroger à de telles décisions ; c'est précisément cette dérogation qui constitue le *jus altiùs tollendi* (L. 1, § 17, D. *De operis novi*, 39-1. — L. 1 ; L. 12, § 1, 4, C. *De ædificiis privatis*, 8-10).

8° *Jus stillicidii recipiendi*, c'est le droit d'écouler sur le fonds d'autrui les eaux pluviales qui proviennent de son toit, nous la nommons servitude de gouttière.

9° *Jus stillicidii non recipiendi*. Cette servitude qui est l'inverse de la

précédente confère à un propriétaire le droit de se refuser à tout écoulement; mais ce droit n'a rien des caractères habituels de la servitude, puisqu'il n'excède pas l'exercice normal de la propriété. Là se reproduisent les mêmes difficultés et les mêmes doctrines qu'à l'occasion du *jus altiùs tollendi*. La plus plausible se fonde encore sur l'existence de règlements locaux qui imposaient aux voisins l'obligation réciproque de recevoir les eaux de leurs toits, en leur permettant l'établissement de la servitude contraire *stillicidii non recipiendi*. Il est vrai que les textes font ici défaut; mais on y supplée sans témérité par une induction tirée du cas précédent.

Telles sont les principales servitudes rurales et urbaines, mais il est bien évident que cette énumération n'est pas et ne peut pas être limitative, les parties pouvant créer autant de servitudes qu'elles veulent et comme elles le veulent à la seule condition de respecter les éléments constitutifs et les caractères essentiels des servitudes prédiales.

§ III

Constitution.

Il faut distinguer trois périodes pour la constitution des servitudes : le droit civil, le droit prétorien, le droit de Justinien.

Droit civil. — D'après le droit civil, la constitution d'une servitude se réalise par *translatio* ou par *deductio*.

La servitude est constituée *translatione*, lorsqu'un propriétaire grève son fonds au profit du fonds d'autrui. Le propriétaire emploiera les modes d'acquérir la propriété, réserve faite de certaines différences graves. D'abord la mancipation ne peut transférer que les servitudes rurales, seules classées parmi les *res mancipi*. Rurales ou urbaines, elles sont toutes des *res incorporales*, ce qui leur rend inapplicables l'occupation, la tradition et l'usucapion. Il est vrai que l'usucapion procure l'acquisition des servitudes avec la propriété qu'elles accompagnent, mais elle ne saurait les procurer séparément, tout au moins depuis une loi Scribonia qu'on s'accorde à placer en l'an 720 de Rome. Restent donc à mettre en œuvre l'*in jure cessio*, le plus commode des procédés; l'*adjudicatio*, quand les deux fonds sont compris dans la même action divisoire, et que le *judicium* est *legitimum*; enfin le legs *per vindicationem*, soit que l'un des deux fonds demeure *in hereditate*, soit qu'ils se trouvent légués l'un et l'autre. Comme on le voit, les servitudes peuvent

s'établir *inter vivos* ou *mortis causâ* (L. 7, § 1; L. 18, D. *Communi dividundo*, 10-3; L. 4, § 29; L. 10, § 4, D. *De usurp. et usuc.*, 41-3).

La servitude est constituée *deductione*, lorsque le propriétaire de deux fonds la retient, au profit du fonds qu'il garde sur celui qu'il aliène. Par ce moyen, une servitude urbaine ou rurale peut résulter indirectement d'une mancipation, d'une *in jure cessio*, d'un legs, dont l'objet direct est l'immeuble transféré; mais la tradition ne se prête pas à ce mode constitutif (*Gaïus*, II, 33. — F. V. § 47).

Les servitudes, perpétuelles de leur nature, répuguent, ainsi que nous l'avons vu, à toute modalité résolutoire, expresse ou tacite, *dies ad quem* ou *conditio ad quam*. Mais, tandis que de pareilles clauses annuleraient une translation de propriété, elles font seulement réputer pure et simple la constitution de servitude. Cette différence vient peut-être de ce qu'il est dans la nature du droit de servitude de s'éteindre un jour. Les modalités suspensives sont au contraire admises; toutefois la forme solennelle de l'*in jure cessio*, de l'*adjudicatio*, de la mancipation, ne les comporte que tacites, tandis qu'il est permis de les exprimer dans le legs (L. 3, D. *De servitute legata*, 33-3; L. 77, D. *De regulis juris*, 50-17).

Droit prétorien. — Le préteur adoucit d'abord la rigueur du droit civil en faisant respecter, par des exceptions de dol ou de pacte, les modalités résolutoires ainsi que les servitudes adjugées dans un *judicium imperio continens* (L. 4, D. *De servituti-bus*, 8-1).

Mais sa réforme principale fut d'admettre une *quasi possessio* correspondante aux servitudes, comme la loi civile avait admis une possession correspondante à la propriété; cette innovation prévalut sur la fin du premier siècle de notre ère. En quoi consiste la *quasi possessio*? Pour les servitudes positives, elle résulte, indépendamment de tout titre, des actes réalisés ou des travaux exécutés sur le fonds servant; pour les servitudes négatives, elle réside dans l'abstention même du propriétaire de l'immeuble grevé, pourvu que cette abstention, au lieu d'être libre et spontanée, s'explique par un titre quelconque, convention ou testament. Cette réforme fut féconde en conséquences pratiques :

1° Les servitudes purent désormais s'établir par une quasi-tradition; on la réputa faite dès l'instant où le maître du fonds dominant commençait à les exercer avec la volonté du maître asservi. En

conséquence le préteur confirma la *deductio servitutis* retenue dans une tradition et l'apposition de toute modalité suspensive. Du même coup, le fonds provincial devint susceptible de servitudes, puisqu'on avait d'autres moyens de les créer que les modes quiritaires (L. 1, § 2, D. *De serv. præd. rust.*, 8-3; L. 6, D. *Communia præd.*, 8-4).

2° Constituée *à non domino*, la servitude s'acquiert par une *quasi possessio longi temporis* soumise sans doute aux mêmes conditions de temps et de bonne foi que la prescription de droit commun. Quant au *justus titulus*, deux textes dispensent d'en faire preuve pour la servitude positive, non entachée de précarité, violence ou clandestinité; mais il reste nécessaire à la servitude négative, qui pourrait sans cette exigence résulter d'une quasi-possession clandestine (L. 10, D. *Si servitus vindicetur*, 8-5; — L. 1, C. *De servitutibus*, 3-34).

3° Aux servitudes établies par ces nouveaux procédés, et qui sont dépouillées de l'action confessoire proprement dite, le préteur attache une exception, une action confessoire utile, et des interdits quasi-possessoires (L. 20, D. *De servitutibus*, 8-1; L. 16, D. *Si servitus vind.*, 8-5).

Droit de Justinien. — Les deux législations civile et prétorienne sont fondues ensemble par Justinien. La mancipation et l'*in jure cessio* n'existent plus; les modes de constitution des servitudes sont dorénavant la *deductio* dans une tradition, la *quasi traditio*, la *quasi præscriptio longi temporis*, toute sorte de legs, l'adjudication dans un *judicium* quelconque.

S'il fallait même en croire l'empereur, elles s'établiraient aussi par des pactes et des stipulations; c'est là une grave question qui se pose également la théorie de l'usufruit, et que nous y retrouverons. Il va sans dire que Justinien adopte toutes les décisions du préteur sur le terme et la condition.

§ IV

Extinction.

Les servitudes subissent cinq causes principales d'extinction : le non-usage, la perte de l'un des fonds, la confusion, la renonciation et la résolution du droit du constituant.

1° *Non-usage.* — Les servitudes s'éteignent *non utendo*, c'est-à-

dire par la cessation de l'exercice prolongée pendant un certain laps de temps. Certaines règles sont ici communes aux servitudes urbaines et rurales. Ainsi la durée du délai extinctif est indistinctement de deux ans à l'époque classique, et sous Justinien de dix ans entre présents, de vingt ans entre absents. De plus, le droit survit au non-usage, quand le fonds dominant appartient pour le tout ou par indivis à un pupille ou à une personne en curatelle : ainsi le veut la combinaison du sénatus-consulte de Sévère avec l'indivisibilité des servitudes (L. 10, D. *Quemad. servit. amitt.*, 8-6. — *Paul*, S. L. I, t. XVII, § 1. — L. 13, C. *De servitutibus*, 3-34).

Mais le point de départ du délai extinctif varie avec les servitudes.

S'agit-il d'une servitude rurale, le point de départ se place au jour du dernier acte fait en exercice du droit, sans différence entre l'inaction volontaire et l'impossibilité matérielle d'user. Une personne quelconque, associé, usufruitier, possesseur de bonne ou de mauvaise foi, même un simple tiers, peut arrêter l'effet de l'inaction du titulaire de la servitude, en l'exerçant *fundi nomine*, c'est-à-dire dans la connaissance du droit qui appartient au fonds. Mais en présence d'une impossibilité matérielle d'user, l'extinction est inévitable ; et si l'obstacle vient à disparaître après l'expiration du non-usage, le titulaire dépouillé n'aura d'autre ressource que d'obtenir du propriétaire précédemment asservi une reconstitution à l'amiable, ou une *restitutio in integrum* (L. 34, § 1 ; L. 35, D. *De servit. præd. rustic.*, 8-3 ; L. 5 ; L. 6 ; L. 20, D. *Quemad. servit. amitt.*, 8-6).

S'agit-il d'une servitude urbaine, le point de départ du délai ne se place qu'au jour où l'exercice de la servitude est absolument paralysé par un état de fait contraire. L'obstacle doit consister, soit dans un acte volontaire du maître grevé ou d'un tiers, soit dans la confection des travaux que la servitude empêchait, soit dans la destruction même fortuite des travaux qu'elle nécessitait. C'est à raison de cette possession directement en lutte avec la servitude, que le non-usage était ici qualifié de *libertatis usucapio*, sans exiger d'ailleurs les conditions de l'usucapion proprement dite. La continuité des servitudes urbaines et la discontinuité des servitudes rurales peuvent seules expliquer cette curieuse dissemblance de règles (*Conf.* C. C. art. 706, 707).

2° *Perte complète de l'un des fonds.* — Dès que l'un des fonds domi-

nant ou servant vient à périr complètement, la servitude s'éteint. Toutefois, si le fonds dominant est une maison, la reconstruction de cette maison, avant la fin du délai de non-usage, ferait revivre la servitude (L. 20, D. *De servit. præd. urb.*, 8-2. — *Conf.* C. C. art. 703, 704).

3° *Confusion.* — Il y a *confusion* lorsque les deux fonds se trouvent réunis dans les mains du même propriétaire ; la servitude s'éteint alors définitivement et la séparation ultérieure des deux immeubles, à la suite d'une aliénation ou d'un partage, ne ranimerait pas la servitude, les signes en fussent-ils encore visibles ; le droit romain ne connaît donc pas ce que nous appelons la destination du père de famille (L. 30, D. *De servit. præd. urb.*, 8-2. — *Contrà*, C. C. art. 694).

4° *Renonciation.* — Toute remise consentie par le maître du fonds dominant au maître du fonds servant met fin à la servitude. *Jure civili*, la renonciation se réalisait au moyen de la mancipation pour les servitudes rurales, et pour toutes les servitudes par l'*in jure cessio ;* mais *jure prætorio*, une simple remise expresse ou tacite produisait l'exception de dol ou de pacte. Justinien se contente désormais d'une simple manifestation de volonté et la servitude s'éteint *ipso jure* (*Gaius*, II, 30. — L. 18, D. *Communia præd.*, 8-4).

5° *Résolution du droit du constituant.* — La servitude disparaît lorsque le droit du constituant est résolu, on applique la maxime : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis ;* il en serait autrement de la résolution du droit du titulaire, et la servitude y résisterait (L. 11, § 1, 2, D. *Quemad. servit. amitt.*, 8-6).

DEUXIÈME SECTION

SERVITUDES PERSONNELLES.

(*Inst.*, L. II, t. IV, t. V.)

Les servitudes personnelles sont celles qui sont établies sur un meuble ou sur un immeuble au profit d'une personne. Elles diffèrent des servitudes prédiales à trois points de vue principaux : 1° on ne saurait les constituer, ni même les devoir, s'il n'y a un sujet qui puisse immédiatement en profiter ; c'est ainsi qu'il est impossible au *servus hereditarius* de les acquérir ou de les stipuler pour l'hérédité jacente ; 2° elles sont viagères au plus ; 3° elles sont toujours positives, c'est-à-dire *in faciendo*, dans leurs conséquences

principales (F. V. § 55. — L. 3, § 3, D. *Quibus modis usuf. amitt.*, 7-4).

Les textes nous font connaître quatre servitudes personnelles : l'usufruit, l'usage, le droit d'habitation, les *operæ servi aut animalis*.

§ I

Usufruit.

(*Inst.* II, t. IV.)

L'usufruit occupe le premier rang parmi les servitudes personnelles. Les Institutes en donnent une définition célèbre : *ususfructus est jus alienis rebus utendi, fruendi, salvâ rerum substantiâ*. Sans nous attarder à l'examen des explications diverses qu'ont soulevées ces trois derniers mots du texte, nous entendrons en cette matière par *substantia*, non l'objet lui-même, mais sa forme présente et sa destination actuelle. En disant que l'usufruit est le droit d'user et de jouir de la chose corporelle d'autrui, suivant sa manière d'être présente, on aura traduit exactement la pensée de Justinien (*Inst.*, L. II, t. IV, *De usufr. pr.* — *Conf.* C. C. art. 578).

Contrairement aux servitudes prédiales, l'usufruit est divisible, en ce sens qu'il peut exister sur une part indivise ou divise de l'objet; il est donc susceptible d'une constitution ou d'une extinction partielle (L. 5, D. *De usufructu*, 7-1).

Effets principaux. — L'usufruit dépouille le propriétaire de la chose du *jus utendi* et du *jus fruendi*, et ne lui laisse que le dernier des trois éléments de la propriété, c'est-à-dire le *jus abutendi* ou droit de disposition. Encore même, le *jus abutendi* n'est-il plus entier entre ses mains, car il ne peut ni détruire ni transformer la *res*, et pour l'aliéner il est toujours dans une position défavorable. Ainsi privé des avantages prédominants de la propriété, il reçoit le nom de *nudus dominus*, parce qu'il n'a guère plus qu'un *nudum dominium*.

Quant à l'usufruitier, on l'appelle en latin *usufructuarius* ou *fructuarius*, et la chose se nomme *res usufructuaria* ou *fructuaria*. Nous indiquerons sommairement ses droits et ses obligations.

Droits de l'usufruitier. — Les droits de l'usufruitier comprennent l'*usus* et le *fructus*.

Usus. — On sait déjà que l'*usus* est la faculté de se servir de la chose telle qu'elle est, avec ses accessoires physiques, comme les

animaux ou instruments attachés à l'exploitation, et ses accessoires juridiques, comme les servitudes prédiales (L. 15, § 6, 7, D. *De usufructu*, 7-1).

Fructus. — Le *jus fruendi* est entendu d'une manière plus étroite dans l'usufruit qu'il ne le serait dans la propriété. C'est ici le droit de recueillir ceux des produits de la chose qui ont la nature de fruits, à l'exclusion des produits extraordinaires ou proprement dits, que conserve le nu-propriétaire. Or, certains produits ont toujours le caractère de fruits, d'autres ont toujours le caractère de produits, d'autres enfin ont tantôt le caractère de fruits et tantôt le caractère de produits.

Sont toujours qualifiés de fruits, et à ce titre attribués à l'usufruitier : les récoltes, les productions des arbres, le croît des animaux, la laine, le poil, le fumier, les intérêts et fermages (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 37).

Sont toujours qualifiés de produits et par ce motif réservés au *nudus dominus*, le trésor, les matériaux d'une maison démolie et le *partus ancillæ* (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 37).

Enfin sont tantôt fruits, tantôt produits : 1° les arbres ; on les répute fruits en pépinière comme en bois taillis, *sylvæ cæduæ ;* mais on les répute produits en hautes futaies, à moins que les hautes futaies n'aient été mises en coupes réglées ; 2° les matériaux extraits des mines ou carrières; l'usufruitier peut en continuer l'exploitation ouverte avant le début de son droit, mais n'est pas admis à la commencer ; 3° le gibier et le poisson ; ils sont compris dans l'usufruit du fond qui ne produit pas d'autre avantage (L. 9 ; L. 13 ; L. 48, D. *De usufructu*, 7-1).

A quel moment les fruits entrent-ils dans le patrimoine de l'usufruitier? On distingue entre les fruits naturels et les fruits civils.

L'usufruitier ne gagne les fruits naturels que par la perception, c'est-à-dire lorsqu'il les a détachés ou ramassés, soit lui-même, soit par son représentant. Si donc un voleur les détache ou les ramasse, ils appartiennent au *nudus dominus*, qui se trouve seul investi de l'action *rei persecutoria*, revendication ou *condictio furtiva ;* l'usufruitier n'a que l'action pénale *furti*. Du reste, l'usufruitier et le nu propriétaire ne se doivent réciproquement aucune indemnité pour les fruits qu'ils laissent pendants au commencement ou à la fin de l'usufruit (L. 12, § 5; L. 27, D. *De usufructu*, 7-1. — *Conf.* C. C. art. 585).

Les fruits civils au contraire, c'est-à-dire les revenus perçus à l'occasion de choses non frugifères de leur nature, tels que les loyers de maisons, d'esclaves ou de meubles et les intérêts de somme d'argent, ne s'acquièrent point par la perception ; l'usufruitier les gagne jour par jour. En d'autres termes, le loyer d'un an se divise en trois cent soixante-cinq parties égales, et l'usufruitier touchera autant de ces parties que son droit aura duré de jours, sans tenir compte des échéances du prix de bail (L. 25, § 2 ; L. 26, D. *De usufructu*, 7-1. — *Conf.* C. C. art. 586).

L'usufruitier peut louer, et même aliéner à titre onéreux ou gratuit l'exercice de l'usufruit. Quant à l'usufruit lui-même, *jus ipsum*, il est absolument incessible, comme toutes les servitudes ; il reste donc fixé sur la tête du titulaire, en ce sens qu'il s'éteindra toujours de son chef, et qu'à lui seul appartiendra l'action confessoire (*Inst.*, L. II, t. V, *De usu*, § 1).

Obligations de l'usufruitier. — Le droit civil impose une triple obligation à l'usufruitier : 1° Il doit supporter toutes les dépenses qui peuvent être considérées comme une charge des revenus, par exemple, les impôts ordinaires ou extraordinaires, les impenses usufructuaires et les intérêts des dettes grevant la *res fructuaria* (L. 7, § 2 ; L. 27, D. *De usufructu*, 7-1. — *Conf.* C. C. art. 605, 608, 610) ; 2° Il doit entretenir la chose, suivant sa destination. Libre à lui d'y faire des embellissements ou des améliorations ; mais il ne peut ni la dégrader, ce qui s'explique par sa qualité de détenteur de l'objet d'autrui, ni la transformer, ce qui s'explique par la nature spéciale de son droit. A ce principe se rattache la nécessité de remplacer les arbres ou vignes qui ont péri, et, pour l'usufruitier d'un troupeau, l'obligation de combler les vides par le croît, de manière à ne profiter des petits que si le troupeau est complet (L. 13, § 4, D. *De usufructu*, 7-1) ; 3° Il doit rendre la chose après l'extinction de l'usufruit. Toute dégradation active de la *res fructuaria* produit contre l'usufruitier l'action de la loi Aquilia, et son refus de restituer le soumet à la revendication (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 38. — L. 13, § 2, D. *De usufructu*, 7-4).

Le préteur alla plus loin, en soumettant l'usufruitier à une double obligation préalable. L'usufruitier dut en effet prendre l'engagement de jouir en bon père de famille, et de restituer la chose en bon état à la fin de l'usufruit ; ces deux promesses devaient être garanties par des fidéjusseurs. La *satisdatio* est préliminaire à l'usu-

fruit ; si l'usufruitier ne l'a pas fournie, le nu propriétaire peut lui refuser la délivrance, ou le poursuivre par une *condictio* après la prise de possession. Promesse et caution offrent un triple avantage : 1° l'usufruitier devient responsable, non plus seulement de son fait actif qui l'exposerait à l'action de la loi Aquilia, mais aussi de toutes ses négligences ; 3° le nu propriétaire est admis à réclamer la restitution en qualité de créancier, ce qui le dispense de faire la preuve souvent difficile de sa propriété ; 2° les héritiers et le fidéjusseur de l'usufruitier sont passibles de la même action personnelle *ex stipulatu* (L. 7 ; L. 13 ; L. 15, § 7, *De usufructu*, 7-1. — *Conf.* C. C. art. 601 et s.).

Constitution. — La constitution de l'usufruit, comme des servitudes prédiales, est diversement réglée par le droit civil, le droit prétorien et le droit de Justinien.

1° *Dans le droit civil*, l'usufruit peut résulter *deductione* de toute aliénation, même réalisée par une mancipation ; la tradition seule ne s'y prêterait pas. Mais pour le créer directement ou *translatione*, on ne saurait faire usage de la mancipation, puisqu'il n'est pas au nombre des *res mancipi*, ni des modes d'acquérir fondés sur la possession, c'est-à-dire de l'occupation, de la tradition et de l'usucapion, puisqu'il est au nombre des *res incorporales*. La source habituelle de l'usufruit est d'ailleurs le legs *per vindicationem*, soit qu'on lègue l'usufruit à un tiers, soit qu'on lègue la chose en retenant l'usufruit pour l'héritier, soit enfin qu'on lègue à l'un l'usufruit et à un autre la chose *deducto usufructu*. Il faut remarquer que les meubles situés en province n'ont rien qui se refuse à l'établissement de la servitude personnelle (*Inst.*, L. II, t. IV, *De usufructu*, § 1. — *Gaius*, II, 32).

Les modalités suspensives et résolutoires s'appliquent sans difficulté à l'usufruit, qui est de nature essentiellement temporaire ; mais la forme du mode de constitution ne s'y prête pas toujours. Le legs les comporte toutes sans distinction, par *deductio* comme par *translatio ;* l'adjudication et l'*in jure cessio* ne peuvent admettre qu'une translation *ad diem vel ad conditionem* (F. V. § 48, 49, 50).

2° Les *réformes du préteur* sont ici les mêmes qu'en matière de servitudes prédiales ; il admet la *quasi possessio*, la *quasi traditio*, la *quasi præscriptio longi temporis* (L. 12, C. *De præscrip. longi temp.*, 7-33).

3° *Sous Justinien*, les servitudes personnelles se créent de la même manière que les servitudes prédiales ; il n'y a d'autres différences que le délai de la *præscriptio*, qui est de trois ans pour l'usufruit des meubles, et l'organisation d'un usufruit légal du père sur le pécule adventice de l'enfant (L. 6, C. *De bonis quæ liberis*, 6-61. — *Conf.* C. C. art. 384).

Il nous reste maintenant à exposer une difficulté commune aux servitudes prédiales et à l'usufruit. S'il fallait en croire les Institutes, l'usufruit et les servitudes prédiales pourraient aussi s'établir par des pactes et des stipulations. Le procédé n'offre pas de difficultés en lui-même. Titius veut consentir une servitude à Seius ; la nature, les détails, les conditions d'exercice en sont réglés par un pacte, et Titius promet par stipulation le paiement d'une somme à titre de peine, pour le cas où quelque obstacle de sa part gênerait la jouissance de Seius. Mais le droit réel de servitude n'est pas constitué ; il y a lieu à l'action *ex stipulatu*, non à l'action *confessoria*, et rien ne sera transmis activement ni passivement aux acquéreurs à titre particulier. Car le principe élémentaire et fondamental de la loi romaine, c'est que ni contrats ni pactes ne sont translatifs de droits réels ; un tel effet n'appartient qu'aux modes d'acquérir. La jurisprudence de l'époque classique recourait donc aux pactes et stipulations dans certaines hypothèses où l'établissement d'une vraie servitude était manifestement impossible ; on se contentait alors d'équivalents de fait ; Gaius signalait l'utilité de cet expédient pour les fonds provinciaux, théoriquement inaccessibles à la propriété quiritaire, et par suite à ses démembrements (*Gaius*, II, 31). Ce texte de Gaius a été maladroitement transcrit et généralisé dans les Institutes : c'était oublier ou méconnaître l'assimilation dès longtemps établie, entre les *prædia provincialia* et les fonds italiques. Mais en reproduisant les paroles de Gaius, Justinien, à notre avis, leur a certainement conservé leur sens originaire ; les pactes et stipulations n'ont pas et ne sauraient avoir la force de créer directement un droit réel (*Inst.*, L. II, t. III, *De servitut.*, § 4 ; t. IV, *De usufructu*, § 1. — L. 20, C. *De pactis*, 2-3).

Extinction. — L'usufruit prend fin de sept manières différentes, qui sont : le décès du titulaire, l'accomplissement d'une modalité résolutoire, la *capitis deminutio*, la renonciation, la consolidation, la *mutatio rei* et le non-usage. La mort et le terme sont les deux

fins régulières de l'usufruit, *ususfructus finitur;* les cinq autres sont anormales et accidentelles, *ususfructus amittitur* (*Paul*, S. L. III, t. VI, § 28, 33).

1° La *mort du titulaire*. Si l'usufruitier est un fils ou un esclave, le droit classique attache l'extinction à la mort du *pater familiâs* pour l'usufruit établi *inter vivos*, à la mort du fils ou de l'esclave pour l'usufruit établi *mortis causâ*. Justinien fait durer jusqu'à la mort du maître l'usufruit acquis par l'esclave, jusqu'à la mort du survivant l'usufruit acquis par le fils. L'usufruit attribué à une personne morale s'éteint par l'anéantissement de cet être fictif ou par un laps de cent ans (F. V. § 57. — L. 56, D. *De usufructu*, 7-1. — L. 17, C. *De usufructu*, 3-33. — *Conf.* C. C. art. 619).

2° L'*accomplissement de la modalité résolutoire* éteint *ipso jure* l'usufruit quand nulle autre cause de perte n'est survenue *ante diem* ou *ante conditionem*. L'usufruit constitué jusqu'à tel âge d'un tiers dure, malgré la mort de ce tiers, le temps nécessaire pour y atteindre (L. 12, C. *De usufructu*, 3-33. — *Sic*, C. C. art. 620).

3° *Toute capitis deminutio* dans le droit classique ; sous Justinien, la *maxima* et la *media* seulement. On se demandait si l'usufruit acquis par le fils ou l'esclave s'éteignait *ex personâ patris*, ou plutôt par la *deminutio* du fils et l'aliénation ou l'affranchissement de l'esclave ; cette question fut résolue comme au cas de décès (*Paul*, S. L. III, t. VI, § 29. — L. 17, C. *De usuf.*, 3-33. — *Inst.*, L. II, t. IV, *De usufructu*, § 3).

4° La *renonciation faite en faveur du nu-propriétaire* anéantit également le droit de l'usufruitier ; elle est d'ailleurs soumise aux mêmes règles que la remise des servitudes prédiales (*Gaïus*, II, 30).

5° La *consolidation*, c'est-à-dire l'acquisition de la nue propriété à l'usufruitier ; elle peut n'être que partielle, en raison de la divisibilité de l'usufruit. Le droit revivrait, si la cause de la consolidation venait plus tard à disparaître rétroactivement (L. 57, D. *De usufructu*, 7-1. — *Conf.* C. C. art. 617).

6° La *mutatio rei*, c'est-à-dire tout événement qui détruit la *res fructuaria*, ou qui en change la destination et le nom ; l'usufruit ne persiste pas sur les restes (*Inst.*, L. II, t. IV, *De usufructu*, § 3. — L. 5, § 2; L. 10, § 7, D. *Quibus modis ususfructus*, 7-4. — *Conf.* C. C. art. 623, 624).

7° Le *non-usage*, d'un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles au temps classique, et sous Justinien de trois ans pour

les meubles et dix ou vingt ans pour les immeubles. Cette extinction est empêchée par toute jouissance d'un tiers au nom de l'usufruitier, ainsi que par la vente ou la location de l'exercice du droit (*Paul*, S. L. III, t. VI, § 30. — L. 38; L. 39, D. *De usufructu*, 7-1. — L. 16, C. *De usuf.*, 3-33) (1).

Quasi-usufruit. — On entend par quasi-usufruit le droit établi comme équivalent d'un usufruit impossible. Or, il y a deux catégories de choses qui ne sont pas susceptibles d'un usufruit véritable : les choses consumptibles et les choses incorporelles. Le quasi-usufruit comporte donc deux applications principales.

I. *Quasi-usufruit sur les choses consumptibles.* — L'usufruit ne saurait exister sur les choses qui se consomment par le premier usage, telles que l'argent et les denrées ; car à l'égard de ces objets, *uti* c'est *abuti*, et l'usufruitier n'a pas le *jus abutendi*. Au temps d'Auguste ou de Tibère, un sénatus-consulte combla cette lacune (L. 3, D. *De usuf. earum rerum*, 7-5).

Le quasi-usufruit organisé par le sénat diffère essentiellement de l'usufruit ; en effet, il confère un vrai droit de propriété sur les choses consumptibles, dont le quasi-usufruitier peut disposer en toute liberté. Il est seulement tenu de deux obligations : 1° Il doit restituer, en vertu d'un contrat de stipulation, dont la formule exprime que la restitution sera faite à l'époque où prendrait fin un usufruit proprement dit. Cette restitution porte, quand il s'agit d'argent, sur une somme égale, et, dans toute autre hypothèse, sur une même quantité de choses de même nature et de même qualité, ou le plus souvent sur leur valeur appréciée dès le début par une estimation qui vaut vente. Il va de soi que les risques sont à la charge du débiteur. 2° Le quasi-usufruitier doit une *satisdatio*, exigible de la même manière et dans les mêmes conditions que la caution de l'usufruit.

Bref, le quasi-usufruit met en présence un créancier au lieu du *nudus dominus*, et un propriétaire débiteur de la valeur reçue au lieu de l'usufruitier (*Inst.*, L. II, t. IV, *De usufructu*, § 2. — *Conf.* C. C. art. 587).

II. *Quasi-usufruit sur les choses incorporelles.* — Le sénatus-con-

(1) Le point de savoir si la donation de l'exercice du droit d'usufruit constituait de la part de l'usufruitier un acte de jouissance de nature à empêcher l'extinction de son droit *non utendo* était controversé entre les jurisconsultes romains (L. 12, § 2 ; L. 40, D. *De usufr.*, 7-1).

sulte n'avait statué que sur les choses consumptibles, les jurisconsultes en étendirent l'application à diverses choses incorporelles telles que les créances, les servitudes prédiales et les hérédités (L. 3, D. *De usuf. earum rerum*, 7-5).

1° *Créances*. — Établi au profit du débiteur, le quasi-usufruit du *nomen* le dispense de payer les intérêts, ou même le capital avant sa mort, nonobstant toute échéance de la dette ; il l'exerce par l'exception de dol ; la fin du droit amène le remboursement de la somme due. Établi au profit d'un tiers, ce quasi-usufruit lui permet de toucher, soit les intérêts, soit le capital une fois échu, au moyen d'une *procuratio in rem suam*, qui lui est consentie par le créancier; la restitution consiste dans la renonciation à la *procuratio* et dans le versement du capital (L. 3 ; L. 4, D. *De usuf. earum rerum*, 7-5).

2° *Servitudes prédiales*. — Les *jura prædiorum* ne comportaient pas d'usufruit, *quia servitus servitutis esse non potest*. Cependant un testateur arrivait à tourner aisément la prohibition par un legs. L'héritier, pour exécuter ce legs, pouvait se servir de deux procédés, ou abandonner l'exercice de son droit réel au légataire, ou abdiquer provisoirement la servitude dont il était titulaire, en en faisant établir une exactement pareille, par le propriétaire asservi, au profit du légataire ; la mort de ce dernier mettait fin à son quasi-usufruit, et l'héritier reprenait la jouissance de sa servitude ou demandait la reconstitution de la servitude primitive (L. 1, D. *De usu et usufructu*, 33-2).

3° *Hérédités*. — Si l'usufruit portant sur tout ou partie d'une hérédité a été légué à un tiers, le légataire sera véritablement usufruitier des corps certains de la succession, et seulement quasi-usufruitier des choses consumptibles et des créances. Il supportera les intérêts du passif dans la proportion de sa jouissance (L. 24; L. 27; L. 43, D. *De usu et usufructu*, 32-2).

Dans tous ces cas, le quasi-usufruit impose l'obligation habituelle de fournir promesse et satisdation.

§ II

Usage, habitation, operæ.

Les autres servitudes personnelles, qu'il suffira de comparer avec l'usufruit, sont : l'usage, l'habitation, et les *operæ servi aut animalis*.

Usage. — L'usage s'établit et s'éteint par les mêmes modes que l'usufruit. Il est à peu près soumis aux mêmes règles; cependant quatre différences principales l'en séparent :

1° Il est indivisible (L. 19, D. *De usu et habit.*, 7-8).

2° Il ne comporte que le *jus utendi* ou faculté de se servir de la chose; encore doit-il se combiner avec les besoins de l'agriculture. en sorte que l'usager ne peut expulser le fermier, ni gêner le propriétaire dans son exploitation. L'usager étant privé du *jus fruendi* ne peut prétendre à aucun des profits de la chose, mais l'application rigoureuse de ce principe réduirait parfois son droit à n'être qu'illusoire, et d'un autre côté la règle est d'interpréter avec bienveillance (*benignius*) les testaments et les legs, source ordinaire de l'usage. Aussi les textes admettent-ils, en faveur du titulaire de cette servitude, des concessions de fait qui font de l'usage une espèce d'usufruit restreint aux besoins personnels de l'usager. Ainsi on permet à l'usager d'un troupeau de prendre du fumier pour l'engrais de ses terres, on lui permet également de prendre du lait. On reconnaît aussi à l'usager d'un fonds de terre le droit de prendre pour sa consommation quotidienne et pour celle des personnes vivant avec lui des fruits, des légumes et tous autres produits de peu d'importance (L. 12, § 2, D. *De usu et habit.*, 7-8. *Inst.*, L. II, t. V, *De usu*, § 1, 4. — *Conf.* C. C. art. 630).

3° L'usage est un droit essentiellement personnel, en conséquence l'exercice même n'en est pas aliénable; car la manière d'user des choses change avec les individus. Tout au plus est-il permis à l'usager de louer, dans la maison grevée de son droit, et pourvu qu'il y habite lui-même, les appartements qui lui sont superflus (L. 4, D. *De usu et habit.*, 7-8. — *Inst.*, L. II, t. V, *De usu*, § 2, 3).

4° L'usager, tenu *cum satisdatione* de jouir en bon père de famille et de restituer, ne supporte pas seul les charges de la jouissance, à moins qu'il ne s'agisse d'un objet qui ne donne pas de fruits (L. 5, § 1, D. *Usufructuarias quemad.*, 7-9; L. 8, D. *De usu et hab.*, 7-8. — *Conf.* C. C. art. 625 et s.).

Habitation. — L'habitation est une servitude personnelle *sui generis* qui ne doit se confondre ni avec l'usufruit ni avec l'usage d'une maison : 1° l'exercice du *jus habitandi* peut être loué, mais non vendu ni donné; 2° il ne s'éteint ni par le non-usage, ni par la *capitis deminutio*; 3° constitué par donation entre-vifs, il n'est

pas opposable aux héritiers du donateur (L. 10, D. *De capite minutis* 4-5; L. 32, D. *De donationibus*, 39-5. — *Inst.*, L. II, t. V, *De usu* § 5. — *Contrà*, C. C. art. 634).

Operæ servi aut animalis. — Le droit aux *operæ* d'un esclave ou d'un animal se rapproche de l'habitation en ce qu'il ne s'efface ni par le non-usage, ni par *capitis deminutio*. Mais il disparaît par l'usucapion de l'esclave ou de l'animal et passe aux héritiers, double anomalie qui lui donne un aspect original (L. 2, D. *De usu et usuf.*, 33-2).

CHAPITRE XI

POUVOIR D'ALIÉNER ET D'ACQUÉRIR LES DROITS RÉELS.

(*Inst.* L II, t. VIII-IX.)

L'étude de la propriété et de ses démembrements, est à peu près terminée. Il ne nous reste plus, pour remplir le cadre des Institutes, qu'à tracer le tableau d'ensemble des personnes qui peuvent aliéner ou acquérir les divers droits réels.

§ I

Pouvoir d'aliéner.

Deux principes s'imposent naturellement à l'attention : nul ne peut aliéner la chose d'autrui ; chacun peut aliéner sa propre chose (*Inst.*, L. II, t. VIII, *Quibus licet alienare. pr.*).

I. **Nul ne peut aliéner la chose d'autrui.** — On ne peut aliéner la chose d'autrui : cette règle n'appelle aucune explication, et la vulgaire raison suffit à la justifier ; mais elle comporte plusieurs correctifs.

Par exception, sont admis à l'aliénation de la chose d'autrui : 1° le créancier gagiste et le premier créancier hypothécaire ; 2° les représentants légaux, des incapables comme les tuteurs et les curateurs pourvu qu'ils agissent suivant les formes et dans les limites que nous avons indiquées ailleurs ; 3° les représentants conventionnels, comme les mandataires ; mais un mandat général ne suffirait pour cela, il faudrait ou un mandat spécial ou tout au moins, un mandat *cum liberâ potestate* ; 4° les représentants naturels, c'est-à-dire les personnes, *in potestate*, esclaves, enfants de famille,

lorsqu'ils se conforment à la volonté du *paterfamiliâs*, soit expresse, soit tacitement révélée par la concession de la libre administration d'un pécule (L. 63, D. *De procuratoribus*, 3-3 ; L. 41, § 1, D. *De rei vind.*, 6-1. — *Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 43. — *Conf.* C. C. art. 1988).

Hormis les personnes *in potestate*, quiconque veut aliéner la chose d'autrui n'y saurait parvenir que par la tradition ; en conséquence, dans le droit classique, si l'opération porte sur une *res mancipi*, l'acquéreur l'aura seulement *in bonis* et devra l'usucaper (L. 16, C. *De adminis. tut.*, 5-37).

II. **Chacun peut aliéner sa chose.** — On peut aliéner sa propre chose ; c'est encore un de ces principes supérieurs à toute démonstration. Mais il y faut rattacher plusieurs exceptions qui constituent suivant leur étendue des incapacités spéciales ou générales.

Incapacités spéciales. — Sont frappés d'une incapacité spéciale, c'est-à-dire restreinte à des biens déterminés : 1° dans l'ancien droit la femme pubère en tutelle, à l'égard de ses *res mancipi ;* 2° le mineur de vingt-cinq ans qui n'est pas en curatelle, à l'égard de ses immeubles ; 3° le mari lui-même, à l'égard du fonds dotal ; cette règle célèbre trouvera place dans la théorie de la dot (*Inst.*, L. II, t. VIII, *Quibus alienare licet. pr.*).

Incapacités générales. — Sont absolument hors d'état d'aliéner leurs biens quelconques, tous les incapables proprement dits, tels que le fou dans ses moments non lucides, le prodigue interdit, le mineur de vingt-cinq ans en curatelle depuis Dioclétien, et, dans tous les temps, le pupille.

Les Institutes déduisent de l'incapacité du pupille trois conséquences intéressantes que nous devons indiquer (*Inst.*, L. II, t. VIII, *Quibus alienare licet.*, § 2).

Incapacité du pupille. — 1° Le pupille *sine auctoritate tutoris* ne peut faire un prêt ou *mutuum*, qui suppose la translation de propriété des choses prêtées. Néanmois, s'il a accompli en fait le prêt, il n'acquiert pas de créance contractuelle, *non contrahit obligationem ;* le contrat ne se forme pas, le pupille resté propriétaire de ses deniers peut les revendiquer *siculi extent.* Mais en supposant que l'*accipiens* les ait consommés, l'action réelle devient impossible ; *res extinctæ vindicari nequeunt.* Il a fallu dans ce cas armer le pupille d'une action personnelle. La consommation a-t-elle eu lieu de bonne foi ? l'emprunteur sera passible d'une

condictio sine causa (1). La consommation a-t-elle eu lieu de mauvaise foi ? le pupille est libre, s'il le préfère, d'intenter la revendication ou l'action *ad exhibendum;* elles reposent l'une et l'autre sur l'idée que l'*accipiens* est mis par son dol dans l'impuissance de représenter ou de restituer les deniers, et procurent au demandeur l'avantage du *juramentum in litem* (L. 5, D. *De in litem jurejurando*, 12-3).

2° Le pupille agissant *sinè auctoritate tutoris* ne peut se libérer d'une dette par un payement, qui suppose comme le *mutuum* une translation de propriété. Tant que le créancier est en possession de ce qu'a payé le pupille, ce dernier peut revendiquer; mais il ne triomphera qu'en appuyant sa revendication sur un intérêt sérieux, par exemple, s'il a devancé un terme non échu ou s'il a négligé d'invoquer l'*optio* dans une dette alternative; à défaut d'une raison pareille, l'exception de dol paralyserait sa demande, parce qu'il violerait l'équité en exigeant la restitution d'une chose que l'autre partie serait en droit de réclamer immédiatement. Quant au créancier qui a consommé, était-il de mauvaise foi, c'est-à-dire informé de l'intérêt que le pupille avait à répéter ? on doit le déclarer tenu de l'action *ad exhibendum* ou de la revendication. Dans le cas contraire, la consommation a éteint la dette du pupille, comme l'eût fait un vrai payement (L. 9, § 2, D. *De auctoritate*, 26-8; L. 8, D. *De exceptione doli mali*, 44-4. — *Conf.* C. C. art. 1238).

3° Le pupille ne peut pas recevoir un paiement *sine tutoris auctoritate* puisqu'il ne peut pas aliéner sa créance. Cette troisième règle ne tient pas directement à l'incapacité d'aliéner un droit réel; aussi l'explication en viendra plus logiquement à propos de l'extinction des droits de créance.

§ II

Pouvoir d'acquérir.

En thèse générale, toute personne *sui juris* acquiert valablement par elle-même. Cependant le *furiosus*, dans ces moments non

(1) Cette *condictio* diffère très profondément de la *condictio ex mutuo* qui compéterait au prêteur si le *mutuum* s'était formé; car le pupille réclame ses deniers sans avoir à respecter aucune des modalités ou des clauses du contrat intervenu entre lui et l'*accipiens*.

lucides, et le pupille *infans* ne sauraient accomplir que les acquisitions indépendantes de tout acte de volonté ; encore, faut-il se rappeler que par dérogation aux principes, la pupille *infans* peut devenir possesseur ou faire adition d'hérédité avec l'*auctoritas* de son tuteur.

Mais est-il permis d'acquérir par autrui ? Le droit pur impose sur ce point une distinction fondamentale.

Les Romains n'admettent pas là représentation dans les actes juridiques, il en résulte qu'on ne peut rien acquérir par les personnes qu'on n'a pas en sa puissance : *nihil per extraneas personas nobis adquiritur.* La cause et les effets de cette règle seront approfondis à l'occasion du mandat. Il ne faut pas oublier qu'elle ne s'applique pas à la possession, et l'on verra cette grave dérogation en amener bien d'autres (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas personas*, § 5).

Au contraire, on peut tout acquérir par les personnes qu'on a sous sa puissance. *Adquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate habemus.* La *manus* et le *mancipium* ont à cet égard le même effet que la puissance paternelle ou la puissance dominicale (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers.* pr.) (1).

Il suffira d'examiner ici l'acquisition par l'esclave et le fils de famille.

Acquisition de droits réels par l'esclave. — On sait déjà que tout ce qu'acquiert l'esclave est acquis à son maître ; le *dominus* bénéficie de toutes les acquisitions quelconques réalisées par son *servus*, il en profite à son insu ou même malgré lui à moins qu'il ne s'agisse de l'acquisition d'une hérédité qui ne peut avoir lieu que *iussu domini*. L'esclave peut figurer dans tous les modes d'acquérir, il peut même se servir de la mancipation, dont les termes sacramentels sont modifiés pour son usage. Mais l'*in jure cessio* et l'adjudication lui restent inaccessibles ; car ces deux procédés supposent un procès fictif ou sérieux, et l'arène judiciaire n'est pas ouverte à l'esclave. Le maître, lorsqu'il est pourvu de l'*animus domini*, ou lorsque l'opération est réalisée *ex causa peculiari*, devient également possesseur par l'intermédiaire de l'esclave. Mais il est ici nécessaire que l'esclave ait l'intention et la conscience d'acquérir pour son maître, et qu'il soit lui-même en la possession du *do-*

(1) *Gaius* qui pose le principe constate cependant qu'il y avait quelque doute au sujet de l'acquisition de la possession. (*Gaius*, II, 90).

minus. Par là se trouvent exclus le *servus pignori datus*, et probablement le *servus fugitivus*, même avant sa chute dans les mains d'un tiers (*Gaïus*, II, 96; III, 167. — L. 1, § 9, 10, 14, D. *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2. — *Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers.*, § 3).

Les acquisitions de l'esclave indivis entre plusieurs maîtres profitent à chacun d'eux pour une part proportionnelle à son droit de copropriété sur le *servus communis*. Il en est autrement, lorsque l'esclave agit au nom personnel ou sur l'ordre d'un seul de ses maîtres ou s'ils ne se trouvent pas tous dans les conditions voulues pour participer à l'acquisition (*Gaius*, III, 167. — L. 5 ; L. 7, D. *De stip. serv.*, 45-3).

L'esclave d'une hérédité jacente, *servus hereditarius*, peut acquérir pour le compte de l'hérédité toute espèce de droits réels sauf cependant des servitudes personnelles. Quant à la possession, il est évident que l'*animus domini* ne saurait exister dans une *hereditas ;* l'esclave possédera donc seulement *ex causâ peculiari*, si le défunt lui a confié un pécule.

L'esclave acquiert en certains cas à d'autres que son maître. Ainsi le *servus* est souvent *fructuarius*, c'est-à-dire grevé d'un droit d'usufruit, *usuarius*, c'est-à-dire grevé d'un droit d'usage ; dans ce cas, on attribue à l'usufruitier toutes les acquisitions provenant tant *ex re suâ* que *ex operis servi* ; l'usager n'a droit qu'aux acquisitions provenant *ex re suâ*. On entend par acquisitions *ex re suâ* tout ce que l'esclave obtient en échange d'une valeur puisée dans le patrimoine du titulaire de la servitude, et les libéralités entre-vifs ou testamentaires qui lui sont adressées en considération de ce même titre. On entend, au contraire, par acquisitions *ex operis servi* les fruits civils de l'esclave, c'est-à-dire les loyers ou salaires de son travail quelconque ; l'usager en est exclu par la nature même de son droit. Ces règles s'appliquaient-elles à l'acquisition de la possession ; on en doutait au temps de Gaïus, mais Justinien trancha le doute en faveur de l'affirmative. Il va de soi que le nu-propriétaire de l'esclave recueille toutes celles de ses acquisitions qui n'appartiennent pas à l'usufruitier ou à l'usager (*Gaius*, II, 94 — *Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas personas*, § 4).

Enfin le possesseur de bonne foi d'un esclave ou d'un homme libre acquiert également *ex operis ejus* ou *ex re suâ*. Mais le *possessor bonæ fidei* d'un esclave peut l'usucaper et alors il profitera de toutes ses acquisitions ; d'ailleurs, s'il perd la *bona fides*, il n'ac-

querra plus que *ex re suâ*. Le *possessor bonæ fidei* d'un homme libre ne l'usucape jamais, et les acquisitions dont il ne profite pas restent à ce dernier (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers.*, § 4).

Acquisition de droits réels par le fils de famille. Des pécules. — Assimilé dans l'origine à l'esclave, le fils de famille procure également au *pater* la propriété par tout autre mode que l'*in jure cessio* et l'adjudication; il le rend aussi possesseur, pourvu que le père ait l'*animus domini*, ou que le fils agisse *ex causâ peculiari* (*Gaius*, II, 86. — *Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers.*, § 1).

Cette rigueur de l'ancien droit n'était point adoucie par le pécule que la *paterfamilias* pouvait constituer à l'enfant ; car il en restait propriétaire, comme s'il l'eût concédé à l'esclave. C'est là ce qu'on appelle le pécule profectice, *quod à patre proficiscitur*. Mais le pécule profectice ne fut pas le seul que la loi romaine reconnut au *filiusfamilias*, le droit impérial est venu créer trois autres pécules sur lesquels le fils avait des pouvoirs qu'il est utile de connaître.

Peculium castrense. — Les empereurs, toujours désireux d'acheter par des largesses le dévouement nécessaire de l'armée, organisèrent pour le fils de famille soldat un moyen de profiter lui-même de leurs libéralités. De là vint l'institution du *peculium castrense*, qui remonte au règne d'Auguste. On y fait entrer tout ce que le *filiusfamilias* acquiert en qualité de militaire, solde, butin, donations ; à l'égard de ce pécule, il est traité comme un *paterfamilias* (L. 11, D. *De castr. peculio*, 49-17 ; L. 2, D. *De Senat-Maced.*, 14-6).

Peculium quasi-castrense. — Ce pécule fut créé par l'empereur Constantin en l'année 321 de notre ère. Il se composa d'abord de ce qui était acquis par les officiers du palais impérial à l'occasion de leurs fonctions. On l'étendit ensuite aux honoraires des officiers de la police occulte (*agentes in rebus*), des avocats, des prêtres et diacres, et sous Justinien, de tous les fonctionnaires rétribués par l'État. Comme l'indique son nom, il ressemble au précédent ; le fils en a la propriété, la jouissance, l'administration. Une différence a toutefois séparé ces deux pécules pendant longtemps ; le *filiusfamilias* a pu, depuis Adrien disposer de son pécule castrense par testament, tandis qu'il n'a pu tester *de peculio quasi-castrense* que depuis Justinien (*Inst.*, L. II, t. XI, *De test. militis*, § 6. — L. 1, C. *De castrensi*, 12-31 ; L. 37, C. *De inoff. test.*, 3-28).

Peculium adventitium. — Le pécule adventice, également imaginé

par Constantin, comprit en premier lieu la succession de la mère *à testato vel ab intestato*, sous Honorius et Arcadius tous les biens provenus à titre gratuit de la ligne maternelle, sous Théodose et Valentinien les dons et legs du conjoint ou fiancé, sous Justinien tout ce qui n'est ni *profectitium*, ni *castrense*, ni *quasi-castrense*. L'enfant n'a que la nue propriété de ce pécule, dont la jouissance et l'administration sont réservées au père. Comme la crainte de perdre cette jouissance aurait pu empêcher le père d'émanciper son enfant, on permit d'abord au *pater* émancipateur de garder le tiers dn pécule adventice en pleine propriété *pro pretio emancipationis*; Justinien substitua à ce tiers en propriété la moitié en usufruit (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers.*, § 2. — L. 1; L. 2, C. *De bonis maternis*, 6-60; L. 1; L. 5; L. 6, C. *De bonis quæ liberis*, 6-61. — *Contrà*, C. C. art. 384).

Ces tempéraments successifs ont tellement ébranlé le principe, qu'il n'est pas téméraire de le considérer comme détruit à l'époque des Institutes. Daus le dernier état du droit romain, l'enfant de famille acquiert pour lui-même, et c'est par exception seulement que ses acquisitions vont au *pater*.

CHAPITRE XII

DES DONATIONS.

(*Inst.* II, t. VII.)

La théorie spéciale des donations peut servir d'appendice à la théorie générale des droits réels; car c'est le plus souvent dans la constitution gratuite d'un droit réel que consiste la donation. Il est donc permis de suivre à cet égard le plan des Institutes, qui n'a rien de contraire aux exigences d'une bonne méthode.

PREMIÈRE SECTION

NOTIONS GÉNÉRALES.

Définition. — Le terme vague de donation recouvre plusieurs idées distinctes qu'il convient de mettre en lumière.

Dare signifie transférer la propriété ou quelque autre droit réel. Or la *datio* peut avoir lieu dans un triple but; elle peut d'abord se

produire *solvendi animo*, c'est-à-dire pour éteindre une obligation préexistante ; elle constitue alors le paiement. La *datio* peut avoir lieu *contrahendi animo*, c'est-à-dire pour créer une obligation nouvelle ; le *mutuum* en est un exemple. Enfin, la *datio* peut avoir lieu *donandi animo ;* elle constitue alors une donation, c'est-à-dire une aliénation sans équivalent. Telle est la conception qu'on avait d'ordinaire de la donation au temps classique.

Mais la donation ne suppose pas nécessairement une translation gratuite de droits réels. On la trouve aussi dans toute obligation contractée sans rien obtenir en échange ; elle dérive alors, d'un pacte ou d'un contrat. La donation est dans ce cas conventionnelle et les Institutes s'en préoccupent surtout à ce point de vue.

Enfin on qualifie de donation tout acte, même unilatéral, qui augmente intentionnellement un patrimoine aux dépens d'un autre, sans compensation antérieure ou future. Par exemple, je libère mon débiteur, je bâtis sur le fonds d'autrui, je laisse s'accomplir une usucapion, je répudie un legs pour alléger les charges de l'héritier ou pour attribuer ma part à mes colégataires.

Si l'on veut enfermer ces trois grandes catégories d'hypothèses dans une seule définition générale, il faut entendre par donation un fait actif ou passif, unilatéral ou bilatéral, mais essentiellement volontaire, dont le résultat est d'investir ou de libérer gratuitement le donataire d'un droit réel ou personnel qui appartient ou pourrait appartenir au donateur.

Nature, éléments. — De ces notions, il est facile de dégager la nature propre et les éléments constitutifs de la donation.

Nature. — La nature propre de la donation, c'est de n'être point un acte original, indépendant, individuel, une opération distincte, vivante de sa vie, et se suffisant à elle-même, comme la mancipation, la stipulation, l'acceptilation. Elle ne tire, au contraire, son existence que de l'un ou de l'autre de ces faits juridiques ; on passe par eux pour l'atteindre ; elle en est l'effet réalisé à titre gratuit.

Éléments. — Les éléments nécessaires de la donation sont au nombre de trois : 1° appauvrissement du donateur ; cette condition se remplit par le sacrifice d'un droit acquis ou qu'il lui est loisible d'acquérir ; 2° enrichissement du donataire ; cette condition suppose qu'il retire un avantage pécuniairement appréciable de l'appauvrissement du donateur ; 3° esprit de libéralité chez le donateur (*animus donandi*). Cette dernière condition signifie que la

disposition doit être à la fois libre et désintéressée. Or elle n'est pas libre, dès qu'elle se fonde sur une obligation même naturelle; elle n'est pas désintéressée, si le donateur en retire un avantage personnel, comme le bénéfice d'une transaction (L. 14, § 3. D. *De fundo dotali*, 23-5; — L. 5, § 15, D. *De donat. int. vir. et ux.*, 24-1; — L. 1, D. *De transact.*, 2-15).

Le premier et le second de ces trois éléments séparent la donation des autres actes gratuits, tels que le dépôt, le commodat, le mandat ou le précaire; quant à *l'animus donandi,* il se rencontre nécessairement dans tous les actes à titre gratuit quelconque.

Puisque la donation n'exige que ces trois conditions, le consentement, le concours des volontés du donateur et du donataire n'y est donc point indispensable; elle peut résulter d'un acte unilatéral, par exemple d'une renonciation *ex una parte*. Cependant la donation constitue le plus souvent un acte bilatéral, une convention, elle procède alors d'un accord entre deux personnes; c'est là tout ce que signifie l'adage *non potest liberalitas nolenti adquiri* (L. 19, § 2, D. *De donationibus*, 39-5).

Les Romains ont distingué deux grandes espèces de donations, les donations entre-vifs (*donationes inter vivos*) et les donations à cause de mort (*donationes mortis causâ*).

DEUXIÈME SECTION

DONATIONS ENTRE-VIFS.

La donation entre-vifs est un acte, mais plus ordinairement une convention, par laquelle le donateur se dépouille à titre gratuit, actuellement et irrévocablement d'une chose ou d'un droit au profit du donataire; elle exige chez le donateur la capacité de faire sa condition pire et chez le donataire la capacité d'acquérir.

Cette donation présente deux caractères principaux; elle est en effet *actuelle* et *irrévocable*. Elle est *actuelle*, ce qui veut dire que le dépouillement du donateur et l'investissement du donataire se produisent immédiatement, *hic et nunc*, du vivant même des parties. Elle est *irrévocable*, ce qui signifie que le donateur ne peut pas en principe revenir sur la donation par lui faite et reprendre l'objet de la libéralité.

Ces deux caractères distinguent très nettement la donation entre

vifs du legs, du fidéicommis et de la donation *mortis causâ* (*Conf.* C.C. art. 894).

§ I

Formation de la donation entre-vifs.

La convention de donner, n'étant pas un mode d'acquérir (1) et n'ayant pas été classée parmi les contrats, ne produit aucun droit réel ou personnel et n'engendre aucune action. Réduite à l'état d'un simple pacte, elle est par elle-même dénuée de tout effet obligatoire. A quel moment recevra-t-elle l'existence juridique? Comment deviendra-t-elle parfaite de manière à faire acquérir au donataire un droit définitif et irrévocable?

Pour répondre à cette importante et délicate question, il faut distinguer trois périodes historiques : la période de l'ancien droit, la période de la loi Cincia, la période du droit impérial.

1° Période antérieure à la loi Cincia. — Dans cette période qui va des origines du droit romain jusqu'au cinquième siècle de Rome, on peut poser en principe que la donation est parfaite dès que le donataire est investi d'un moyen de droit quelconque, civil ou prétorien, pour obtenir ou conserver le bénéfice de la libéralité. Il suffit, en d'autres termes, qu'une voie de droit soit ouverte au donataire pour que la donation soit formée.

Ainsi, il y aura donation d'un droit réel (*datione*) dès que le donateur aura transféré au donataire soit la propriété quiritaire, soit la propriété prétorienne. S'il s'agit d'une donation *obligatione*, la libéralité sera réalisée par cela seul que le donateur aura pris un engagement civil ou prétorien envers le donataire. Enfin s'il s'agit d'une donation *liberatione*, la donation sera réputée formée dès que le donateur aura employé un mode extinctif du droit civil comme l'acceptilation ou un mode du droit prétorien comme le pacte *de non petendo*.

2° Période de la loi Cincia. — La loi Cincia, *lex de donis et numeribus*, ou *lex muneralis*, est un plébiscite rendu en l'an de Rome 549 ou 550, sur la proposition du tribun Cincius Alimentus et les instances de Caton l'Ancien. Elle avait deux chefs. Sa première

(1) Les Institutes qualifient, il est vrai, la donation de *genus adquisitionis*, mais il n'est douteux pour personne qu'il y a là une véritable inexactitude de langage; la *donatio* même dans le dernier état du droit n'est pas et ne peut pas être un *modus acquirendi*, elle n'est qu'une *justa causa tradendi* (*Inst.*, L. II, t. II. *De divis. rer.* § 40 ; *Inst.*, L. II, t. VII, *De donat. pr.*)

disposition, célèbre dans la littérature romaine, mais étrangère à notre sujet, défendait aux avocats de recevoir des honoraires; cette prohibition resta justement impuissante, du jour où le barreau cessa d'ouvrir le chemin des honneurs politiques pour devenir une profession (1).

La seconde disposition de la loi Cincia établit pour les donations entre-vifs un taux qu'elles ne devaient point dépasser, *modus legitimus*. Quel était ce taux? Nous l'ignorons, ainsi que la manière de le calculer; car on ne peut dire s'il était d'une somme fixe, d'une quotité invariable ou d'une quotité proportionnelle à la fortune du donateur. Tout ce qu'on a le droit d'affirmer, c'est que ce taux s'appréciait exclusivement d'après le capital donné, sans tenir compte des intérêts ou fruits perçus par le donataire. Nous savons également que la *lex Cincia* ne s'appliquait ni à toutes les donations ni à toutes les personnes; ainsi elle restait étrangère aux donations de fonds provinciaux, elle ne s'appliquait pas non plus à certaines personnes privilégiées que les textes qualifient de *personæ exceptæ*. Au rang des personnes exceptées figuraient les époux, les fiancés, les cognats jusqu'au cinquième degré, plus dans le sixième les petits-cousins et petites-cousines, *sobrini sobrinæve*, enfin les personnes unies aux précédentes par le lien de la *patria potestas* exercée ou subie (L. 11, D. *De donationibus*, 39-5. — F.-V. § 293, 298-309).

Restent donc soumises aux règles de la période antérieure les donations *intrà modum*, c'est-à-dire en deçà du taux inconnu de la loi Cincia, ainsi que les donations quelconques adressées à des *personæ exceptæ*. Mais qu'advient-il, en dehors de ces hypothèses des donations faites *suprà modum*?

Sanction de la loi Cincia. — Il s'est élevé sur le caractère et sur les effets de la *loi Cincia* de sérieuses difficultés que nous ne pouvons ni exposer ni élucider ici; voici seulement quelles furent, à notre point de vue, la portée et les conséquences pratiques de ce plébiscite célèbre. La loi Cincia n'a eu pour but ni d'interdire ni de frapper de nullité les donations *ultra modum legitimum*. Seulement, pour défendre le donateur contre les entraînements irréfléchis, et le mettre au-dessus des manœuvres captatoires qui se faisaient jour

(1) L'empereur Claude, au dire de Tacite, aurait essayé de faire revivre cette disposition tombée en désuétude ; mais il ne put y réussir, car le sénat se borna à fixer un taux maximum de 10 000 sesterces que les avocats ne pouvaient dépasser sous peine de concussion (Tacite, *Annales,* L. XI, ch. 5, 6, 7).

dans les mœurs romaines et qui tendaient à dépouiller la famille du disposant, elle a rendu plus difficile la formation de la donation *suprà modum*, en ne lui reconnaissant force juridique qu'après son entière exécution. Autrement dit, il ne suffit plus à la perfection de la libéralité que le donataire ait un moyen quelconque d'en obtenir ou d'en retenir le bénéfice. Il faut désormais que nulle voie civile ou prétorienne, action ou exception, ne reste ouverte au donateur pour en empêcher l'accomplissement. Tant qu'un expédient lui est possible, il a le droit légal de s'en servir et la donation demeure imparfaite.

Par exemple, s'agit-il d'une donation de propriété? Appliquée à une *res mancipi*, la mancipation non accompagnée de la tradition laisse au donateur l'*exceptio legis Cinciæ* contre la revendication du donataire; la tradition sans mancipation lui permet de revendiquer lui-même, jusqu'à l'expiration des délais de l'usucapion, et de paralyser par une *replicatio legis Cinciæ* l'exception *rei donatæ et traditæ* que lui opposera peut-être le donataire. Quant à la donation qui a pour objet une *res nec mancipi* immobilière, notamment un fonds provincial, tout est fini par la tradition : car on sait déjà que la loi Cincia ne touche pas à cette hypothèse. Enfin, en ce qui touche les donations mobilières, il est à remarquer que si le meuble *mancipi* ou *nec mancipi* a été mancipé et livré, le donateur peut encore en reprendre la possession par la voie spéciale de l'interdit *utrubi* pourvu qu'il l'ait possédé plus longtemps que le donataire pendant l'année qui a précédé le débat (*Gaius*, IV, 151. — F.-V. § 293, 311, 313).

S'agit-il d'une libéralité faite sous la forme d'une obligation? Le donateur, tant qu'il n'a pas payé, a la ressource de l'*exceptio legis Cinciæ* contre l'action de son créancier, le donataire. S'il a payé par erreur, c'est-à-dire ne sachant pas que l'objet de la libéralité excédait le *modus*, on l'admet à reprendre la chose par la *condictio indebiti*, protégé qu'il est par une exception perpétuelle, *tutus exceptione perpetuâ* (F.-V. § 266).

La donation consiste-t-elle enfin dans une libération de dette? Réalisée par *acceptilatio*, elle éteint définitivement et irrévocablement le droit du créancier et dès lors se trouve parfaite. Manifestée dans un pacte de remise (*pactum de non petendo*), elle laisse au donateur son action de créance, que la *replicatio legis Cinciæ* fait triompher de l'exception *pacti conventi* opposée par le débiteur

(L. 1, § 1, D. *Quibus modis pignus*, 20-6. — L. 2, C. *De acceptilatione*, 8-44).

Il ressort de toutes ces hypothèses et de beaucoup d'autres hypothèses analogues que la pleine exécution est nécessaire, dans l'esprit de la loi Cincia, pour rendre certaine la volonté du disposant et définitive la donation *ultrà modum*. Jusqu'à l'entier accomplissement, le donateur peut user librement de tous les moyens de droit commun qui sont à sa portée pour garder ou reprendre l'objet de la libéralité. Ce n'est pas seulement l'excédant de la donation sur le taux légal qu'il a droit de retenir ou de recouvrer, mais la donation tout entière ; car l'application de la loi Cincia suppose qu'il n'avait pas été libre dans sa disposition ; or la volonté de donner ne peut être réputée certaine pour partie et incertaine pour le surplus. Cette doctrine a cependant été contestée, mais bien à tort, suivant nous (L. 5, § 2, D. *De doli mali*, 44-4; L. 21, § 1, D. *De donationibus*, 39-5).

La donation imparfaite à l'égard du donateur l'est aussi, dans la même mesure, à l'égard de tous les intéressés ; c'est en ce sens que les Proculiens dont l'opinion prévalut à ce point de vue, qualifièrent de *popularis* l'*exceptio legis Cinciæ*. Il naît de là deux conséquences. 1° Tout ayant cause particulier du donateur est admis à se prévaloir de la loi Cincia; tel est le fidéjusseur qui a cautionné la promesse de donation ; tel est encore l'acheteur qui a reçu du donateur tradition d'une chose déjà mancipée à un donataire, ou mancipation d'une chose déjà livrée à titre gratuit. 2° Les héritiers du donateur peuvent également invoquer la loi Cincia, s'il n'est établi que le donateur a persisté jusqu'à sa mort dans la volonté de donner, *nisi decesserit durante voluntate*. Car la donation serait en ce dernier cas devenue parfaite, et l'héritier du donateur échouerait devant une exception, réplique ou duplique de dol ; c'est la célèbre règle si laconique de Paul, *morte Cincia removetur* (L. 24, D. *De donationibus*, 39-5. — F. V. § 259, 266, 268).

Les anciens interprètes voyaient dans la loi Cincia une *lex imperfecta*, c'est-à-dire une loi prohibitive des donations *ultrà modum*, mais dépourvue de sanction. Ce point de vue semble défectueux. La loi Cincia fit en réalité ce qu'elle voulait faire ; son objet n'était point d'interdire les libéralités supérieures *au modus*, mais seulement d'en assurer l'entière liberté. Elle y parvenait en facilitant de son mieux au donateur la révocation d'une largesse extorquée ;

elle se trouvait donc aussi parfaite que toute autre disposition législative dont le but est à peu près atteint. Cette appréciation moderne repose d'abord sur la règle *morte Cincia removetur ;* si la loi Cincia contenait une véritable prohibition, il n'aurait pas été admissible que le donateur pût en triompher par sa persistance à la violer jusqu'à sa mort, et la constance de sa volonté n'effacerait point le vice originaire de la disposition. Une raison plus décisive encore, c'est que la donation *ultrà modum* constitue pour le donataire une *justa causa usucapiendi ;* or, un fait légalement prohibé ne saurait évidemment servir de point de départ à l'acquisition de la propriété par l'usucapion (*Ulpien*, R. *De legibus pr.* — F. V. § 293).

3° **Période du droit impérial.** — Les empereurs modifièrent profondément les règles de la formation des donations entre-vifs. Disons tout d'abord que la loi Cincia tomba en désuétude, probablement dans la seconde moitié du troisième siècle de notre ère (*Nov.* 162, ch. 1.)

La première réforme que tenta le droit impérial est d'Antonin le Pieux ; ce prince décida que la donation entre-vifs pourrait se faire désormais par simple pacte entre ascendants et descendants, c'est-à-dire que la promesse de donner, même non revêtue des formes d'un contrat, deviendrait obligatoire entre ces personnes (F. V. § 249, 314. — *Paul*, S. L. IV, t. I, § 11).

Une autre réforme fut imaginée par Constance Chlore ; cet empereur, afin d'assurer la publicité des donations entre-vifs dans l'intérêt des tiers et pour en conserver la preuve, voulut que toute donation fût soumise à l'insinuation. Cette formalité, déjà usitée mais non exigée à l'époque des jurisconsultes classiques, n'est rien autre chose que la copie des libéralités écrites, ou la relation des libéralités non écrites, sur les registres d'un magistrat déterminé, *apud acta* (L. I, C. Th. *De sponsalitiis*, 3-15. — F. V. § 266, 268).

Le fils de Constance Chlore, Constantin, voulant compléter la réforme de son père, exigea la rédaction d'un écrit pour toutes les libéralités. Quelques années plus tard, en 428, Théodose restreignit l'insinuation aux donations qui excédaient la valeur de deux cents solidis, mais la nécessité de l'écrit fut conservée pour tous les cas (F. V. § 249).

Justinien supprima d'abord la formalité de l'écrit ; mais sa réforme capitale fut de généraliser la décision d'Antonin. La donation par voie d'obligation devint désormais un pacte légitime ; in-

dépendamment de tout contrat, elle eut en elle-même sa force obligatoire, sanctionnée par une *condictio ex lege*, et c'est avec raison que Justinien l'appelle pour l'avenir *justa causa tradendi* (*Inst*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 40 ; L. II, t. VII, *De donationibus*, § 2. — L. 35, § 5, C. *De donat.*, 8-54).

Quant à l'insinuation, Justinien finit par ne l'exiger que pour les donations supérieures à cinq cents solides. L'omission de cette formalité emporta nullité pour le surplus, et de plein droit. Il en résultait que le donateur pouvait repousser directement, sans le secours d'aucune exception, la demande du donataire à l'égard de l'excédant, que la donation cessait d'être dans la même mesure une juste cause d'usucapion, et que le décès du disposant n'effaçait plus la nullité ; c'est une triple différence avec la loi Cincia. Tous les intéressés pouvaient d'ailleurs invoquer cette nullité. Étaient exceptionnellement dispensées de l'insinuation, certaines libéralités, notamment les donations *dotis causâ*, les donations faites ou reçues par l'empereur, les donations destinées au rachat des captifs et les donations faites pour relever une maison incendiée ou tombée en ruines (L. 31, C. *De jure dotium*, 5-12; L. 34; L. 36, C. *De donationibus*, 8-5; Nov. 52, ch. 2. — *Conf.* C. C. art. 939 et s.).

§ II

Effets de la donation entre-vifs.

Si la donation entre-vifs diffère essentiellement par sa cause déterminante des actes à titre onéreux, elle leur ressemble en ce sens qu'une fois parfaite et formée, elle est, comme eux, irrévocable.

Cause déterminante. — La cause déterminante et spéciale des donations, c'est l'*animus donandi ;* il y faut rattacher deux règles étrangères aux actes à titre onéreux.

1° Le donateur peut d'abord, en cette qualité, opposer au donataire l'exception *ejus quod facere potest*, connue sous le nom de bénéfice de compétence, et dont le résultat est de limiter sa condamnation au montant de son actif net ; nous aurons occasion d'en étudier plus tard les détails (L. 12, D. *De donationibus*, 39-5. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 38).

2° Aucune obligation de garantie ne pèse sur le donateur. Qu'il s'agisse d'éviction, de charges réelles ou de vices redhibitoires, il ne répond de rien envers le gratifié, qui ne reçoit que les droits tels

quels du disposant. Tout au plus accorde-t-on au donataire l'action générale *de dolo*, sous les conditions ordinaires de son exercice, pour obtenir réparation du dommage qu'a pu lui causer en certains cas un dol formel du donateur (L. 62, D. *De œdilitio edicto*, 21-1).

Irrévocabilité. — A tout autre point de vue, la donation entre-vifs est aussi indépendante de la volonté du donateur que le serait un acte à titre onéreux ; *temerè revocari non possunt*. Ce principe ne fléchit qu'en de rares exceptions, à peu près identiques dans le droit romain et dans le droit français (*Inst.*, L. II, t. VII, *De donat.*, § 2. — *Conf.* C. C. art. 953).

1° La donation peut être *sub modo*, c'est-à-dire contenir une charge imposée au donataire, mais évidemment inférieure à la valeur promise ou donnée, sans quoi la prétendue libéralité serait un acte à titre onéreux. L'inexécution de cette charge rend la donation révocable. Le donateur n'eut d'abord, pour réclamer sa chose, qu'une action personnelle contre le donataire, la *condictio ob rem dati*. Plus tard, si la charge était dans l'intérêt du donateur, il put en poursuivre l'exécution par l'action *præscriptis verbis* qui ne touchait pas à l'existence de la donation, ou redemander la *res donata* par une revendication utile dont les tiers eux-mêmes furent passibles. Si le *modus* était dans l'intérêt d'une personne étrangère à la donation, on lui accordait, sur le fondement d'une stipulation supposée, une action *ex stipulatu utilis* pour exiger du donataire l'accomplissement de la charge (L. 9 ; L. 22, C. *De donationibus*, 8-54 ; L. 1 ; L. 3 C. *De donat. quæ, sub modo*, 8-55. — *Conf.* C. C. art. 955).

2° La révocation de la donation est également possible pour ingratitude du donataire. L'empereur Philippe l'appliqua d'abord, en 249 de notre ère, à la libéralité faite par le patron à son affranchi ; les fils de Constantin l'étendirent, en 349, aux père et mère donateurs, et Théodose et Valentinien l'appliquèrent, en 430, à tous les ascendants. Justinien finit, en 530, par en faire le droit commun ; les causes de révocation pour ingratitude furent limitativement définies et limitées. L'action ouverte au donateur était une *condictio ex lege*, intransmissible à ses héritiers et contre les héritiers du donataire. L'effet de cette révocation devait être personnel au gratifié, seul coupable d'ingratitude, et n'atteignait pas les droits acquis à des tiers (L. 7 ; L. 8 ; L. 9 ; L. 10, C. *De revoc. donat.*, 8-56. — F. V. § 272. — *Conf.* C. C. art. 958).

3° La révocation de la donation pour survenance d'enfants qui a

été conservée et généralisée par notre Code civil (art. 960 et s.) n'a jamais été admise en droit romain que dans les rapports des patrons et des affranchis. Ce furent les fils de Constantin qui l'organisèrent en 355, en faveur du patron donateur et leur constitution qui nous est parvenue est restée célèbre par les difficultés d'interprétation qu'elle a fait naître. Ainsi, on ne sait pas si la révocation pour survenance d'enfants pouvait être opposée aux tiers et si par conséquent elle faisait tomber les aliénations et les droits réels consentis sur la *res donata;* on se prononce ordinairement pour l'affirmative (L. 8, C. *De revocand., donat.*, 8-56).

TROISIÈME SECTION

DONATIONS A CAUSE DE MORT.

Si l'on en croyait les Institutes, la *donatio mortis causâ* serait celle qu'on fait en prévoyance de la mort, *quæ propter mortis fit suspicionem.* Cette définition n'a rien d'exact ; il ne suffit pas qu'une libéralité soit déterminée par la crainte ou la prévision d'une fin prochaine, pour qu'on la puisse qualifier de *donatio mortis causâ*, dans le sens technique et juridique du mot (L. 27, D. *De donat. mortis causâ*, 39-7. — *Inst.*, L. II, t. VII, *De donat.*, § 1). — *Contrà*, C. C. art. 893).

Caractères et formation de la donatio mortis causâ. — La donation est à cause de mort, lorsqu'elle ne devient définitive que par le prédécès du donateur ; c'est le principe général. Toute *donatio mortis causâ* a donc pour élément essentiel d'être caduque par le prédécès du donataire. Le plus souvent, elle est en outre révocable jusqu'à la mort du donateur, par le simple changement de sa volonté ; mais, on admet généralement, bien que l'opinion contraire ait été soutenue, que la révocabilité n'est pas un élément essentiel et que l'on n'y doit voir qu'un élément naturel de la disposition. Ainsi entendue, la donation *mortis causâ* pourrait donc se définir : une donation ordinairement révocable au gré du donateur et nécessairement caduque par le prédécès du donataire (L. 13, § 1 ; L. 35, § 2, 4 ; L. 27, L. 18 ; D. *donat. mortis causâ*, 39-6 — *Nov.* 87).

Par conséquent, si les parties ont déclaré faire une *donatio mortis causâ*, elle sera caduque par le prédécès du donataire et révocable jusqu'à la mort du donateur. Les parties, sans qualifier la libéralité, l'ont-elles expressément soumise à ces deux causes de chute,

ou seulement à la caducité par le prédécès du donataire ? elle constitue encore une *donatio mortis causâ*. Mais une donation non caduque par le prédécès du donataire est nécessairement entre-vifs, quel que soit le nom qu'on lui ait donné.

La donation *mortis causâ* peut d'ailleurs avoir lieu, soit en prévision des chances habituelles et générales de mortalité qui pèsent sur le donateur, soit en vue de risques précis et particuliers qu'un événement déterminé, comme un voyage, une guerre ou une maladie, doit faire courir au donateur. Cette seconde hypothèse est sans doute la plus fréquente ; alors la donation tombe par le seul fait que le donateur échappe au danger prévu, avant comme après la mort du donataire. Mais le donateur eût-il succombé dans le péril, le prédécès du donataire entraînerait comme à l'ordinaire la chute de la donation (L. 3 ; L. 6, D. *De donat. mortis causâ*, 39-6. — *Paul.* S. L. III, t. VII, § 1, 2).

Formes. — La donation à cause de mort n'exigeait, dans le principe, aucune formalité particulière et consistait simplement dans l'accomplissement de l'acte générateur du droit réel, de la créance ou de la libération dont il s'agissait de gratifier le donataire. Constantin la soumit à la nécessité de l'insinuation ; mais elle en fut dispensée par Justinien, qui lui imposa seulement la présence de cinq témoins, ou l'emploi des formes du codicille. Dans aucun cas, la donation à cause de mort ne peut résulter d'une promesse non revêtue de l'enveloppe d'un contrat ; en d'autres termes, elle ne constitue jamais un pacte légitime, puisque la célèbre innovation de Justinien sur ce point est restée propre aux donations entre-vifs (L. 4, C. *De donat. causâ mortis*, 8-57 ; L. 35, C. *De donationibus*, 8-54. — F. V. § 249).

Effets de la donatio mortis causâ. — La donation à cause de mort n'étant pas par elle-même une convention civilement efficace, tire toute son existence d'un fait juridiquement régulier comme une aliénation, un contrat ou une remise de dette. Seulement les effets d'une pareille donation ne sont pas définitifs puisqu'ils doivent tomber ou par le prédécès du donataire ou par la révocation du donateur. Ceci veut dire que la *donatio mortis causâ* est nécessairement conditionnelle, mais la condition qui l'affecte peut être suspensive ou résolutoire.

La condition est *suspensive*, lorsque le droit du donataire ne doit prendre naissance qu'au prédécès du donateur ; en ce cas, le gra-

tifié n'aura jamais rien eu, s'il meurt le premier. Elle est *résolutoire*, lorsque le donataire a été purement et simplement, dès l'instant de l'acte, investi de son droit, mais que la donation ne doit devenir définitive qu'au prédécès du donateur, et peut jusqu'alors se trouver résolue par l'exercice de la faculté de révocation qui lui appartient d'ordinaire, ou tout au moins par le prédécès du donataire.

Ces principes s'appliquent sans difficultés à la donation qui procède d'une *obligatio* ou d'une *liberatio*. Car la condition suspensive, en s'accomplissant, oblige irrévocablement les héritiers du donateur, ou libère définitivement le donataire. Quant à la condition résolutoire, on verra bientôt qu'aux yeux des Romains elle n'a point de force par elle-même ; en s'accomplissant, elle ne fera donc pas tomber la promesse du donateur envers le donataire, ou revivre la dette dont il l'a libéré ; seulement le donataire ou son héritier sera tenu, sous peine d'une *condictio sinè causâ*, de rétablir les choses dans l'état antérieur à la donation. Pour le cas spécial où la libéralité aurait été réalisée par un pacte *de non petendo*, le donateur serait dispensé de recourir à la *condictio ;* car cette remise imparfaite n'aurait pas éteint de plein droit l'action abandonnée par le donateur, et que la condition accomplie débarrasserait simplement de l'exception *pacti* dont elle était entravée (L. 27, D. *De pactis*, 2-14).

La donation par voie d'aliénation (*datione*) n'offre guère plus de difficultés. Accomplie, la condition suspensive transfère la propriété au donataire, qui ne saurait l'avoir auparavant ; défaillie, elle la laisse au donateur, qui ne l'aura jamais perdue. Au contraire, la défaillance de la condition résolutoire rend irrévocable le droit acquis du donataire ; mais si nous la supposons accomplie, aura-t-elle retransféré *de plano* la propriété au donateur ? On sait déjà que la législation classique n'admettait pas un tel résultat : *dominium ad tempus transferri nequit ;* le déplacement de la propriété ne pouvait en effet provenir que d'un *modus adquirendi* valable, et ce qui avait été fait par un mode d'acquérir ne pouvait être détruit que par un autre *genus acquisitionis*. Il résultait de ce principe que le donateur, même après la révocation ou la caducité de la donation, n'était pas armé de l'action réelle en revendication pour reprendre la chose donnée, mais d'une simple action personnelle contre le donataire. Ulpien, le jurisconsulte novateur, proposait timidement de consi-

dérer la propriété comme retransférée de plein droit au donateur, dès l'accomplissement de la condition résolutoire et d'investir à cet effet le donateur d'une *reivindicatio utilis ;* mais cette doctrine, qui devait devenir la théorie moderne, ne prévalut définitivement qu'après Dioclétien (L. 29, D. *De donat. mortis causâ*, 39-6 — L. 2 C. *De donat. quæ sub modo*, 8-55. — F. V. § 283) (1).

QUATRIÈME SECTION

DONATIONS ENTRE ÉPOUX.

Les donations entre époux furent longtemps permises à Rome ; elles l'étaient encore à l'époque de la loi Cincia, puisque cette loi comptait les époux au nombre des *personæ exceptæ*. Mais la coutume les interdit antérieurement au jurisconsulte Labéon, contemporain d'Auguste et de Tibère. La prohibition se fondait sur le danger des entraînements toujours à redouter entre conjoints, et sur la crainte des menaces intéressées de divorce, *ne concordia pretio conciliari videretur* (L. 65 ; L. 67, D. *De donat. int. vir. et ux.*, 24-1. — F. V. § 302) (2).

Prohibition primitive. — Jusqu'à Septime Sévère, les donations entre époux furent rigoureusement prohibées et tout acte intervenu *donandi animo* entre conjoints était frappé d'une nullité radicale et absolue. Le conjoint donateur pouvait donc revendiquer la chose donnée, ou repousser directement et sans le secours d'aucune exception, la dette par lui contractée envers le donataire, ou poursuivre le payement de la créance dont il lui avait fait remise civile ou prétorienne. Pour empêcher la violation détournée de la règle, on y soumettait même les donations adressées par l'un des époux, non plus à son conjoint en personne, mais à quiconque était sous la puissance de ce dernier ou l'avait *in potestate* (L. 3, § 4, 10 ; L. 48, D. *De donat. int. vir. et ux.*, 24-1. — *Conf.* C. C. art. 1091 et s.).

On exceptait seulement de la prohibition : 1° les donations qui n'enrichissaient pas sérieusement le donataire, comme celle d'un

(1) On trouvera plus loin la comparaison des donations *mortis causâ* et des legs (voir la table).

(2) Cette prohibition ne frappait que les époux unis entre eux par les liens des *justæ nuptiæ ;* aussi n'atteignait-elle, ni les fiancés, ni les personnes vivant en concubinat, ni celles qui avaient contracté le *matrimonium injustum*.

droit d'usage, ou d'un esclave à affranchir dans un délai préfixe; 2° les donations qui n'appauvrissaient pas véritablement le donateur, en ne le privant pas d'un capital acquis, telles que les donations d'intérêts, de fruits, ou d'une hérédité répudiée; 3° les donations à cause de mort faites sous la condition suspensive du prédécès du donateur, et qui ne devenaient dès lors définitives qu'à la dissolution du mariage; 4° quelques autres donations déterminées, par exemple *honoris causâ*, pour faciliter au mari l'acquisition d'une charge ou distinction honorifique, *exsilii causâ*, pour adoucir l'exil de l'un des conjoints, *divortii causâ*, c'est-à-dire en vue d'un divorce prochain et sérieux; cette dernière n'était valable qu'après la rupture consommée du mariage (L. 5, § 13, 14; L. 7, § 7; L. 10; L. 13; L. 18; L. 43, D. *De donat. int. vir. et ux.*, 24-1).

Oratio Antonini. — Vers la fin du règne de Septime Sévère, et sur la proposition de son fils Antonin Caracalla, cette législation fut modifiée par le sénatus-consulte Émilien, plus ordinairement nommé *Oratio Antonini* (L. 32 pr. D. *De donat. int vir. et ux.*, 24-1). Quelle est la véritable portée de l'innovation? On dit souvent que l'*oratio Antonini* déclara pour l'avenir la donation entre conjoints valable en principe, mais révocable au gré du donateur. La thèse inverse paraît plus vraie. L'unique résultat du sénatus-consulte fut que la donation, nulle de plein droit comme auparavant, était désormais susceptible de devenir valable par la mort du donateur *in matrimonio* et *in eâdem voluntate*, ce qui revient à dire que la nullité restait définitive par le prédécès du donataire, le repentir du donateur ou le divorce. Bref, et sans vouloir afficher une assurance que ne comporte guère un problème controversé dans la science moderne et chez les Romains eux-mêmes, on peut dans cette seconde période considérer la donation entre époux, non pas comme valable sauf révocation, mais comme nulle sauf confirmation (L. 32, § 2, 10, 13; L. 33; L. 34; L. 35. D. *De donat. int. vir. et ux.*, 24-1).

Depuis l'*oratio Antonini*, la donation entre époux ressemblait à la *donatio mortis causâ*, en ce qu'elle devenait inattaquable, par le prédécès du donateur sans révocation; aussi fut-elle, comme l'autre, soumise dans une certaine mesure aux règles des legs, notamment à la loi Falcidie (L. 32, § 1, D. *De donat. int. vir. et ux.*, 24-1). Justinien lui reconnut néanmoins le caractère de donation entre-vifs. En effet, sur une question soulevée par le barreau d'Illyrie, l'empereur décide qu'elle peut résulter d'un simple pacte; il la su-

bordonne de plus à l'insinuation dans les mêmes hypothèses que les libéralités *inter vivos*. A défaut d'insinuation, et pour ce qui excède le taux légal, elle ne vaut qu'en vertu d'une expresse disposition testamentaire, comme *donatio mortis causâ*. Insinuée ou dispensée d'insinuation, elle rétroagit, du jour où le donateur la confirme, au jour de l'insinuation ou de l'acte. Cette rétroactivité, clairement indiquée dans une Constitution de Justinien, vient à l'appui de la doctrine que la donation entre époux est toujours nulle en elle-même, et seulement confirmable, depuis le sénatus-consulte de Caracalla (L. 25, C. *De donat. int. vir et ux.*, 5-16. — *Nov.* 162, ch. 1).

CHAPITRE XIII

DE LA DOT ET DES DONATIONS *PROPTER NUPTIAS*.

(*Inst.*, L. II, t. VII, § 3. — t. VIII, *pr.*).

On appelle *dot* les valeurs quelconques que la femme ou des tiers fournissent au mari, pour l'aider à supporter les charges du mariage qui pèsent légalement sur sa tête. La dot devient la propriété du mari pendant le mariage; à ce titre elle s'oppose aux autres biens dont la femme reste propriétaire, et qu'on appelle tantôt *peculium*, tantôt παράφερνα (L. 9, § 3, D. *De jure dotium*, 23-3. — *Conf.* C. C. art. 1540).

§ I

Constitution de la dot.

Dans le droit classique, la dot se constitue de trois manières principales : par *datio*, par *dictio*, par *promissio*. *Dos datur*, *aut dicitur*, *aut promittitur* (*Ulpien*, R, t. VI, § 1). 1° La *datio dotis* est tout transport de propriété effectué sans obligation préalable au profit du mari qui devient propriétaire ou qui usucape *pro dote* suivant que le constituant était ou non propriétaire. 2° La *dictio dotis* est une forme ancienne et toute spéciale du contrat verbal; elle n'est accessible qu'à trois classes de personnes : à la femme, au débiteur de la femme délégué par elle, au *paterfamilias* de la femme. 3° La *promissio dotis* est une des innombrables applications de la stipulation (1).

(1) Outre ces trois procédés ordinaires, la dot peut encore se constituer par

La *dictio dotis* tomba bientôt en désuétude, elle devint même complètement inutile lorsque les empereurs Théodose et Valentinien eurent décidé que la simple convention de constituer une dot serait désormais obligatoire et deviendrait un pacte légitime susceptible de produire une action (L. 6, C. *De dotis promiss.*, 5-11).

En laissant de côté la *dictio dotis* qui était soumise sur ce point à une règle spéciale, il faut savoir que toute personne peut constituer une dot : la femme elle-même *quæ nuptura est*, le père investi ou non de la puissance paternelle, enfin un tiers quelconque. Si la femme est *sui juris*, elle aura besoin de l'*auctoritas tutoris*, si elle est *alieni juris*, elle ne pourra employer que la *promissio dotis* (*Ulpien*, R, t. VI, § 2 ; t. XI, § 27. — F. V. § 99).

La constitution de dot peut précéder ou suivre le mariage. *Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium*. Il résulte de là que l'augmentation en est également possible *durante matrimonio*, mais non la diminution ; car diminuer la dot serait la restituer en partie, et toute restitution de la dot suppose le mariage dissous (*Paul*, S. L. II, t. 21[b], § 1. — L. 1. C. *Si dos constante matr.*, 5-19. — *Contrà*, C. C. art. 1543).

Quand la constitution de dot précède les *nuptiæ*, la dot n'existe qu'à partir du mariage ; en d'autres termes, il n'y a pas lieu de lui appliquer jusqu'alors les règles spéciales de la dotalité. Si le mariage vient à manquer, on devra faire une distinction. Tantôt l'acte destiné à constituer la dot aura été soumis à la condition expresse ou tacite *si nuptiæ sequantur* ; dans ce cas la condition suspensive se trouve défaillie, et le futur n'aura rien acquis. Tantôt l'acte aura été pur et simple et aura produit son effet normal ; dans ce cas la condition résolutoire se trouve accomplie, et contre le futur investi d'un droit sans cause, le constituant exercera, non pas par l'action *rei uxoriæ*, qui implique une dot, mais la *condictio sinè causâ*. La condition suspensive est présumée dans la constitution de dot par voie d'obligation, *promissio*, *dictio* et pacte ; au contraire la *datio*, et sans doute aussi l'*acceptilatio dotis causâ*, sont réputées pures et simples (L. 3 ; L. 7, § 3 ; L. 8 ; L. 21 ; L. 43, D *De jure dotium*, 23-3).

On distingue plusieurs espèces de dots : la dot profectice, la dot adventice et la dot receptice. La dot profectice (*dos profectitia*) est

expensilatio, par délégation ou par acceptilation faite *dotis causâ* en supposan le mari débiteur du constituant (L. 10, D. *De condict. causa data*, 12-4).

celle qui est constituée par le père ou un ascendant paternel à sa fille même émancipée (1). La dot adventice (*dos adventitia*) est celle qui émane de la femme ou d'un tiers. Quant à la dot receptice (*dos receptitia*), elle n'est rien autre que la dot adventice dont le retour a été stipulé (*Ulpien*, R, t. VI, *De dotibus*, § 2, 3, 5).

§ II

Situation respective des époux à l'égard de la dot pendant le mariage.

La situation juridique des époux à l'égard de la dot pendant le mariage se caractérise par deux règles élémentaires.

1re *Règle*. — Le mari est propriétaire de la dot tant que dure le mariage ; il est *dominus dotis;* en conséquence il peut poursuivre les détenteurs de la dot par des actions réelles et il est investi d'actions utiles contre les débiteurs de créances dotales (*Inst.*, L. II, t. VIII. *Quibus alienare licet*, pr. — *Contrà*, C. C. art. 1549) (2).

2e *Règle*. — La femme n'est que créancière de la dot; seulement sa créance est privilégiée, elle a été de tout temps entourée de garanties spéciales qui en assurent le recouvrement.

L'obligation de restituer, qui pèse sur le mari, constitue suivant les circonstances une dette de genre ou de corps certains. Elle constitue une dette de genre dans deux cas : 1° lorsque la dot consiste en argent ou se compose de choses *quæ primo usu consumuntur*, par exemple, de denrées; le mari n'est alors obligé, comme un emprunteur dans le *mutuum* ou comme un quasi-usufruitier, qu'à rendre une égale quantité d'objets de même nature et de même qualité; 2° lorsque les choses qui ont été apportées en dot, corps certains ou *genera*, ont été estimées; la règle générale est alors qu'estimation vaut vente, *æstimatio facit venditionem*, et l'on

(1) Dans la doctrine primitive et pure, la *dos profectitia* n'émanait que du *paterfamilias*.

(2) C'était autrefois une opinion très répandue, que la femme reste propriétaire de la dot pendant le mariage, et que le mari n'en est que l'usufruitier. Cette doctrine repose sur un certain nombre de textes qui disent en termes généraux que la dot est à la femme, et sur une constitution de Justinien qui parle expressément d'une propriété naturelle de la femme. Mais ces expressions font simplement allusion au droit qui naît pour elle ou ses héritiers de la dissolution du mariage. Telle est l'opinion à peu près unanime des interprètes modernes (L. 30, C. *De jure dotium*, 5-12. — L. 75, D. *De jure dotium*, 23-3).

traite le mari comme un acheteur ; il n'est donc redevable que du prix d'estimation (L. 10, § 4 ; L. 42, D. *De jure dotium*, 23-3) (1).

Différences entre la *dos æstimata* **et la** *dos non æstimata*. — L'estimation produit plusieurs conséquences graves.

1° L'usucapion de la chose dotale s'opère, *pro dote*, en l'absence d'estimation, et *pro emptore*, quand il y a eu estimation. Or, on se souvient de la règle spécialement applicable à cette dernière *causâ usucapiendi* (*suprà*, p. 174).

2° L'estimation autorise le mari, lorsqu'il est évincé, à recourir en garantie contre le constituant par l'action *empti*, comme tout acheteur. En l'absence d'estimation, on distingue deux hypothèses. La dot a-t-elle été constituée par *dictio* ou *promissio*, le recours en garantie est possible, parce que l'éviction laisse subsister une obligation inaccomplie. La dot a-t-elle été constituée par *datio*, l'éviction démontre qu'en réalité rien n'a été acquis au mari ; mais comme il n'y a ici ni contrat ni obligation, le recours en garantie lui est fermé. Il n'aurait que la ressource générale de l'action de dol, si la mauvaise foi du constituant lui occasionnait un dommage (L. 1, C. *De jure dotium*, 5-12. — F. V. § 105).

3° L'estimation investit le mari du droit à toutes les plus-values fortuites, à tous les produits ordinaires ou même extraordinaires de la chose, par exemple, aux hérédités ou legs que recueille l'esclave dotal. D'un autre côté, il supporte tous les risques de perte totale ou partielle.

Au contraire, en l'absence d'estimation, les choses dotales s'améliorent ou se dégradent pour la femme, et le mari ne répond que de son dol ou de sa faute appréciée *in concerto*. Il ne peut retenir que les fruits proprement dits, et le bénéfice en est limité à la période du mariage (L. 23, D. *De regulis juris*, 50-17. — *Paul*, S. L. II, t. XXII, § 1. — F. V. § 101).

Le mari, tout propriétaire qu'il est, n'a donc sur la dot non estimée qu'un droit fort analogue à l'usufruitier. Il diffère néanmoins de l'usufruitier à quelques points de vue : 1° les fruits lui sont acquis par la simple séparation, en sa qualité de propriétaire ; 2° sa jouissance est proportionnelle à la durée des charges du mariage ; autrement dit, il acquiert jour par jour, non seulement les fruits civils, mais encore les fruits naturels ; 3° les fruits ne s'entendent ici

(1) L'estimation est un exemple intéressant des conventions ou clauses qui pouvaient accompagner la constitution de dot, et qu'on appelait *pacta dotalia*.

que déduction faite des frais (L. 7 pr. § 1, D. *Soluto matrimonio*, 24-3. — *Conf.* C. C. art. 1571).

4° Le mari jouit sur les biens estimés d'un droit de disposition plein et entier; il ne doit jamais compte de la manière dont il l'a exercé.

A l'égard des biens non estimés, la règle est pareille pour les meubles, mais fort différente pour les immeubles. Car on rencontre ici le célèbre principe de l'inaliénabilité du fonds dotal (L. 21, D. *De manumissionibus*, 40-1).

Inaliénabilité du fonds dotal. — Une loi *Julia de fundo dotali,* rendue sous Auguste, défendait au mari d'aliéner, sans le consentement de la femme, l'immeuble constitué en dot. S'il fallait en croire Justinien, la même loi aurait contenu deux autres chefs, le second pour défendre au mari d'hypothéquer même avec le consentement de la femme, le troisième pour déclarer ces prohibitions inapplicables aux provinces. Mais, d'après le témoignage de Gaïus, l'application de cette loi aux fonds provinciaux faisait l'objet d'une controverse dans le droit de son temps; la loi ne s'était donc pas expliquée sur ce point. Cette erreur incontestable de Justinien le rend suspect d'en commettre une autre. Car il n'est pas certain que l'hypothèque fût connue et pratiquée dans l'Italie à l'époque de la loi Julia; en conséquence, on ne peut affirmer qu'elle l'ait interdite dans notre matière, et les jurisconsultes classiques ne mentionnent jamais cette interdiction (*Gaius*, II, 63. — *Paul* S. L. II, t. 21[b], § 2. — *Inst.*, L. II, t. VIII, *Quibus alienare licet*, pr.).

Si l'on admet que l'impossibilité d'hypothéquer le fonds dotal, même du gré de la femme, ne dérive pas de la loi Julia, il faut la rattacher, soit aux édits que rendirent Auguste et Claude à l'effet de proscrire toute obligation des femmes pour leurs maris, soit au sénatus-consulte Velléien qui leur défendit, mariées ou non, de faire une *intercessio* dans l'intérêt d'autrui. Ainsi comprise, la prohibition n'empêcherait pas la femme de consentir valablement à l'hypothèque constituée sur le fonds dotal en garantie de sa propre dette. Cette faculté serait impossible dans le système qui fait remonter la prohibition à la loi Julia; ses partisans expliquent la défense par l'idée que la femme, antipathique à toute aliénation immédiate et proprement dite du fonds dotal, ne se rendrait pas aussi bien compte des dangers plus lointains de l'hypothèque, et la permettrait trop aisément.

Il est d'ailleurs hors de doute que les trois propositions des Institutes expriment exactement la doctrine en vigueur au temps de Justinien.

L'inaliénabilité du fonds dotal dure autant que le danger dont elle est le remède, c'est-à-dire que la propriété du mari. Elle prend donc naissance au jour de la constitution de dot, et ne cesse qu'au jour de la restitution (L. 4; L. 12, pr. D. *De fundo dotali*, 23-5).

Elle ne proscrit pas seulement les aliénations volontaires ou totales, mais encore les aliénations indirectes par voie d'usucapion ou de *præscriptio longi temporis*, et les aliénations partielles au moyen d'une constitution ou d'une extinction de servitude (L. 5; L. 6; L. 16, D. *De fundo dotali*, 23-5).

Par exception, la loi Julia ne fait pas obstacle : 1° aux aliénations *per universitatem* qui englobent, en même temps que le fonds dotal, le patrimoine tout entier du mari, à la suite de sa mort, de son adrogation, de sa chute en esclavage, de sa déportation; mais le fonds passe alors tel quel au successeur universel, avec sa qualité d'inaliénable; 2° aux aliénations forcées, comme le partage demandé, non par le mari, mais contre le mari par le copropriétaire du fonds dotal, etc. (L. 1, § 1; L. 2, D. *De fundo dotali*, 23-5. — L. 2, C. *De fundo dotali*, 5-23).

§ III

Restitution de la dot.

En principe, la dot n'est pas restituable pendant le mariage, parce qu'elle doit en supporter les charges; le droit à la restitution ne peut s'ouvrir pour la femme qu'après la rupture de l'union matrimoniale. Or le mariage se dissout principalement par la mort de l'un des conjoints ou par le divorce; mais chacun de ces évènements n'a pas la même influence sur la restitution de la dot.

Règles générales. — La dot profectice se restitue à la femme quand le mariage se dissout par le divorce ou par le prédécès du mari; que si la femme meurt *in matrimonio*, la dot fait retour au père constituant, toutefois dans cette hypothèse le mari a le droit de retenir un cinquième de la *dos profectitia* par enfant, *quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum*. Enfin, si le père est mort, le mari garde toute la dot (*Ulpien*, R, t. VI, § 4. — L. 5, § 11, 12, D. *De jure dotium*, 23-3).

La dot adventice n'est restituable sans rémission qu'après le prédécès du mari. Dans l'hypothèse du divorce, le mari se trouve dispensé de la restituer, si la femme vient à mourir sans l'avoir mis en demeure. Enfin, quand le mariage est dissous par le prédécès de la femme, le mari garde la dot, à moins que le constituant n'en ait expressément stipulé la restitution ; dans cette circonstance spéciale, la dot s'appelle *receptitia*. Le même résultat, au moins dans le dernier état du droit classique, pouvait provenir d'un pacte ajouté à la constitution dotale (*pactum de reddendâ dote*) (*Ulpien*, R, t. VI, § 5, 7. — L. 1, C. *De pactis conventis*, 5-14).

Ces décisions sont faciles à justifier. Quand la femme survit à la dissolution du mariage, l'intérêt public s'accorde avec son intérêt personnel pour lui permettre le recouvrement de sa dot. Car l'esprit de la législation impériale est de favoriser les secondes noces. De là le célèbre axiome : *reipublicæ interest, mulieres salvas dotes habere, propter quas nubere possunt* (L. 2, D. *De jure dotium*, 23-3).

Le prédécès de la femme coupe court à ces considérations et laisse la dot au mari. Cependant, si c'est du père qu'elle émane, on ne suppose pas que le constituant ait voulu gratifier l'époux à ses dépens ; car, en dotant sa fille, il n'a fait qu'exécuter une obligation légale (1) ; c'est là le vrai motif de la restitution de la dot profectice. Au contraire, quand la dot est adventice, le constituant n'a pas agi sous le poids d'une dette, mais dans une intention de libéralité ; on présume donc une dispense de restitution, s'il ne renverse cette présomption en stipulant que la dot sera *receptitia* (L. 19, D. *De ritu nuptiarum*, 23-2 ; L. 6, D. *De jure dotium*, 23-3).

Exceptions. — Il y a des cas exceptionnels où la dot est restituable durant le mariage :

1° La femme peut l'exiger, lorsque le mari devient insolvable (*vergit ad inopiam*) ; il est probable qu'à l'égard de la *dos receptitia*, elle n'exerce qu'une réclamation *utilis* et provisoire (L. 24 pr., D. *Soluto matrimonio*, 24-3. — *Conf.* C. C. art. 1563).

2° Le mari est maître de faire une restitution anticipée dans certains cas particuliers et notamment pour payer les dettes de sa femme, *ut æs alienum solvat*, pour lui procurer le moyen d'acheter un fonds productif, *ut fundum idoneum emat*, pour pourvoir à son entretien et à celle de sa famille, *ut se suosque alat*, pour la racheter de capti-

(1) Cette obligation légale n'existe pas chez nous (C. C. art. 204).

vité, *ut ex hostibus redimeret*, etc. (L. 73, § 1, D. *De jure dotium*, 23-3; L. 20, D. *Soluto matrimonio*, 24-3. — *Conf.* C. C. art. 1558).

§ IV

Actions ouvertes pour la restitution de la dot.

Lorsqu'après le mariage la femme a un droit acquis à la restitution de la dot, diverses actions lui sont ouvertes tant contre les tiers que contre son mari ou ses héritiers.

Contre les tiers. — Dès que le mariage est dissous, l'aliénation de l'immeuble dotal, faite par le mari seul, est frappée de nullité. Pendant la durée du mariage, on pouvait se demander si le mari avait la faculté de revendiquer cet immeuble; c'est là une question non résolue par les textes, et qu'il convient de trancher négativement ; car la nullité de l'aliénation reste subordonnée à l'intérêt de la femme, et cet intérêt ne devient certain que par le divorce ou le prédécès du mari. Mais, une fois le mariage dissous de l'une de ces deux façons, le mari ou son héritier se trouve investi de la revendication en sa qualité de propriétaire. C'est pourtant la femme qui en doit profiter; aussi est-elle maîtresse d'en exiger la cession, et sans doute même de la tenir pour sous-entendue et d'intenter une revendication utile (L. 42, D. *De usurp. et usuc.*, 41-3. — L. 30, C. *De jure dotium*, 5-12. — *Conf.* C. C. art. 1560).

Contre le mari. — En écartant l'action *præscriptis verbis* et la *condictio ob rem dati* qui résultent de la *dos receptitia*, lorsqu'un pacte de restitution s'est trouvé adjoint à la constitution de dot, deux actions principales sont accordées pour la réclamation de la dot : l'action *rei uxoriæ*, l'action *ex stipulatu*. L'action *rei uxoriæ* est une action générale, indépendante de toute promesse de restituer, et qui tend à la reprise de la dot constituée d'une manière quelconque ; l'action *ex stipulatu* est une action contractuelle, plus avantageuse que la précédente, et qu'exerce la femme ou le constituant qui a stipulé formellement du mari la restitution de la dot.

Règles communes aux deux actions rei uxoriæ et ex stipulatu. — 1° En principe, le mari seul est passible de l'action *rei uxoriæ* ou de l'action *ex stipulatu*, qu'il ait touché la dot lui-même ou par un tiers. Si le mari est un fils de famille, c'est contre son père que la poursuite a lieu ; mais on la restreint *de peculio* ou *de in rem verso*,

dans l'hypothèse où le mari a touché la dot sans l'ordre de son père (L. 22, § 12, D. *Soluto matrimonio*, 24-3).

2° La femme *sui juris*, le fût-elle devenue depuis la constitution de dot, est admise à réclamer sa dot, soit par l'action *rei uxoriæ*, soit par l'action *ex stipulatu*, quand elle a pris part en personne à la stipulation. La femme *filiafamiliâs* elle-même jouit d'une faveur intéressante : bien que l'action en restitution appartienne à son père, il ne peut l'exercer ni toucher les valeurs dotales qu'avec le concours de sa fille, *adjectâ filiæ personâ*. C'est une dérogation remarquable aux règles de la puissance paternelle ; on l'explique par cette idée que la femme est ici la principale intéressée ; car la restitution de la dot a pour utilité capitale, dans les idées romaines, de lui faciliter un nouveau mariage (*Ulpien*, R, t. VI, § 6).

Différences entre les deux actions. — Les différences sont nombreuses entre l'action *rei uxoriæ* et l'action *ex stipulatu*.

1° La première est de bonne foi, la seconde est de droit strict. Il faut donc leur appliquer les diverses règles que nous aurons à signaler sur la distinction des *judicia bonæ fidei* et des *judicia stricti juris*. On remarque même que la formule de l'action *rei uxariæ* est la seule qui porte les mots *æquiùs meliùs*, au lieu des mots *ex fide bonâ ;* le juge y devait donner satisfaction à l'équité plus scrupuleusement encore que dans les autres actions de bonne foi (L. 6, § 2, D. *De jure dotium*, 23-3).

2° L'action *ex stipulatu* passe toujours aux héritiers de la femme qui a stipulé la restitution. Au contraire, ils ne succèdent pas à l'action *rei uxoriæ*, quand la femme prédécède *in matrimonio*, ou meurt après la dissolution du mariage sans avoir mis en demeure le mari divorcé ou l'héritier du mari. Il paraît d'ailleurs que toute personne était libre de faire cette mise en demeure, au nom de la femme (*Ulpien*, R, t. VI, § 7. — F. V. § 112).

3° Si le mari prédécédé laissait une disposition de dernière volonté au profit de sa femme, la veuve ne pouvait pas en cumuler le bénéfice avec l'exercice de l'action *rei uxoriæ ;* ainsi le voulait un édit prétorien nommé *de alterutro*. Cette option forcée ne s'appliquait pas à l'action *ex stipulatu* (L. 1, § 3, C. *De rei uxoriæ act.*, 5-13).

4° Poursuivi par l'action *ex stipulatu*, le mari doit restituer la dot quelconque immédiatement après le mariage. Poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, il jouit, pour restituer la dot de choses fongi-

bles, d'un délai de trois années, dont chacune amène l'échéance d'un tiers, *annuâ, bimâ, trimâ die* (*Ulpien*, R, t. VI, § 8).

5° Le mari est tenu de rendre toute la dot sur l'action *ex stipulatu*. Au contraire, sur l'action *rei uxoriæ*, il est libre de retenir, pour diverses causes, certaines portions de la dot. Ce sont les *retentiones propter liberos, propter mores, propter impensas, propter res donatas et propter res amotas*. Au sujet des *retentiones propter impensas*, on peut noter que les impenses nécessaires diminuaient *ipso jure* les valeurs pécuniaires de la dot, et faisaient naître, comme les impenses utiles qu'avait acceptées la femme, un droit de rétention sur les autres objets dotaux (L. 5 ; L. 8 ; L. 9, D. *De impensis in res dot.*, 25-1. — *Ulpien*, R, t. VI, § 9-17).

6° L'action *rei uxoriæ* laisse au mari le bénéfice de compétence, c'est-à-dire le droit de n'être condamné que dans la mesure de ses ressources, *in quantùm facere potest* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 38).

Innovations de Justinien. — L'action *rei uxoriæ* et l'action *ex stipulatu* sont fondues ensemble par Justinien, qui supprime la première et ne maintient que la seconde. Quels que soient le mode de dissolution du mariage et l'origine de la dot, la femme et ses héritiers peuvent toujours la redemander par une action *ex stipulatu*. En d'autres termes, la promesse de restitution est dorénavant sous-entendue entre les époux (L. 1, C. *De rei uxoriæ act.*, 5-13) (1).

L'Empereur, tout en conservant à l'action *ex stipulatu* la plupart de ses effets énergiques, lui transporte certains caractères de l'action *rei uxoriæ* qu'elle détrône ; c'est ce qui explique, sans la justifier, la place que le texte incorrect des Institutes lui attribue parmi les *judicia bonæ fidei*. Ainsi la caution *de dolo* est désormais virtuelle comme la promesse elle-même. Le mari garde le droit au bénéfice de compétence. Pour faire la restitution, il jouit d'un délai moins raisonnable que le délai classique de l'action *rei uxoriæ ;* car, au lieu de distinguer entre la dot de corps certains et la dot de quantité, Justinien veut que les immeubles soient restituables immédiatement, et les meubles après l'année. A tout autre point de vue, on applique les principes de l'ancienne action

(1) Cette faveur ne s'étend pas au constituant autre que la femme ; il continue à n'avoir l'action *ex stipulatu* ou *prescriptis verbis* qu'en vertu d'une stipulation expresse ou d'un pacte formel.

ex stipulatu (L. 19, C. *De rei uxoriæ act.*, 5-13. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 29. — *Conf.* C. C. art. 1564, 1565).

Non content de sous-entendre au profit de la femme une promesse de restituer la dot, Justinien sous-entend de même, au profit du mari, une promesse de la payer. Pour assurer le payement au mari et la restitution à la femme, il les Investit l'un et l'autre d'une hypothèque légale. Cette décision est de l'année 530 ; cette hypothèque remplaça le *privilegium dotis* que le droit classique accordait à la femme pour lui permettre de primer les créanciers chirographaires de son mari (L. 1, C, *De rei uxoriæ act.*, 5-13. — *Conf.* C. C. art. 2121, 2135).

L'année suivante, Justinien se laissa extorquer par des intrigues de palais une disposition moins heureuse que les précédentes. Il décida que l'hypothèque légale de la femme serait privilégiée ; autrement dit, la femme fut admise à se payer de sa dot sur les biens du mari avant tous autres créanciers, même investis d'hypothèques antérieures au mariage. Cette exorbitante prérogative ne s'attache qu'à la réclamation intentée par la femme elle-même ou par les enfants du premier lit, au cas de nouveau mariage de leur père (Célèbre loi *Arsiduis*, L. 12, C. *Qui potiores in pignore*, 8-18. — *Contrà*, C. C. art. 1572).

L'hypothèque de la femme ne fait pas d'ailleurs double emploi avec le droit que Justinien lui avait déjà reconnu, dès l'année 529, de revendiquer après le mariage les choses apportées en dot, sans distinction entre les meubles et les immeubles, entre les biens estimés et les biens non estimés. Car cette revendication ne s'exerce qu'à l'égard des objets dotaux qui se trouvent encore dans le patrimoine du mari ; elle a pour but, non d'évincer des tiers acquéreurs, mais d'épargner à la femme le concours des créanciers de son conjoint sur les valeurs dotales qui restent aux mains de ce dernier. L'action hypothécaire est donc utile à la femme pour atteindre ce que le mari a valablement aliéné (L. 30, C. *De jure dotium*, 5-12).

§ V

De la donation propter nuptias.

La donation *propter nuptias* est une donation particulière qui a été organisée en l'année 449 de notre ère pour servir de pendant à la dot ; aussi l'appelle-t-on contre-dot.

1° Cette sorte de donation est constituée à la femme, quelquefois par un tiers, le plus souvent par le mari lui-même. Comme la dot, elle est subordonnée à la réalisation du mariage. Mais, à la différence de la dot, on ne put d'abord la créer ni l'augmenter après la célébration du mariage; aussi l'appelait-on donation *ante nuptias*. Justin permit de l'augmenter, Justinien de la créer pendant le mariage, et ce dernier empereur lui donna dès lors le nom qu'elle a gardé (*Inst.*, L. II, t. VII, *De donationibus*, § 3).

2° La donation *propter nuptias* demeure au pouvoir du mari pendant toute la durée du mariage. Après la dissolution, la femme y a droit, dans les mêmes circonstances qui autoriseraient le mari lui-même à retenir la dot. L'insolvabilité du mari donne exceptionnellement à la femme la faculté d'exiger la délivrance immédiate de la donation, comme la restitution hâtive de la dot (L. 29, C. *De jure dotium*, 5-12. — L. 8, § 2, C. *De repudiis*, 5-17).

3° La donation *propter nuptias* et la dot sont également déclarées par Justinien inaliénables entre les mains de la femme, jusqu'à la dissolution, lorsqu'elle a pu les réclamer *durante matrimonio* (L. 19, C. *De donat. ante nuptias*, 5-3).

4° La donation *propter nuptias* suppose essentiellement l'existence d'une dot; ce n'est là qu'une conséquence des principes précédents (L. 20, C. *De donat. ante nuptias*, 5-3).

DEUXIÈME DIVISION

OBLIGATIONS (1).

C'est dans la théorie des obligations ou droits de créance qu'on voit apparaître les plus étroites affinités entre la loi romaine et la loi française. Car un certain nombre de relations, nées des plus élémentaires besoins sociaux, se retrouvent chez tous les peuples et dans tous les temps. Si donc une législation parvient à formuler les vrais principes de ces rapports nécessaires, les autres législa-

(1) Les étudiants de première année laisseront de côté cette deuxième division, pour arriver immédiatement à la matière des testaments (voir la table).

tions n'ont plus qu'à la copier, en l'adaptant à leur époque par des réformes de détail.

Ainsi est-il arrivé des obligations et de notre Code civil ; depuis l'article 1101 jusqu'à l'article 1386, ou y rencontre peu de règles qui ne procèdent du droit romain. Nous aurons sans doute à constater un grand nombre de divergences entre les vieux principes du droit romain et nos principes modernes, principalement à l'égard des effets du simple consentement ; car les génies différents des deux nations ne pouvaient donner des fruits absolument identiques. Mais il n'en est pas moins vrai que, vue d'ensemble, la vaste matière des obligations ne saurait inspirer, même en notre siècle, de meilleurs commentaires que les écrits des jurisconsultes du Digeste.

CHAPITRE XIV

CARACTÈRES ESSENTIELS, DIVISIONS ET SOURCES DES OBLIGATIONS.

(*Inst.*, L. III, t. XIII, *De obligationibus.*)

Les premiers Romains ne connaissaient pas le mot *obligatio ;* il ne paraît pas usité dans les monuments de leur jurisprudence antique. Pour exprimer la même idée, on recourait au terme plus énergique encore de *nexus ;* il en reste un témoignage célèbre : *si quis nexum faciet, uti lingua nuncupassit, ità jus esto,* disaient les décemvirs dans un langage d'airain comme leurs Tables. Il est d'ailleurs évident que les deux locutions dérivent de la même idée métaphorique de *nœud* (*nectere, ob ligare*). L'expression de *nexus* ne survécut pas aux vieilles dettes rigoureuses qu'elle désignait, et fut remplacée par *obligatio* dans la langue technique du droit.

L'obligation est un lien juridique. Les Institutes la définissent *juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura* (*Inst.*, L. III, t. XIII., *De oblig. pr.*). On voit par là que toute obligation implique nécessairement deux sujets et un objet.

Sujets de l'obligation. — Une obligation suppose d'abord deux personnes unies entre elles par un lien de droit, un sujet actif et un sujet passif, un débiteur, *debitor*, *reus*, et un créancier, *creditor*. L'obligation se présente toujours sous cette double face, dette par

un côté, créance par l'autre ; le mot *obligatio* désigne parfois l'ensemble des deux situations, parfois la situation spéciale du créancier, mais le plus souvent la situation spéciale du débiteur, si bien qu'obligation est à peu près synonyme de dette. De ce principe, qu'il n'y a pas d'obligation sans un créancier et un débiteur, les Romains ont tiré des conséquences importantes et rigoureuses, qui nous arrêteront plus loin.

Objet de l'obligation. — Outre le sujet actif et le sujet passif, l'existence d'une obligation implique et nécessite également un objet, c'est-à-dire un service à rendre per le débiteur au créancier, une *res solvenda* dans la langue du droit romain, une *prestation* dans la langue du droit français. Suivant la marche des jurisconsultes classiques et de Justinien, c'est à propos des contrats que nous préciserons les diverses conditions requises dans l'objet d'une obligation, et dont le défaut la frapperait de nullité. Contentons-nous maintenant de poser en règle absolue que cet objet doit être naturellement et légalement possible, offrir pour le créancier un intérêt juridiquement appréciable, et se trouver mis désormais au-dessus de l'arbitraire des contractants par un détermination actuelle ou préparée. Moyennant ces qualités primordiales, la *res solvenda* peut être de natures très diverses ; il ne saurait entrer dans l'esprit de personne d'énumérer les innombrables combinaisons de services prévus entre débiteurs et créanciers. Les jurisconsultes romains ramènent tous les objets possibles d'une obligation à trois catégories principales. *Obligationum substantia*, dit Paul, *in eo consistit ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.* L'obligation a pour objet un *dare*, quand le débiteur doit au créancier la constitution d'un droit réel, propriété, usufruit, servitudes. Elle a pour objet un *facere*, lorsque le débiteur doit accomplir certains faits ou s'abstenir de certains actes déterminés ; l'obligation de *facere* embrasse aussi bien les faits actifs que les faits négatifs. Enfin l'obligation a pour objet un *præstare* quand le débiteur doit procurer au créancier la possession ou la jouissance d'une chose ou d'un droit sans transférer ni propriété ni droit réel. On verra que cette division des obligations considérées dans leur objet offre un certain intérêt pratique, notamment au point de vue du paiement et de la procédure (L. 3, pr. D. *De oblig. et act.*, 44-7. — *Conf.* C. C. art. 1101).

Caractères de l'obligation. — De ces éléments, *sujet actif*,

sujet passif, *objet*, résulte l'obligation. On peut donc la définir un rapport juridique entre deux personnes, dont l'une est tenue de rendre à l'autre un service déterminé, possible et pécuniairement appréciable.

1° D'après cette définition, le service à rendre par le débiteur consiste de toute nécessité dans un acte que le droit commun n'impose pas, ou dans l'abstention d'un fait que permet le droit commun.

2° En outre, puisque ce même service est susceptible d'estimation, une obligation quelconque modifie le patrimoine du créancier en l'augmentant, du débiteur en le diminuant ; elle se trouve dès lors comprise dans toute acquisition *per universitatem*, c'est-à-dire dans toute succession à l'ensemble ou à une quote-part de l'un ou de l'autre de ces deux patrimoines.

3° Enfin l'obligation, une fois constituée, est perpétuelle, à ce double point de vue que ni le débiteur, ni dans la loi romaine, le créancier lui-même, ou les deux parties d'accord, ne peuvent à titre particulier se substituer personne dans leur qualité, et que nul laps de temps ne la leur enlève. Car le temps n'a pas de prise sur un rapport juridique, c'est-à-dire abstrait, et tout changement de l'un des termes constitutifs du rapport le ferait disparaître dans son entier (1).

Divisions des obligations. — Les obligations peuvent comporter trois grandes divisions, l'une se tire de leur efficacité, la seconde résulte de la source de droit qui les sanctionne, la troisième dérive de la nature du fait juridique qui leur donne naissance.

Première division. — Quand on considère les obligations au point de vue de leur efficacité pratique, on les divise en obligations *civiles* et en obligations *naturelles*.

Les obligations *civiles* sont celles qui aboutissent à une action, c'est-à-dire qui permettent au créancier d'en poursuivre l'exercice devant l'autorité judiciaire et d'en obtenir l'exécution forcée à l'encontre du débiteur ; ce sont les plus nombreuses et les plus importantes. Les obligations *naturelles* sont au contraire celles qui, tout en produisant certains effets reconnus par la loi, ne sont pas munies

(1) Ce caractère de perpétuité ainsi attribué aux obligations a fait conclure que, d'une part, les obligations devaient être *incessibles* à titre particulier et que, d'autre part, le terme résolutoire devait être considéré comme nul et non avenu aux yeux du droit civil.

d'une action; nous en étudierons plus tard l'intéressante théorie.

Deuxième division. — Mais l'action elle-même, qui est le signe et l'essence des obligations civiles, s'y trouve attachée le plus souvent par une loi proprement dite ou par une autorité de force équivalente comme un sénatus-consulte ou une constitution impériale, d'autres fois par l'édit des magistrats. Les obligations civiles se subdivisent donc au point de vue de la source du droit qui les a sanctionnées ; les premières gardent le nom de civiles par excellence, les secondes s'appellent honoraires ou moins exactement prétoriennes. En les qualifiant de *honorariæ*, on veut dire qu'elles émanent des magistrats *qui constituti sunt in honore ;* en les qualifiant de *prætoriæ*, on veut dire qu'en cette matière, l'Édit des préteurs fut le plus fécond. Justinien fait probablement allusion à cette dualité d'origine par les mots *nostræ civitatis jura* qui figurent dans la définition qu'il nous donne de l'obligation (*Inst.* L. III, t. XIII, *De oblig.* § 1).

Troisième division. — Enfin les obligations civiles ou honoraires tirent leur existence de différentes causes ou circonstances, dont le nombre et les caractères ne sont pas constatés dans les textes avec toute la précision désirable (1). Gaïus les réduit à deux, le contrat (*contractus*) et le délit (*delictum*) ; ailleurs il en signale qui ne sont ni des contrats ni des délits, mais qui ne manquent pas d'une certaine ressemblance avec ceux-ci ou ceux-là et qu'il appelle des *variæ causarum figuræ* (*Gaius*, III, 88. — L. 1, L. 5, *De oblig. et act.* 44-7). Il ne distinguait donc, en définitive, que deux causes principales et deux grandes classes d'obligations, où venaient impropre-ment s'en ranger d'autres, dérivées de faits à peu près analogues. Justinien lui emprunte cette division : *aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio* (*Inst.* L. III, t. XIII. *De oblig.* § 2). Dans le langage moins exact, mais plus net, de la science moderne, nous reconnaîtrons quatre grandes causes d'obligations : le *contrat*, le *quasi-contrat*, le *délit*, le *quasi-délit*. Les deux premières rattachent la naissance du droit à un fait licite, les deux dernières à un fait illicite.

Outre ces quatre causes d'obligations, on peut en cinquième lieu signaler la *loi*, créatrice unique et directe de quelques dettes spécia-

(1) Modestin, dans une classification d'ailleurs très obscure et qui n'a rien de scientifique, rattache les obligations à huit sources différentes : *obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato.* (L. 52, D. *De oblig. et act.* 44-7).

les, par exemple, de la dette alimentaire entre certaines personnes, de la nécessité de payer l'impôt, de l'obligation qui pèse sur le père de doter ses enfants, etc.

CHAPITRE XV

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES CONTRATS.

Les contrats, œuvre volontaire et commune du créancier et du débiteur, constituent la source la plus habituelle et la plus féconde des obligations.

Tout contrat suppose une convention ; mais toute convention ne constitue pas un contrat.

La convention est le résultat du concours de deux ou plusieurs volontés sur un même objet, *in idem placitum consensus*. La convention est-elle munie d'une action par le droit civil ? on doit l'appeler contrat. Est-elle, au contraire, dépourvue de cette sanction ? on doit l'appeler pacte. Le *contractus* et le *pactum* sont les deux espèces d'un même genre, la *conventio ;* mais le *contractus* a sur le *pactum* l'avantage d'engendrer une action. Le contrat peut donc se définir : une convention formellement consacrée par le droit civil et pourvue d'une action (L. 1, § 3; L. 7, *pr*. § 1, D. *De pactis*, 2-14. — *Conf.* C. C. art. 1101, 1134) (1).

§ I

Éléments des contrats.

Dans tout contrat, on rencontre ou l'on peut rencontrer trois sortes d'éléments : accidentels, naturels, essentiels.

Éléments accidentels. — Les éléments accidentels d'un contrat sont les circonstances que les parties y introduisent librement pour en modifier la durée ou les effets, mais qu'on n'y sous-entend pas ; telles sont en général les modalités, comme le terme, la condition, etc. Papinien les nomme *adminicula* (L. 72, D. *De contr. empt.* 18-1).

(1) Un texte célèbre d'Ulpien établit très clairement cette distinction entre la convention et le contrat : *Juris gentium conventiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones, quæ actiones pariunt, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus* (L. 7, *pr*. § 1, D. *De pactis*, 2-14).

Éléments naturels. — Les éléments naturels d'un contrat sont les circonstances qui l'accompagnent d'ordinaire et qu'on y sous-entend, mais que les parties ont le droit d'en retrancher par une clause expresse; telle est, par exemple, la garantie dans la vente, etc.

Éléments essentiels. — Les éléments essentiels d'un contrat sont les circonstances indispensables à sa formatiom, et sans lesquelles il n'existe pas. Ce sont le consentement, la capacité, l'objet et la cause (*causa*) (*Conf.* C. C. art. 1103).

Consentement. — Le consentement est l'accord réciproque des volontés; il n'y a de contrat que si deux ou plusieurs personnes s'entendent pour contracter ensemble, à titre de créancier et de débiteur (L. 1, § 3, D. *De pactis*, 2-14; L. 137, § 1, D. *De verb. oblig.* 45-1). Une promesse purement unilatérale, c'est-à-dire non acceptée par une volonté qui s'accorde avec la volonté de son auteur, ne constitue pas un contrat, et forme ce qu'on appelle dans la langue technique une simple *pollicitatio* (1). Il nous faudra rechercher en quel cas le consentement fait absolument défaut, en quel cas il n'est qu'imparfait ou vicié, et de quel poids il pèse alors dans la balance du droit.

Capacité. — La capacité est l'aptitude juridique à contracter. On conçoit *à priori* que la loi, souveraine appréciatrice de la valeur des actes privés, peut refuser à certaines personnes, dans leur intérêt ou dans l'intérêt d'autrui, la faculté de figurer efficacement soit dans tous les contrats en général soit dans tel contrat déterminé. En thèse générale, la capacité est exigée plus rigoureusement dans celle des parties qui joue le rôle de débiteur que dans celle qui joue le rôle de créancier. Le tableau des incapables sera facile à tracer (*Infrà*, p. 268 et s.).

Objet. — L'objet du contrat n'est au fond et en réalité que l'obligation qui en dérive. Mais l'obligation elle-même ne saurait exister sans un objet, c'est-à-dire sans une prestation due par le débiteur au créancier, sans une *res solvenda*. De là vient qu'en omettant l'idée intermédiaire, on entend par objet du contrat ce qui est théoriquement l'objet de l'obligation, en un mot, la prestation due, la

(1) La *pollicitatio*, c'est-à-dire *solius offerentis promissio*, n'est pas obligatoire tant qu'elle n'a pas été acceptée par la partie à qui elle s'adresse; par exception, cependant, le droit romain considère comme juridiquement efficace la *pollicitatio* qui s'adresse à l'État, aux cités et aux divinités (L. 2; L. 3, *pr.*; L. 7, *D. De pollicitat.* 50-12).

res solvenda. On connaît déjà les qualités ou caractères indispensables à l'objet de l'obligation ou du contrat, les difficultés de détail surgiront en leur temps.

Cause. — Ces trois premiers éléments essentiels du contrat sont les mêmes dans le droit romain et dans le droit français. Mais le quatrième, bien que nommé du nom de cause par les deux législations, y relève de principes absolument opposés. Chez nous, la cause du contrat est sa *cause finale*, c'est-à-dire le but juridique qu'a voulu attendre l'auteur de la promesse. A Rome, la cause du contrat (*causa civilis*) est sa *cause efficiente*, c'est-à-dire un fait extérieur et juridique qui accompagne la convention et qui la rend obligatoire. Supposons par exemple que Seius contracte envers Titius, dans la forme écrite ou verbale, l'obligation de lui rendre une somme d'argent qu'il va lui emprunter, et qu'après l'accomplissement de ces solennités constitutives du contrat, Titius refuse à Seius de lui compter les espèces ; alors va se révéler avec éclat la différence du droit romain et de notre droit actuel. En pareille hypothèse, le contrat français serait nul, faute de cause, parce que l'engagement du débiteur n'a pas atteint son but juridique, c'est-à-dire le versement de la somme. Au contraire, le contrat romain sera valable, parce que l'engagement de Seius repose sur une cause, c'est-à-dire sur le fait extérieur et légalement efficace des *litteræ* ou des *verba*. Si telle est la rigueur de l'antique théorie civile, on verra que l'équité du préteur et des jurisconsultes sut la tempérer dans la pratique (*Conf*. C. C. art. 1131, 1132, 1133).

Par la réunion de ces quatre éléments essentiels, consentement, capacité, objet et cause, le contrat est formé *in genere*. Mais à quelle classe de contrats appartient-il? de quel nom faut-il le nommer? On fait sortir ces notions plus intimes de l'examen d'autres éléments essentiels qui sont particuliers à chaque contrat, et qui en déterminent l'individualité.

§ II

Divisions des contrats.

Les contrats sont susceptibles de plusieurs divisions, qu'on ne retrouve pas toutes dans les textes, mais dont le germe s'y rencontre forcément ; car il en est qui tiennent à la nature des choses.

1° *A titre onéreux ou gratuit*. — Au point de vue du motif déter-

minant, les contrats sont *à titre gratuit*, quand le motif qui a décidé les parties à conclure est une libéralité que l'une veut faire à l'autre; ils sont *à titre onéreux*, quand les parties s'obligent en vue d'un équivalent reçu ou à recevoir. Cette distinction est importante dans la pratique, parce qu'il y a des personnes capables de contracter entre elles à titre onéreux, mais non à titre gratuit; tels sont, par exemple, les époux.

Les contrats à titre onéreux se subdivisent en *commutatifs* et *aléatoires*, selon que l'équivalent consiste dans une valeur certaine ou dans une chance éventuelle, *alea* (L. 8, § 1, D. *De contr. empt.* 18-1 — *Conf.* C. C. art. 1104, 1105, 1106).

2° *Unilatéraux ou synallagmatiques.* — Au point de vue de la simplicité ou de la multiplicité des rapports de droit engendrés, les contrats sont *unilatéraux* quand ils n'obligent que l'une des parties, *bilatéraux* ou *synallagmatiques* quand ils les obligent l'une et l'autre. Juridiquement et doctrinalement, la division devrait en rester là. Mais on subdivise pourtant les contrats bilatéraux; on les appelle *synallagmatiques parfaits* dans les contrats où les deux parties sont obligées ensemble dès le début comme dans la vente ou le louage et *synallagmatiques imparfaits* dans les cas où l'une des parties est seule obligée à l'origine, sauf que l'autre peut le devenir aussi dans la suite, comme dans le dépôt ou le mandat (*Conf.* C. C. art. 1102, 1103).

3° *Nommés ou innommés.* — Au point de vue des qualifications qu'on leur applique, les contrats sont *nommés*, quand ils ont reçu pour ainsi dire un baptême juridique, une désignation individuelle; l'action qui en dérive a d'habitude le même nom; ainsi les contrats de vente, *emptio*, *venditio*, de commodat, *commodatum*, engendrent les actions *empti*, *venditi*, *commodati*, etc. Sont au contraire *innommés* les contrats qui n'ont pas une appellation propre. Mulliples et divers comme les exigences et les besoins de la vie sociale, ils comprennent toutes les conventions non prévues dans la loi, mais révélées par un fait d'exécution qui en devient la cause obligatoire; ils engendrent tous une même action générale et commune, qu'il faudra plus tard étudier sous le titre d'*actio ex præscriptis verbis* (*Conf.* C. C. art. 1107).

Ces trois premières divisions des contrats se retrouvent nécessairement dans toutes les législations; mais les deux suivantes présentent des caractères plus arbitraires, aussi sont-elles propres à la législation romaine.

4° *De droit strict ou de bonne foi*. — Au point de vue des pouvoirs du juge appelé à les sanctionner, les contrats sont de droit strict, *stricti juris*, quand il doit en appliquer rigoureusement la lettre; ils sont de bonne foi, *bonæ fidei*, quand il peut suppléer aux omissions des parties *ex æquo et bono*, en s'inspirant de l'équité, des usages locaux, des circonstances et de l'intention des contractants. Tous les contrats unilatéraux sont de droit strict; tous les contrats synallagmatiques parfaits ou imparfaits sont de bonne foi (1).

5° *Verbaux, littéraux, réels ou consensuels*. — Au point de vue de la *causa* ou fait générateur de l'action, les contrats sont verbaux, littéraux, réels ou consensuels (*Inst*. L. III, t. XIII, *De oblig*. § 2, *in fine*. — *Gaïus*, III, 89).

Les contrats verbaux et littéraux ont pour caractère commun de reposer sur un fondement artificiel. Ils se forment, en effet, les premiers *verbis*, c'est-à-dire par certaines paroles, les seconds *litteris*, c'est-à-dire par des écritures déterminées. Ces solennités arbitraires, une fois adjointes aux trois conditions préalables du consentement, de la capacité et de l'objet, produisent le *vinculum juris*, sans qu'on ait à rechercher si le débiteur obtient ou non l'avantage qu'il poursuivait en s'engageant. Bref l'obligation y naît d'une forme légale; la cause y est factice et s'appelle pour ce motif *causa civilis*. Ces deux espèces de contrats ont une physionomie essentiellement romaine, et doivent à ce titre précéder les autres dans notre étude.

Les contrats réels n'encourent pas la même critique. Ils se forment *re*, c'est-à-dire par une tradition ou livraison qui oblige l'*accipiens* à une restitution; rien de plus équitable ni de plus rationnel. Si l'on donne encore le nom de *causa civilis* à ce fait générateur de l'action, c'est uniquement pour exprimer que la loi accepte et consacre le résultat de la volonté des parties et de la remise effectuée. La *causa* des contrats réels pourrait donc s'appeler *naturalis* aussi bien que *civilis*.

Les contrats consensuels offrent enfin un caractère bien tranché. Seuls entre tous les contrats romains, ils n'ont pas besoin d'une *causa civilis*, d'un fait extérieur qui vienne s'ajouter aux trois

(1) Le Code civil proclame que toutes les conventions doivent s'exécuter de bonne foi (art. 1134). Il ne serait pas impossible cependant de retrouver dans notre législation quelques traces, fort affaiblies sans doute mais encore sensibles, de l'ancienne classe des contrats de droit strict (Voir C. C. art. 1153, 1514, 2015).

conditions générales du consentement, de l'objet et de la capacité. Pour parler plus net, le simple accord de parties capables sur l'objet et les clauses essentielles de ces contrats suffit à leur donner existence et vigueur. C'est en ce sens qu'ils se forment *solo consensu;* de là leur nom de consensuels. Ces contrats sont : la vente, le louage, la société, le mandat, c'est-à-dire les plus importants et les plus usuels de tous (1). En raison même de leur fréquent emploi, on ne pouvait les soumettre à la gênante nécessité d'une forme précise, d'un cadre déterminé, d'une *causa civilis*.

La conséquence générale de cette célèbre division est facile à poser. Les contrats verbaux et littéraux, frères par la naissance et par les effets, constituent la grande classe des contrats solennels, dont la *causa civilis* est artificielle; les contrats réels, dont la *causa civilis* n'a rien d'arbitraire, et les contrats consensuels, dispensés de toute *causa civilis*, forment au contraire la classe des contrats non solennels. Cette large classification se retrouve, sinon dans la lettre de la loi romaine, au moins dans son esprit.

La nécessité de *verba* ou de *litteræ* dans les contrats solennels a valu de nos jours, aux législateurs de Rome, bien des accusations de formalisme et de matérialisme, mais il n'est pas impossible de les en défendre. Qu'on se reporte aux vieilles époques des Douze Tables et de la République; l'écriture est alors peu répandue, et les documents en sont rares; la preuve écrite des contrats, si facile et si rapide aujeurd'hui, ne pouvait être que l'exception pour les contemporains de Camille et de Fabricius. De là mille embarras et mille difficultés, lorsqu'un créancier voulait, après un délai plus ou moins long, établir son droit contre un débiteur récalcitrant. Pour obvier à ces inconvénients, il fallut user d'un moyen énergique et couper le mal par la racine.

On y parvint en subordonnant la formation du contrat à l'accomplissement d'un acte matériel, d'un fait extérieur et sensible, susceptible par conséquent de frapper les sens et de rester dans la mémoire des témoins. En d'autres termes, on exigea que le contrat portât sa preuve en lui-même; le fond releva de la forme, et la loi n'attacha la force obligatoire qu'à l'accord de volontés revêtu d'apparences assez précises pour ne laisser aucun doute. Les contrats réels, dont la nature même suppose essentiellement l'acte matériel,

(1) Il faut y ajouter le contrat emphytéotique depuis Zénon (*Inst.* L. III, t.XXIV, *De loc. et cond.* § 3).

le fait extérieur de la tradition, et les contrats consensuels, dont l'usage quotidien répugnait à l'exigence d'une cérémonie ou solennité quelconque, furent seuls dispensés de la *causa civilis* artificielle qu'on imposait aux autres contrats. Il n'y a rien que de naturel et de plausible dans cette conjecture.

CONTRATS VERBAUX

CHAPITRE XVI

FORMES ET CONSÉQUENCES GÉNÉRALES DE LA STIPULATION.

(*Inst.* L. III, t. XV, *De verb. obligatione.*)

Les contrats verbaux et littéraux, en leur qualité de contrats solennels, s'offrent tout d'abord à l'explication. L'importance supérieure des contrats verbaux les place logiquement en première ligne.

Le principal des contrats *verbaux* est la stipulation ; les autres sont la *dotis dictio* et la *jurata promissio liberti ;* il en sera parlé plus loin.

La stipulation présente en droit romain une importance toute particulière ; elle est moins en effet une convention spéciale, distincte, individualisée par le motif et le but, qu'une enveloppe susceptible de fortifier toute convention licite. Tandis que les autres contrats, vente, louage, gage, prêt, etc., répondent tous à des besoins déterminés et produisent chacun son effet propre, la stipulation n'est qu'un procédé général et commode pour contracter, une formule destinée à créer un engagement juridique. On a pu la définir avec justesse un moule à obligations.

On recouvrait de cette forme souple et flexible, tantôt de simples conventions par elles-mêmes inefficaces et qu'on élevait par ce moyen au rang de contrats, tantôt des contrats déjà valables dont l'exécution devenait ainsi plus facile et plus certaine, tantôt des engagements quelconques et préexistants qu'il s'agissait de transformer, c'est-à-dire de nover. C'est en raison de cette singulière mulliplicité d'usages que les jurisconsultes prirent l'habitude, suivie par Justinien dans les Institutes, de poser à propos de la stipulation la plupart des grandes règles qui dominent toute la théorie des obligations contractuelles. Il y a donc avantage à

commencer par cet important contrat verbal qui sert de type et de point de comparaison pour tous les autres contrats.

Formes de la stipulation. — Une question préalable du créancier, une réponse conforme du débiteur, c'est là tout le mécanisme de la stipulation. Question et réponse doivent avoir lieu dans cet ordre ; si les rôles étaient intervertis, et que le débiteur prît l'initiative, le créancier aurait beau adhérer, le contrat ne se formerait pas. Le terme général de stipulation désigne souvent l'opération tout entière ; mais on donne dans un sens plus restreint le nom de *stipulatio* à la question préalable du créancier, et le nom de *promissio* à la réponse conforme du débiteur. Aussi *stipulari* signifie-t-il acquérir une créance, et *promittere*, contracter une dette (*Gaïus*, III, 92, — L. 1, § 1 ; L. 5, § 1, D. *De verb. oblig.* 45-1. — *Inst.* L. III, t. XV, *De verb. oblig. pr.*).

Les contractants sont-ils au moins libres d'employer des paroles quelconques ? On peut conjecturer, d'après un texte de Paul, que des locutions solennelles et sacramentelles furent nécessaires dans le droit primitif ; les Institutes donnent des exemples de ces anciennes formules : *spondes? spondeo ; promittis? promitto ; fidepromittis? fidepromitto ; fidejubes? fidejubeo ; dabis? dabo ; facies? faciam* (*Paul*, S. L. V, t. VII, § 1. — *Gaïus*, III, 92. — *Inst.* L. III, t. XV, *De verb. oblig.* § 1).

Déjà, les jurisconsultes classiques permettaient aux contractants de traduire dans une autre langue ces expressions latines. Gaïus, à la vérité, ne parle que du grec, et l'extension de ce privilège à d'autres langues, mal connues et d'ailleurs dédaignées des Romains, paraissait douteuse au novateur Ulpien lui-même, dans le troisième siècle de notre ère. Mais le besoin triompha, à la longue, des traditions les plus rebelles, et l'on dut finir par admettre dans la stipulation l'emploi d'une langue quelconque. La question et la réponse purent même se faire en deux langues différentes, pourvu que les parties se comprissent réciproquement. En d'autres termes, l'accord ne fut plus exigé dans le langage, mais seulement dans l'intelligence des mots. La seule formule *spondesne spondeo ?* resta propre aux citoyens romains, jusqu'au jour où l'empereur Léon, en 469, consomma l'œuvre du temps et supprima toute solennité de paroles, *solemnitate verborum sublata.* Dès cette époque, par conséquent sous Justinien, la stipulation résulte de la question et de la réponse exprimées dans une forme quelconque (*Gaïus*, III, 93, L. 1, § 6, *De*

verb. oblig. 45-1. — L. 10, C. *De contr. et com. stip.* 8-38. — *Inst.* L. III, t. XV, *De verb. oblig.* § 1).

Mais elle ne cesse point pour cela d'être un contrat verbal, toujours distinct des autres sources d'obligations ; la preuve en est que Justinien la déclare encore impossible entre absents et inaccessible aux muets et aux sourds (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 7-12).

Conséquences générales de la stipulation. — Par son mécanisme, la stipulation est un contrat unilatéral ; car elle ne produit qu'une obligation ; le *stipulator* devient créancier, et le *promissor* devient débiteur. Si deux personnes veulent s'obliger réciproquement, *ultrò citròque*, elles n'ont qu'à faire deux stipulations successives, en intervertissant dans la seconde les rôles joués dans la première ; mais il y aura là deux opérations distinctes et sans aucune liaison entre elles.

La stipulation, contrat unilatéral, est par conséquent de droit strict ; elle n'engendre qu'une action, de droit strict comme elle, et qui s'appelle *condictio* de son nom générique. Mais cette action unique peut se présenter sous deux aspects différents ; c'est là tout ce que veut exprimer Justinien, en disant que de la stipulation *duæ proficiscuntur actiones*. En effet, une *stipulatio certa* donne naissance à la *condictio certi ;* une *stipulatio incerta* donne naissance à la *condictio incerti,* qu'on appelle plus habituellement *actio ex stipulatu.* L'intérêt pratique de cette subdivision ne manque pas de gravité ; car on verra plus tard, au cours de la théorie des actions, que la différence des formules de la *condictio certi* et de la *condictio incerti* aboutit à rendre possible dans la première le danger éminemment romain de la *plus petitio,* qui est impossible dans la seconde (*Inst.* L. III, t. XV, *De verb. oblig. pr*).

Il n'est donc pas inutile de préciser dès à présent le *criterium* des stipulations certaines ou incertaines. Sont d'abord et nécessairement incertaines toutes les stipulations qui tendent, soit *ad faciendum vel non faciendum*, soit *ad præstandum*, ou plus simplement qui ne tendent pas *ad dandum.* Quant aux stipulations *ad dandum*, elles sont certaines lorsque l'objet promis au créancier par le débiteur est déterminé dans son individualité, *in specie*, *in individuo ;* lorsque les termes du contrat permettent d'établir d'une manière précise la nature, la qualité et la quantité de l'objet dû. *Certum est quod ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale, quantumque sit debitum* (L. 74, D. *De verb. oblig.* 45-1). Par exemple, Titius promet à Seius la

propriété de l'esclave Stichus, du cheval blanc qu'il a dans son écurie, du fonds Cornélien, ou de cent amphores du meilleur vin de Campanie, etc. Dans tout autre cas, la stipulation même d'un *dare* est incertaine ; par exemple, Titius promet à Seius la propriété d'un esclave apte à jouer la comédie, d'une bête de somme propre au labour, de cent amphores de vin, d'un fonds en Italie, etc. C'est qu'en ces diverses hypothèses, alors que l'objet promis consiste dans un fait positif ou négatif, dans une jouissance, dans la translation d'une chose indéterminée par quelque côté, la *res solvenda* n'est pas absolument et totalement connue à l'avance ; l'énoncé du contrat ne suffit pas à la préciser, elle n'est donc pas *certa* (L. 75, § 23,4, D. *De verb. oblig.* 45-1).

Si la *datio* promise par le débiteur ne tend pas à la translation de la propriété, mais à la constitution d'un de ses démembrements comme d'une servitude prédiale ou d'un usufruit, certains jurisconsultes y voient toujours une stipulation incertaine ; d'autres l'assimilent à la *datio* de la propriété, sous les mêmes distinctions. Ce point de doctrine reste obscur et douteux, si bien que les deux thèses paraissent défendues par Ulpien (L. 75, § 3, D. *De verb. oblig.* 45-1 ; L. 1, D. *De cond. tritic.* 13-3).

CHAPITRE XVII

ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE LA STIPULATION. — CONTRATS INUTILES.

(*Inst.* L. III, t. XIX; *De inut. stipul.*)

Dans la langue juridique des Romains on entend par *stipulatio utilis* la stipulation efficace, parce qu'elle est conforme aux principes du droit civil ou prétorien, et par *stipulatio inutilis* celle que le droit civil ou prétorien refuse de sanctionner. Traiter avec Justinien des stipulations inutiles, c'est donc approfondir les éléments essentiels à leur existence d'après le droit civil, à leur validité d'après le droit prétorien.

On distingue, par conséquent, deux degrés de nullité des stipulations. Poursuivi en exécution d'une promesse contraire au droit civil, le promettant sera absous *ipso jure* et sans le secours d'aucune exception; poursuivi en exécution d'une promesse contraire seulement au droit prétorien, le promettant serait condamné, si

le préteur n'intervenait par une exception qui paralyse l'action. Les nullités prétoriennes ne font pas l'objet d'une étude spéciale et directe dans les Institutes; aussi paraît-il nécessaire de les rapprocher des règles civiles qu'elles affectent.

On n'a pas oublié que la stipulation est plutôt une manière de s'obliger qu'un contrat proprement dit, et que Justinien, à l'exemple des jurisconsultes, y rattache d'habitude l'exposé des théories générales. Or, parmi les éléments essentiels des contrats, il n'en est qu'un dont la nature suppose des conditions particulières et distinctes : c'est la *causa civilis*, c'est-à-dire la forme exigée pour donner naissance à l'action ; elle consiste suivant les cas dans la *res* (contrats réels), dans les *verba* (contrats verbaux) ou dans les *litteræ* (contrats littéraux). Les trois autres éléments essentiels : objet, consentement et capacité, offrent toujours les mêmes caractères. Il reste donc entendu qu'à l'exception des principes de la *causa civilis*, et s'il n'y a point de réserve expresse, les détails qui vont suivre ne se renferment pas dans le cadre de la stipulation et doivent s'étendre à tous les contrats en général.

PREMIERE SECTION

NULLITÉ QUI TIENT A LA CAPACITÉ.

(*Inst.* L. III, t. XIX.)

C'est une question capitale que de savoir quelles personnes peuvent stipuler ou promettre, en d'autres termes, jouer le rôle de créancier ou de débiteur dans un contrat.

Il faut distinguer soigneusement la capacité naturelle et la capacité civile. Une personne est *naturellement incapable*, lorsqu'elle se trouve dans l'impossibilité de consentir, comme le *furiosus* et l'*infans*, ou dans l'impossibilité de participer aux formes exigées, comme l'absent, le muet ou le sourd à l'égard des contrats verbaux. Cette incapacité résulte de la force même des choses, se confond avec la nécessité du consentement ou de la *causa civilis*, et serait admise dans le silence même de la loi. Au contraire, une personne est *civilement incapable* lorsque son consentement, quoique sérieux et revêtu des formes prescrites, n'a pas de valeur aux yeux du législateur, qui l'annule. Cette incapacité ne fait pas double emploi avec la nécessité du consentement ou de la *causa civilis*, puisqu'elle n'apparaît et n'opère qu'en les supposant réalisés l'un et l'autre.

Il n'est ici question que de la capacité civile, c'est-à-dire de l'aptitude légalement requise, pour contracter. Une règle aussi vraie en droit romain qu'en droit français c'est que la capacité est de droit commun et que l'incapacité, pour exister, doit être écrite dans un texte de loi. D'ailleurs, l'incapacité peut être générale ou spéciale suivant qu'elle s'applique à tous les contrats ou qu'elle ne s'applique qu'à certains contrats déterminés (L. 43, D. *De oblig. et act.* 44-7. — *Conf.* C. C. art. 1123) (1).

§ I

Des pérégrins.

La capacité proprement dite des pérégrins était déterminée par leur loi nationale. Mais on sait qu'aux yeux de la loi romaine, les actes juridiques rentrent dans le *jus gentium* ou le *jus civile*, selon que les pérégrins sont investis ou dépourvus du droit d'y procéder valablement. A ce point de vue, les contrats sont du *jus gentium* en thèse générale; la qualité de citoyen romain n'est pas nécessaire pour devenir contractuellement créancier ou débiteur (*Inst.* L. I, t. II, *De jure nat.* § 2 *in fine*).

On peut croire cependant que la stipulation des premiers temps, par ses formules solennelles, excluait la participation des étrangers; mais il fallut bientôt lever cette barrière, et le besoin de faciliter les relations internationales ne laissa qu'un dernier refuge à l'intolérance originaire; la stipulation *spondesne? spondeo* demeura seule réservée aux citoyens, à l'exclusion des pérégrins (*Gaïus*, III, 93, 94). Le contrat *litteris* proprement dit fut également considéré comme appartenant au *jus civile*, mais on verra que les jurisconsultes imaginèrent des formes spéciales (*syngraphæ*, *chirographa*,) pour mettre ce contrat à la portée des pérégrins (*Gaïus*, III, 134). Enfin, bien que les textes ne le disent pas expressément, il est permis de croire que les pérégrins ne pouvant contracter des *justæ nuptiæ* ne purent jamais participer à la *dotis dictio*.

(1) Il est une incapacité civile qui existe dans notre droit français mais que le droit romain n'a pas connue : c'est l'incapacité de la femme mariée. A Rome le mariage non accompagné de la *manus* reste sans influence sur la capacité de la femme; celle-ci n'est ni plus ni moins capable qu'elle ne l'était avant de se marier (*Conf.* C. C. art. 215, 217, 1124).

§ II

Des personnes en puissance.

Un principe également incontestable, c'est qu'à l'exception du *nomen transcriptitium* dont il sera traité plus tard, tous les contrats restent accessibles aux individus *alieni juris*, notamment à l'esclave et au fils de famille.

Signalons tout d'abord deux grandes règles fondamentales.

1° La personne *alieni juris* est admise à contracter pour obliger les autres envers le *paterfamilias*, mais non pour obliger le *paterfamilias* envers les autres. Le préteur seul déroge à cet axiome par les actions dites *adjectitiæ qualitatis* (*Inst.* L. III, t. XXVIII, *Per quas pers. nob. obl.* — L. IV, t. VII, *Quod cum eo qui.*,).

2° Le rapport de puissance entre le père de famille et les individus *in ejus potestate*, tout en leur permettant de stipuler d'un tiers les uns pour les autres, les empêche de stipuler efficacement les uns des autres. Cependant on admettait la possibilité d'une obligation naturelle entre ces diverses personnes. Il faut d'ailleurs noter que le fils de famille, du jour où les empereurs lui reconnurent la propriété de son pécule *castrense* ou *quasi castrense*, fut à l'égard de ses biens considéré comme un *paterfamilias* (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 6. — L. 2, D. *De contr. emp.* 18-1).

Établies sur ces bases communes, les deux situations de l'esclave et du fils de famille ne sont pourtant pas identiques.

Capacité contractuelle de l'esclave. — L'esclave n'est pas une personne; aux yeux de la loi, il n'est qu'une chose, une *res mancipi*. Il n'a donc en lui-même aucune capacité de contracter, ni comme créancier ni comme débiteur; il ne peut stipuler ni promettre (L. 32, D. *De regulis juris*, 50-17).

Ce principe théorique est presque neutralisé dans la pratique par le principe inverse, que l'esclave joue le rôle d'un instrument d'acquisition pour son maître. S'il n'a pas de capacité personnelle, il emprunte du moins celle du *dominus*, dont il revêt la personnalité juridique, mais seulement à l'effet de devenir créancier. De là vient la règle : *Servus ex persona domini jus stipulandi habet* (*Inst.* L. III, t. XVII, *De stip. serv. pr.*).

Des conséquences variées découlent de ces prémisses. Ainsi les stipulations de l'esclave sont nulles, lorsqu'elles ne peuvent *consis-*

tere ex domino, c'est-à-dire se fonder sur la capacité du maître; tel est le cas du *servus derelictus* ou du *servus pœnæ* (L. 36, D. *De stip. serv.* 45-3). De plus, quand un esclave stipule, c'est comme si le maître stipulait en personne, et ce qui excéderait la capacité de ce dernier n'est pas valablement fait; ainsi le *servus peregrini* ne saurait employer avec efficacité la formule *spondesne? spondeo*. Mais il va de soi que l'esclave n'est pas arrêté par les simples obstacles de fait qui peuvent gêner personnellement le maître dans l'exercice de ses droits, et qu'on a l'habitude de comprendre sous le nom d'incapacité naturelle. Ainsi l'esclave d'un fou, d'un muet, d'un sourd, d'un *infans* ou d'une personne morale est admis sans difficulté à stipuler pour le compte de ces personnes, bien qu'elles soient hors d'état de figurer individuellement dans une stipulation.

L'esclave peut stipuler de différentes manières, en son nom propre, pour son maître, pour une autre personne soumise à la puissance du même *paterfamilias*, ou sans dire pour qui (*impersonaliter*); le résultat ne change pas, et la créance passe toujours au maître. Il en est ainsi, lors même que le maître ne voudrait pas de l'acquisition, ou qu'il aurait interdit à l'esclave de la réaliser, *hoc nobis et ignorantibus et invitis obvenit*. Mais si l'esclave avait stipulé nominativement pour un tiers indépendant du *dominus*, la stipulation serait nulle, par application d'une règle qu'on étudiera bientôt, *alteri nemo stipulari potest* (*Inst.* L. III, t. XVII, *De stip. serv.* § 1; L. II, t. IX, *Per quas pers. nob. adq.* § 3).

L'esclave peut avoir pour maître une hérédité jacente; il peut appartenir par indivis à plusieurs copropriétaires, ou enfin se trouver grevé d'un droit réel d'usufruit, d'usage, ou d'une possession de bonne foi. Il acquiert alors, au moyen de ses contrats, les créances à ses divers maîtres, dans la même mesure qu'il leur acquiert les droits réels au moyen des modes d'acquérir; les principes et les détails sont les mêmes dans les deux ordres d'acquisitions (*Inst.* L. III, t. XXII, *De stip. serv. pr.* § 3).

Du reste, puisque l'esclave n'emprunte la capacité du maître que pour le rendre créancier, et non pour le rendre débiteur, il aurait beau contracter une dette; le maître n'en serait pas tenu. Mais elle subsisterait à la charge de l'esclave, en qualité d'obligation naturelle, comme on le verra plus tard (L. 32, D. *De regulis juris*, 50-17).

Capacité contractuelle de l'enfant de famille. — Pour traiter

de la capacité contractuelle des enfants *in potestate patris*, il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'un *filiusfamiliâs* pubère ou impubère ou suivant qu'il s'agit d'une *filiafamiliâs*.

Filiusfamiliâs pubère. — Le *filiusfamiliâs* pubère se distingue de l'esclave par un trait essentiel. Investi d'une personnalité juridique qui lui est propre, d'une capacité distincte et individuelle, il n'a pas besoin, comme le *servus*, d'emprunter celle du *pater;* il peut stipuler *ex personâ suâ*. On se rappelle néanmoins que le fils de famille n'a pas de patrimoine. Par conséquent, s'il devient créancier, la créance acquise entre dans le patrimoine du père qui en bénéficie ; telle est la règle primitive et pure, que vient battre en brèche la théorie des pécules, et dont l'application est quelquefois écartée par la nature du droit acquis. Si le fils de famille devient débiteur, son obligation n'enchaîne pas le père ; mais elle n'est pas simplement naturelle comme la dette de l'esclave en pareil cas, elle est civile ; seulement le créancier ne pourra le poursuivre sur des biens qu'il n'a pas, et devra pour le moment se contenter sans doute des voies d'exécution personnelle (1). Aussi est-il à croire que le fils de famille avait peu de crédit et ne trouvait pas facilement à contracter seul des dettes (L. 141, § 2, D. *De verb. oblig.* 45-1).

Filiusfamiliâs impubère. — Quant au *filiusfamiliâs* impubère, en le supposant sorti de l'*infantia*, il peut acquérir de lui-même à son père toute espèce de droits, et, par conséquent, des créances. Mais s'agit-il de s'obliger? il en est absolument incapable, et son père n'a pas le pouvoir de l'y habiliter, ni par son ordre ni par son assistance, *qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur* (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 10 *in fine*. — L. 141, D. *De verb. oblig.* 45-1).

On sait, au contraire, que l'impubère *sui juris*, c'est-à-dire le pupille, s'oblige valablement *tutore auctore*. La raison de cette différence est facile à trouver. Il n'existe pas une *auctoritas patrisfamiliâs* correspondant à l'*auctoritas tutoris ;* le père n'est pas chargé, comme le tuteur, de compléter par son intervention la personne de l'impubère placé sous sa puissance, parce que la personne de cet impubère se confond avec la sienne, au point de vue du patrimoine. D'ailleurs, l'impubère *alieni juris* n'a pas de biens, il ne saurait

(1) Encore n'est-il pas certain que la puissance du père sur la personne du fils ne fît obstacle à cette exécution.

donc être dans la nécessité de contracter des obligations ; dès lors on n'a pas songé à lui ouvrir l'accès de telles opérations juridiques. Ce principe devint gênant dans le Bas-Empire après l'introduction du pécule adventice ; on parvint à le tourner, en donnant au père l'usufruit et l'administration des biens attribués sous ce titre à son fils impubère (*Inst.* L. II, t. IX, *Per quas pers.* § 1).

Filiafamiliâs. — La capacité de la *filiafamiliâs* est moins clairement définie. Dans l'impuberté, elle ne diffère en rien du *filiusfamiliâs* du même âge. Mais, arrivée à la puberté, doit-on l'assimiler au fils pubère qui peut contracter créances et dettes, ou faut-il la maintenir encore et toujours dans la situation du fils impubère, qui peut bien devenir créancier, mais qui ne peut pas devenir débiteur même avec l'autorisation paternelle ? Les textes sont contradictoires à cet égard (F. V. § 99. — L. 3, §4, D. *Commodati,* 13-6 ; L. 9, § 2, D. *De sen. Maced.* 14-6).

Peut-être l'histoire du droit fournit-elle une solution plausible du problème. A l'origine, les femmes *sui juris*, même pubères, subissaient une tutelle perpétuelle, dont la tendance et le résultat étaient de leur rendre impossibles, sans l'*auctoritas* de leur tuteur, les plus importants des actesjuridiques, notamment les obligations ; on voulait ainsi conserver le patrimoine des femmes dans leurs familles. Il serait donc étrange que l'on eût permis aux filles de famille de compromettre à l'avance l'effet de la tutelle, en contractant valablement des dettes pendant qu'elles se trouvaient encore *alieni juris* et déjà pubères. Toute obligation leur était donc interdite, *ne patre quidem auctore.* Plus tard, lorsque la tutelle des femmes ne fut plus que nominale, on dut en effacer la conséquence désormais illogique, et la *filiafamiliâs* pubère dût avoir la même capacité que le *filiusfamiliâs* pubère.

§ III

Des personnes en tutelle ou curatelle.

Le pupille c'est-à-dire l'impubère *sui juris*, est la seule personne pourvue d'un tuteur, après la disparition de la tutelle perpétuelle des femmes pubères. Sa capacité contractuelle dépend de grandes règles déjà connues et développées. Est-il *infans*, en d'autres termes, mineur de sept ans ? il ne peut stipuler ni promettre. Est-il sorti de l'*infantia* ? il peut devenir créancier *sine auctoritate tutoris*, parce qu'il rend alors sa condition meilleure ; mais il ne peut deve-

nir débiteur que *tutore auctore*, parce qu'un tel rôle rendrait sa condition pire. Au surplus, la combinaison de ces principes ne saurait en aucun cas lui procurer un enrichissement aux dépens d'autrui (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 3, 9, 10 ; — *Gaius*, III, 109, 176. — L. 5, D. *De auct. tut.* 26-8).

Le très ancien droit romain subdivisait les pupilles sortis de l'*infantia* en *proximi infantiæ* et *proximi pubertati ;* les premiers étaient assimilés aux *infantes*. Cette subdivision, fondée sur l'état intellectuel du pupille, et non sur son âge, ne conserva d'importance qu'en matière de délits (*Gaius*, III, 109).

Pour les personnes pourvues d'un curateur, le théorie est la même. Sans revenir sur les diverses applications de la curatelle, il suffit de constater, en thèse générale, que l'individu en curatelle (mineur de vingt-cinq ans ou prodigue interdit) est capable de stipuler seul et sans assistance, mais incapable de promettre *sine consensu curatoris*. En d'autres termes, il peut faire seul sa condition meilleure, mais il ne peut la faire pire qu'avec l'assistance et le consentement de son curateur (L. 101, D. *De verb. oblig.* 45-1. — *Suprà*, p. 107).

Quant aux femmes *sui juris*, nous avons vu que, pendant longtemps, la législation romaine les tint en tutelle perpétuelle et que, pour ce motif, elles furent déclarées incapables de s'obliger *sine tutoris auctoritate* (*Ulpien*, R. t. XI, § 27. — *Suprà*, p. 102).

A ce tableau des incapacités générales du droit romain il faut joindre certaines incapacités spéciales, dont il sera traité sur d'autres points. C'est ainsi que le célèbre sénatus-consulte Velléien a déclaré la femme incapable de toute *intercessio ;* c'est également ainsi que le sénatus-consulte Macédonien a retiré aux fils de famille la capacité de figurer à titre de débiteur dans un *mutuum* d'argent.

DEUXIÈME SECTION

NULLITÉ QUI TIENT AU CONSENTEMENT.

(*Inst.* III, t. XIX.)

Le consentement, c'est-à-dire l'accord des volontés, est un élément essentiel qui doit se rencontrer nécessairement dans un contrat quelconque, qu'il s'agisse d'un contrat solennel ou d'un contrat non solennel ; sans consentement, point de convention et par

suite point de contrat (L. 137, § 1, D. *De verb. oblig.* 45-1. — *Conf.* C. C. art. 1109 et s.).

Or, il peut arriver ou que le *consensus* fasse absolument défaut ou qu'il se trouve seulement infecté de vices qui l'altèrent plus ou moins profondément.

Les vices du consentement, c'est-à-dire les causes qui l'infirment sans le supprimer, sont le dol, *dolus*, la violence, *metus* et dans certains cas l'erreur, *error*. De quels remèdes usera le contractant dont le consentement a été vicié ? Suivant les hypothèses, et pour échapper à l'exécution du contrat, il emploiera des exceptions, ou les actions de dol et de violence, *de dolo*, *quod metûs causâ*, ou les *restitutiones in integrum propter dolum*, *propter metum*, *propter errorem*. Tous ces moyens étant d'origine prétorienne, supposent reconnue par le droit civil la validité des actes qu'ils attaquent. Il paraît donc évident que les vices du consentement ne font pas obstacle à la formation du contrat et n'en causent pas la nullité ; ils ne font que le rescinder *tuitione prætoris*. Dès lors la théorie en sera mieux comprise ailleurs, et trouvera sa vraie place dans l'ensemble des *exceptiones*, des *actiones* et des *restitutiones in integrum* (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 24, 27, 31 ; t. XIII, *De except.* § 9).

Il ne nous reste ici qu'à parler des hypothèses où le défaut absolu de consentement empêche l'existence même du contrat et le rend nul *jure civili*. On en conçoit deux principales.

Impossibilité de consentir. — Lorsque les parties ou l'une d'elles n'ont pas pu physiquement consentir ou lorsqu'elles ont été incapables de donner un consentement sérieux, le contrat est absolument nul, il est inexistant ; c'est ce qui se produit en cas de démence, d'ivresse complète, d'*infantia* ou de délire quelconque. Dans ces divers états, l'homme n'ayant pas le libre exercice de son intelligence, n'est pas juridiquement capable de vouloir ; *nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit.* La règle écrite aux Institutes pour le *furiosus* doit être généralisée (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. sitp.* § 8 — L. 48, D. *De reg. juris*, 50-17).

Il n'en serait pas autrement dans le cas où les parties, tout en ayant accompli les formalités extérieures nécessaires à la formation du contrat, n'ont pas eu néanmoins l'intention de s'obliger ; c'est ce qui arriverait, si les paroles de la stipulation avaient été prononcées *per jocum* ou *demonstrandi causa* (L. 3, § 2, D. *De oblig. et act.* 44-7).

Erreur. — L'erreur ne détruit pas toujours le consentement et par conséquent n'annule pas toujours le contrat. Quand l'erreur rend nul le contrat, elle est dite *essentialis ;* quand, au contraire, elle reste sans influence sur la validité de l'acte juridique, elle est dite *minus essentialis* ou *concomitans*.

L'erreur est *essentialis*, dans quatre cas principaux : 1° Elle porte sur la nature du contrat ; par exemple, Titius, dans l'intention de faire un dépôt, livre une somme d'argent à Seius qui croit la recevoir à titre de prêt ; il n'y aura ni dépôt ni prêt. 2° Elle porte sur les modalités du contrat ; par exemple, Titius prête purement et simplement une somme à Seius qui l'emprunte à terme ou sous condition, *vel vice versa*. 3° Elle porte *in corpore*, c'est-à-dire sur l'identité individuelle de la chose qui doit former l'objet de l'obligation ; par exemple, Titius stipule de Seius l'esclave Stichus, et Seius le promet ; mais il avait en vue un autre esclave également appelé Stichus, ou qu'il croyait à tort nommé de ce nom. 4° Elle porte *in personâ*, c'est-à-dire sur l'identité individuelle de l'un des contractants ; par exemple, dans un contrat consensuel, où l'une des parties peut transmettre à l'autre son consentement au moyen d'un tiers, je vous prends pour un messager qui m'apporte le consentement de Titius ; mais vous m'apportez, en réalité, le consentement de Seius ; une telle erreur est inconcevable dans la stipulation qui suppose les deux parties en présence l'une de l'autre. Dans ces quatre cas, si l'on dit que l'erreur supprime le consentement indispensable à la formation du contrat, c'est qu'en effet l'opération attentivement considérée sous tous ses aspects, est l'œuvre d'une volonté unique (L. 18 ; L. 32, D. *De rebus creditis*, 12-1. — L. 9, D. *De cont. empt.* 18-1. — *Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 5, 23).

L'erreur est au contraire *minus essentialis* ou *concomitans* dans les hypothèses suivantes. 1° Elle porte *in materiâ vel in substantiâ*, c'est-à-dire sur la composition physique de la chose qui fait l'objet de l'obligation ; par exemple, Titius promet un vase d'or qu'il croit de cuivre, ou stipule un vase de cuivre qu'il croit d'or. 2° Elle porte *in qualitate*, c'est-à-dire sur les qualités matérielles ou morales, soit de l'objet de l'obligation, soit de la personne du contractant ; par exemple, je stipule un vase d'or que je croyais solide, j'achète un esclave que je croyais laborieux, je loue ma maison à Séius que je croyais de bonne condition ; mais l'événement a déçu ma croyance. 3° Elle porte sur le motif déterminant du contrat ;

par exemple je vous promets une somme d'argent pour éteindre une dette dont je me crois tenu envers vous, et cette dette n'existe pas. Dans ces divers cas et plusieurs autres analogues qu'on pourrait indiquer, si l'erreur n'empêche pas la formation du contrat, c'est que les deux volontés, quoique mues par des considérations fausses ou inexactes, se sont effectivement rencontrées et mises d'accord sur l'opération actuelle et sur le résultat immédiat (L. 65, § 2, D. *De cond. indeb.* 12-6 ; L. 10, D. *De cont. emp.* 18-1 ; L. 22, D. *De verb. oblig.* 45-1).

Par exception cependant Ulpien faisait de l'erreur *in substantiâ rei* une cause de nullité dans la vente (peut-être aussi dans le louage), à la double condition que l'erreur fût du côté de l'acheteur, et que la chose achetée ne contînt aucune portion de la substance dont il la croyait composée tout entière (L. 9, § 2 ; L. 14, D. *De contr. empt.* 18-1).

TROISIÈME SECTION

NULLITÉ QUI TIENT A L'OBJET.

(*Inst.* L. III, t. XIX.)

L'objet de l'obligation et par suite du contrat, ainsi que nous l'avons indiqué, peut être un *dare*, un *facere* ou un *præstare* (*Suprà*, p. 255).

D'ailleurs, pour qu'une obligation soit valable, il faut que l'objet ou *res solvenda* remplisse trois conditions : il doit être suffisamment *déterminé*, il doit être *possible*, il doit être *personnel* aux parties contractantes ; l'étude de cette troisième condition correspond à la théorie des promesses et stipulations pour autrui.

§ I

Vices de l'objet.

I. *Détermination de l'objet.* — Il faut d'abord que l'objet, quel qu'il soit, se trouve assez déterminé, pour que l'exécution de l'obligation offre au créancier un avantage pécuniairement appréciable. Il n'est pas certainement nécessaire que l'objet soit individualisé, déterminé *in specie*, car une obligation peut porter sur un genre ; mais il faut tout au moins que la détermination soit suffisante pour que, d'une part, le créancier soit assuré de retirer de sa créance une utilité sérieuse et que, d'autre part, le débiteur ne soit pas maître,

de sa dette, sans quoi il ne serait pas obligé. Aussi sont nulles à ce titre les obligations suivantes : 1° la promesse de livrer quelque chose, *aliquid*, sans dire quoi, parce que l'objet est indéterminé dans sa nature ; 2° la promesse de livrer un animal, parce que l'objet, déterminé dans sa nature, est absolument indéterminé dans son espèce ; 3° la promesse de livrer du blé, du vin, des fruits, etc., parce que l'objet, déterminé dans sa nature et dans son espèce, est absolument indéterminé dans son étendue ; 4° la promesse de bâtir une maison sans fixation de lieu, parce que l'objet ne présente aucun élément saisissable d'appréciation (L. 115, D. *De verb. oblig.* 45-1. — *Conf.* C. C. art. 1129).

II. *Possibilité de l'objet.* — Il faut, en outre, que l'objet, quel qu'il soit, se trouve possible ; sinon l'obligation est nulle, en ce double sens que le créancier n'obtiendra ni la prestation promise ni une indemnité pécuniaire. *Impossibilium nulla est obligatio*, dit le proverbe ; vainement les parties auraient-elles ajouté une clause pénale au contrat pour le cas d'inexécution ; la stipulation de la peine serait elle-même frappée de nullité (L. 85, D. *De regulis juris*, 50-17 ; L. 69, D. *De verb. oblig.* 45-1. — *Conf.* C. C. art. 1128, 1227).

Or on distingue deux sortes d'impossibilités : l'impossibilité physique et l'impossibilité juridique.

Impossibilité physique. — L'impossibilité de l'objet est *naturelle* ou *physique*, quand le débiteur promet, soit une chose qui n'existe plus, comme un esclave mort, ou qui ne peut exister, comme un hippocentaure, soit un fait qui est au-dessus de la portée de l'homme, comme de boire toute l'eau du Tibre ou de toucher le ciel du doigt. Toujours faut-il que l'obstacle soit insurmontable ; une difficulté d'exécution, même très grande, ne constitue pas l'impossibilité naturelle, et le débiteur n'est pas admis à s'en prévaloir contre son obligation ; c'est ainsi que le *promissor* imprudent de la chose d'autrui se trouve dans l'alternative de la procurer au créancier ou de lui en payer l'estimation. Rien n'empêche d'ailleurs de promettre valablement une *res futura*, comme la récolte de l'année prochaine, l'enfant qui naîtra de l'esclave Aréthuse, etc. ; mais alors la stipulation est nécessairement *incerta* (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 1 ; — *Gaius*, III, 97 ; — L. 35 pr. ; L. 75, § 4 ; L. 137, § 4, D. *De verb. oblig.*, 45-1).

Impossibilité juridique. — L'impossibilité est *juridique* ou *légale*, quand une règle de droit s'oppose à l'accomplissement de la pres-

tation. Les textes citent les cas suivants : 1° une promesse de s'abstenir porte sur un fait légalement obligatoire ou sur une faculté essentielle ; ainsi un *judex* s'engage à ne pas juger, une personne s'engage à ne pas se marier ; 2° une promesse de faire porte sur un acte illicite et prohibé ; ainsi je m'engage à commettre *homicidium vel sacrilegium ;* 3° une promesse de donner porte sur une chose hors du commerce. Or une chose est *extrà commercium* absolument, lorsqu'elle ne comporte aucune appropriation privée ;telles sont : les personnes libres, les *res sacræ*, *religiosæ*, *sanctæ*, les *res publicæ*, etc. Une chose est *extrà commercium* relativement, lorsqu'elle ne comporte pas le droit de propriété d'un individu déterminé ; tels sont les fonds provinciaux à l'égard du gouverneur de la province, les esclaves chrétiens à l'égard d'un juif, d'un hérétique ou d'un païen, etc. C'est pour le stipulant ou créancier que la chose doit être dans le commerce ; il importe peu qu'elle soit ou non susceptible d'appartenir au promettant ou débiteur ; par exemple, le gouverneur de province, qui ne peut stipuler un fonds situé dans son ressort, est admis à le promettre valablement, et devra faire en sorte de le procurer au créancier, sous peine de payer une indemnité pécuniaire (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 2,24 ; — *Gaius*, III, 97 ; — L. 62, D. *De cont. emp.* 18-1 ; — L. 30, C. *De pactis*, 2-3).

Conséquences. — L'obligation portant sur un objet juridiquement, ou physiquement impossible est frappée d'une nullité définitive et absolue. En effet, la stipulation dont l'objet est impossible, nulle dès l'origine, restera toujours nulle, alors même que l'homme libre deviendrait esclave, ou que la *res sacra* deviendrait profane, etc. Le sort d'un tel contrat n'a rien d'éventuel et demeure d'ores et déjà fixé. Ce serait même en vain qu'on le subordonnerait à la disparition de l'obstacle, par exemple dans ces termes : *illum, quùm servus esse cæperit, dare spondes ?* ou *locum, quùm ex sacro profanus esse cæperit, dare spondes?* La règle générale est que l'apposition d'une condition ne saurait valider un contrat nul par son objet, la prestation promise fût-elle de nature à se trouver possible et licite le lendemain. Par exception, si l'on stipule une chose dont on est actuellement propriétaire, on évite la nullité du contrat en le subordonnant à la condition de la perte de la propriété (*Inst.* L. XIII, t. XIX, *De inut. stip.* § 2. — L. 34, D. *De verb. oblig.* 45-1 ; L. 29, D. *De reg. juris*, 50-17).

La bonne foi du stipulant, c'est-à-dire son ignorance du vice de

l'objet, ne valide pas la stipulation ; ainsi Titius a stipulé un homme libre qu'il croyait esclave, une *res sacra* qu'il croyait *in commercio* ; aucune action ne lui est donnée pour exiger la chose ou son estimation. Mais cette dernière rigueur tient à la nature de droit strict de la stipulation ; aussi verra-t-on qu'elle ne s'applique point dans les contrats *bonæ fidei*, notamment dans la vente où le créancier obtient du moins, en pareille hypothèse, une indemnité pécuniaire à la place de la chose (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 2 ; t. XXIII, *De emptione vendit.* § 5).

On peut, en outre, supposer que l'objet, possible au moment du contrat, devienne par la suite naturellement ou juridiquement impossible. Les textes offrent alors une distinction très simple. 1° Tantôt l'impossibilité d'exécution s'est produite par le fait actif du débiteur. Dans ce cas, il doit toujours et dans tout contrat indemniser le créancier, ce qui revient à dire que son obligation a persisté ; il en est ainsi, par exemple, quand le débiteur d'un esclave l'affranchit. 2° Tantôt l'impossibilité d'exécution s'est produite sans le fait actif du débiteur. Dans ce cas, lorsque la cause qui a supprimé l'objet est fortuite ou de force majeure, l'obligation s'éteint toujours ; c'est le résultat qui se produit, par exemple, si je suis tenu de donner un esclave, et qu'il meure ou qu'on me le vole, sans que je sois responsable du *furtum*. Lorsque la cause qui a supprimé l'objet est le fait passif, c'est-à-dire la faute ou négligence du débiteur, il se trouve libéré quand même dans la stipulation, qui est de droit strict ; mais il doit une indemnité dans les contrats de bonne foi, suivant des règles et dans une mesure propres à chacun d'eux ; telle est l'hypothèse où le vendeur d'un esclave le laisse mourir, par défaut de soins, avant la tradition (L. 83, § 5 ; L. 91, pr. § 1 ; L. 136, § 1, D. *De verb. oblig.* 45-1).

Supposons enfin que l'exécution, devenue impossible après le contrat, redevienne possible par une nouvelle transformation de l'objet. Malgré quelques dissidences entre les jurisconsultes de l'époque classique, le principe romain paraît bien être que l'obligation ne ressuscite pas et reste définitivement nulle (L. 79, § 3, D. *De legatis* 3°, 32 ; L. 27, D. *De ademp. vel trans. leg.* 34-4 ; L. 98, § 7, D. *De solut. et liber.* 46-3. — *Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 2).

§ II

Théorie des promesses et stipulations pour autrui.

Outre les diverses conditions précédemment requises, l'objet doit offrir un dernier caractère moins extérieur et plus délicat. Pour la validité du contrat, il faut en effet que le promettant s'oblige lui-même, et que le stipulant devienne personnellement créancier.

Cette théorie se traduit en pratique par deux règles fort simples en elles-mêmes et que notre Code civil a empruntées au droit romain. 1° Nul ne peut promettre le fait d'autrui, *nemo alienum factum promittere potest* : 2° nul ne peut stipuler pour autrui, *nemo alteri stipulari potest* (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 3, 4, 19 ; — *Conf.* C. C. art. 1119).

Promesse du fait d'autrui. — On ne peut prometfre le fait d'autrui : *Nemo alienum factum promitiere potest.* Si donc la dette est mise à la charge d'un tiers, par exemple, si Titius promet à Seius que Mævius lui donnera quelque chose ou réalisera un fait à son profit, il n'y a pas d'obligation (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 3 ; — L. 38, D. *De verb. oblig.* 45-1 ; L. 65, D. *De fidejuss.* 46-1).

Cette règle ne signifie pas précisément que Mævius n'est pas obligé ; la chose va de soi, et n'est qu'une conséquence de cet axiome de droit et de bon sens que les conventions ne lient que ceux qui y ont figuré : *Est certissimum ex allerius contractu neminem obligari* (L. 3, C. *Ne uxor pro.* 4-12. — *Conf.* C. C. art. 1165).

Notre principe a donc une portée plus haute, il veut dire que le promettant lui-même, Titius, n'est pas obligé dans l'hypothèse ; il ne devra rien, même au cas probable où le tiers refusera d'exécuter la prestation promise.

Ce résultat est général et s'applique indistinctement aux contrats de droit strict ou de bonne foi, bien que des interprètes aient voulu le restreindre aux contrats *stricti juris*. En effet, les textes l'étendent formellement à tous (L. 5, § 1, D. *De const. pecu.*, 13-5 ; L. 83, D. *De verb. oblig.* 45-1). De plus, le motif juridique est assez général pour s'appliquer indistinctement à tous les contrats ; car si le promettant du fait d'autrui n'est pas obligé, c'est qu'il n'a pas voulu ce qu'il pouvait, c'est-à-dire s'obliger lui-même, et qu'il n'a pas pu ce qu'il voulait, c'est-à-dire obliger un tiers.

Toutefois, il faut reconnaître qu'en matière de stipulation, un

argument spécial vient corroborer cette raison primordiale. Puisque l'obligation doit naître ici non de la simple intention des parties, mais des paroles qu'elles prononcent, il est clair que la *causa civilis* fait absolument défaut de la part du tiers ; car on ne peut s'engager *verbis* que par sa propre bouche (L. 38, § 17, D. *De verb. oblig.*, 45-1).

Hypothèses en dehors de la règle. — La règle qu'on ne s'oblige pas en promettant le fait d'autrui, est étrangère à tous les cas où le promettant a réellement l'intention de s'obliger lui-même, le motif de cette règle faisant alors défaut. Cette intention, qui sera plus facilement admise dans les contrats de bonne foi que dans les contrats de droit strict, résultera notamment de l'addition d'une clause pénale ou d'une caution. Elle apparaîtra aussi dans l'hypothèse où le promettant se *porte fort* pour le tiers, *se effecturum, se curaturum ut alius daret.* Elle pourra enfin se trouver dans toute promesse du fait d'autrui qui n'est que l'accessoire d'une promesse qu'on souscrit pour soi-même ; tel est le cas où Titius, en s'obligeant envers Seius, ajoute qu'il aura Mævius pour fidéjusseur. Le trait commun de tous ces exemples, c'est que le promettant veut s'obliger personnellement, en même temps qu'obliger le tiers ; il atteint le premier de ces deux résultats, mais le second lui reste inaccessible (*Inst.* L. III, t. XIX *De inut. stip.* § 3, 21; — L. 14, § 2, D. *De const. pecun.* 13-5. — *Conf.* C. C. art. 1120).

Exceptions à la règle. — Si les hypothèses précédentes sont étrangères à la sphère d'application du principe, on rencontrera de véritables exceptions dans certaines stipulations prétoriennes dont l'étude viendra à sa place ; telles sont la stipulation *de rato* et la stipulation *alium certo die et certo loco sisti.* Ces promesses pour autrui obligent directement leur auteur, abstraction faite de sa volonté ; car le préteur, en les établissant, avait pour objet de perfectionner la procédure, de faciliter l'administration de la justice et de rendre possible la défense des absents (*Inst.* L. IV, t. XI, *De satisdat.* § 3. — L. 81 pr. D. *De verb. oblig.* 45-1).

Stipulation au profit d'autrui. — On ne peut stipuler pour autrui : *Alteri nemo stipulari potest.* Si donc la créance doit naître sur la tête d'un tiers ; par exemple, si Titius stipule de Seius quelque chose ou quelque fait au profit de Mævius, il n'y a pas d'obligation (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 4, 19. — L. 38, § 17, D. *De verb. oblig.* 45-1).

Il ne faut pas entendre par là que Mævius ne devient pas créan-

cier; on n'exprime point des vérités aussi certaines; il est bien manifeste en effet que Mævius, étranger au contrat, ne saurait en invoquer les conséquences. La loi nous permet sans doute d'améliorer la condition d'autrui; mais si je veux procurer un avantage juridique à quelqu'un, ce doit être à mes dépens, par exemple en payant sa dette, en m'obligeant à sa place, etc. Mais ce que le droit ne peut me permettre, c'est de gratifier un tiers aux dépens d'un autre, et le bons sens suffit à prohiber un semblable résultat.

Notre principe a donc une application plus utile, il signifie que le stipulant lui-même, Titius, ne devient pas créancier; il n'aura pas d'action pour contraindre le promettant Seius à l'accomplissement de la prestation promise en faveur du tiers (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 19).

Il n'existe à ce sujet aucune différence théorique entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi. Les Institutes ne parlent expressément que des premiers; mais on trouve les contrats *bonæ fidei* mentionnés en termes formels dans d'autres textes (L. 6, C. *Si quis alteri*, 4-50). Le fondement de la règle est d'ailleurs général; si le stipulant en faveur d'autrui ne peut agir contre le promettant, c'est qu'il manque d'un intérêt personnel à le poursuivre, *ut alius detur nihil interest stipulatoris*, or l'intérêt est la source et la mesure de toutes les actions.

Tempéraments en faveur du stipulant. — En conséquence, toutes les fois que le stipulant pour autrui est lui-même intéressé personnellement au contrat, le contrat devient efficace à son égard. Or cette condition *sine qua non* de la formation du lien obligatoire se rencontrera plus souvent dans un contrat de bonne foi, et l'application du principe y sera moins fréquente que dans un contrat *stricti juris*. Car il est admis qu'un simple intérêt d'affection peut donner pleine vigueur aux contrats de bonne foi qu'on a faits en faveur d'un tiers: *Placuit prudentioribus affectûs rationem in bonæ fidei judiciis habendam.* Encore faut-il que cet intérêt ait été suffisamment clair et visible pour n'avoir pu échapper au promettant. Tel serait, par exemple, le cas où je vendrais un esclave avec la clause qu'il ne serait pas dépaysé, *ne exportaretur;* bien qu'insérée au profit d'un autre que moi, cette clause se trouverait sanctionnée par l'action *venditi*, dont je me prévaudrais utilement contre l'acheteur de l'esclave (L. 54, D. *Mandati*, 17-1; L. 7, D. *De servis export.* 18-7; L. 71, D. *De evict.*, 21-2).

Dans les contrats de droit strict, au contraire, le stipulant n'est reçu à poursuivre l'exécution de ce qu'il s'est fait promettre pour un tiers, qu'à la condition d'y avoir un intérêt pécuniaire. Dès lors, le plus simple moyen de valider une telle stipulation, c'est d'y adjoindre une clause pénale, il suffit, en d'autres termes, que le créancier stipule accessoirement une somme d'argent pour le cas où le promettant n'exécuterait pas la prestation principale en faveur du tiers. Le contrat deviendra en outre valable dans tous les cas analogues où le stipulant aura un intérêt personnel et direct à l'exécution de la promesse ; les Institutes citent à ce propos trois exemples parmi lesquels figure la *cautio rem salvam fore pupilli* (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 20).

A cette doctrine se rattache l'étude d'une hypothèse classique. Les jurisconsultes ne s'entendaient pas sur le sort de la stipulation ainsi conçue, *spondesne decem mihi et Seio?* Les Sabiniens, sans tenir compte de l'adjonction inutile de Seius, validaient cette stipulation pour le tout et faisaient acquérir la créance au stipulant; les Proculiens, plus logiques, l'annulaient à l'égard de Seius et n'attribuaient la créance au stipulant que pour moitié. Justinien confirme dans les Institutes la doctrine proculienne pour le contrat verbal; mais il reproduit au Digeste et semble donc accepter l'opinion sabinienne pour les contrats de bonne foi.

Ces deux solutions n'ont rien de contradictoire, car si les paroles sont la loi stricte de la stipulation, les contrats *bonæ fidei* comportent au contraire une interprétation plus libre de la volonté des parties (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 4 *in fine.* — *Gaius*, III, 103. — L. 64, D., *De contr. empt.* 18-1) (1).

Tempéraments en faveur du tiers. — Dans tous ces cas où le stipulant est personnellement intéressé à l'accomplissement de la prestation promise pour autrui, on comprend sans peine qu'une créance lui soit acquise; d'ailleurs il est seul investi de l'action, et la règle *alteri nemo stipulari potest* ne se trouve pas véritablement en jeu. Mais le droit classique a conçu des innovations plus graves. On voit en effet dans plusieurs textes le tiers lui-même devenir créancier par le fait du stipulant; ainsi, quand je prête de l'argent, je

(1) Cette solution ne s'appliquerait pas à la stipulation *mihi aut Seio dare spondes;* une telle stipulation serait valable pour le tout, car Seius n'est ici qu'un mandataire constitué pour recevoir payement de la créance, un *adjectus solutionis gratia* (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 4).

peux, au moyen d'un pacte adjoint au *mutuum*, imposer à l'emprunteur la nécessité de restituer entre les mains d'un tiers, cette clause suffit pour rendre le tiers créancier, même à son insu. De même, quand je remets une chose à une personne à titre de dépôt ou de commodat, je peux valablement convenir que le dépositaire ou commodataire restituera cette chose à un tiers que je désigne (L. 126, § 2, D. *De verb. oblig.* 45-1 ; L. 9, § 8 D. *De rebus creditis*, 12-1; L. 8, C. *Ad exhib.* 3-42).

On trouve encore plusieurs solutions analogues dans d'autres textes (L. 13, D., *De pign. act.* 13-7; L. 9, D., *De pactis dot.* 23-4 ; L. 2-C. *Per quas pers.*, 4-27 ; L. 7, C. *De pactis conventis*, 5-14).

Ces diverses décisions ont pour caractère commun de ne procurer jamais au tiers qu'une action *utilis*, parce qu'elle est donnée en dehors des principes. Mais on n'en aperçoit aucune raison d'être théorique et générale ; la dérogation est fondée, dans ceux de ces textes qui la discutent, sur de vagues considérations d'utilité pratique ou d'équité ; aussi notre avis est-il que cette doctrine ne doit pas être généralisée.

Remarque. — Intacte dans la vieille législation romaine, ébranlée comme on vient de le voir au temps des juriconsultes classiques, la règle *Alteri nemo stipulari potest* n'a jamais régi les personnes *alienis juris;* l'esclave ou l'enfant de famille acquière toute sorte de créances au *paterfamiliâs*, qui n'est pas un tiers pour eux. C'est un point de doctrine que nous avons déjà établi (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 4. — *Suprà*, p. 270).

Délimitation des deux règles. — Il faut se garder soigneusement de confondre l'impossibilité de stipuler ou de promettre pour autrui, avec le principe non moins célèbre de la non-représentation par autrui, qui exprime l'impuissance légale où se trouve un mandant, d'acquérir, d'aliéner ou de s'obliger par un mandataire (1). Deux grandes différences séparent ce dernier principe de notre théorie actuelle. D'abord les hypothèses ne sont pas analogues, puisque les stipulations et promesses pour autrui supposent deux contractants qui ne sont unis par aucun lien de mandat ou de gestion d'affaires au tiers qu'il s'agit de rendre créancier ou débiteur. Ensuite les effets ne sont pas les mêmes ; la règle de la non-représentation par autrui n'empêche pas la naissance d'une obligation, qui

(1) La théorie de la non-représentation juridique *per extraneam personam* sera exposée plus loin à propos du mandat.

s'arrête seulement sur la tête du mandataire, au lieu d'être acquise ou due par le mandant; mais les stipulations ou promesses pour autrui sont absolument inefficaces entre les contractants tout aussi bien qu'à l'égard du tiers. La preuve qu'il n'y a rien de commun entre ces deux manières, c'est que notre Code civil a rejeté la règle artificielle et purement romaine de la non-représentation par autrui, tout en conservant la règle de bon sens qu'on ne peut stipuler ou promettre pour autrui.

On doit enfin noter un point de droit dont l'importance capitale apparaîtra plus tard. Toute partie dans un contrat, qu'elle s'en explique ou non, contracte du même coup pour ses héritiers, et sa créance ou sa dette entrera dans sa succession, si elle n'est acquittée de son vivant (L. 38, § 14, D. *De verb. oblig.* 45-1. — *Conf.* C. C. art. 1122).

Mais le contrat dont je limiterais expressément l'effet à mes héritiers, en déclarant que j'y reste étranger moi-même, n'aurait aucune valeur juridique, car mes héritiers ainsi distingués de ma personne seraient pour moi des tiers. Tel est du moins le droit classique; on va voir bientôt que Justinien l'a modifié (*Gaius*, III, 100. — L. 1, C. *Ut actiones*, 4-11).

QUATRIÈME SECTION

NULLITÉ QUI TIENT A LA *causa civilis*.

Les règles qui vont suivre sont exclusivement applicables au contrat de stipulation, puisqu'elles tiennent à sa forme particulière qui consiste dans une réponse précédée d'une interrogation.

I. — La stipulation étant un contrat verbal, il en résulte d'abord qu'elle est inaccessible aux muets : *mutum nihil pertinere ad obligationem verborum naturâ manifestum est*. La même solution a prévalu pour le sourd; la jurisprudence romaine admit en principe que les deux parties devaient, non seulement parler, mais encore s'entendre réciproquement, *exaudire invicem debent* (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 7. — *Gaius*, III, 105. — L. 1, § 14, 15, D. *De oblig. et act.* 44-7) (1).

II. — Pour la même raison, la stipulation ne peut se former

(1) Rien n'empêche cependant les muets, les sourds et les absents de se faire valablement représenter à la stipulation par un de leurs esclaves qui stipulera ou promettra pour leur compte (L. 1, pr. D., *De verb. oblig.* 45-1).

entre personnes qui ne sont pas en présence l'une de l'autre, *verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est* (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 12. — *Paul*, S. L. II, t. VII, § 2).

III. — Il faut de plus, sous peine de nullité, que la stipulation soit continue, *continuus actus;* on veut dire par là que, la réponse doit suivre de près la demande, sans qu'il s'intercale entre elles un trop long espace de temps, ni surtout un autre acte juridique tout à fait étranger (L. 1, § 1 ; L. 137, D. *De verb. oblig.*, 45-1 ; L. 12 pr., D. *De duobus reis*, 45-2).

IV. — On exige enfin une parfaite concordance (*congruentia*) entre la demande et la réponse ; si la *promissio* n'est pas entièrement adéquate à la *stipulatio*, le sort du contrat se trouve mis en question. Le défaut de concordance est-il assez grave pour supprimer au fond l'accord des volontés, par exemple, me promettez-vous l'esclave Stichus quand je stipulais de vous l'esclave Pamphile, ou me le promettez-vous sous condition quand je le stipulais purement et simplement ? Alors, en vertu d'un principe supérieur aux nécessités de la forme, le contrat est nul faute de consentement, pour le tout et de l'avis de tous (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 5. — L. 1, § 3 ; L. 83, § 2, D. *De verb. oblig.* 45-1) (1).

Les opinions sont au contraire partagées, lorsque le défaut de concordance entre la demande et la réponse porte sur un point accessoire, par exemple sur la quantité de l'objet promis. Ainsi, dans l'hypothèse où vous stipulez dix, si l'autre partie ne vous promet que cinq, Gaius annule le contrat pour le tout ; Ulpien et Paul le déclarent efficace jusqu'à concurrence de cinq, par la raison que la demande et la réponse ont concordé dans cette mesure ; car cinq sont compris dans dix. Justinien, par une contradiction assez inexplicable, donne successivement tort et raison à chacune de ces deux doctrines opposées (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 5, 18. — *Gaius*, III, 102 ; — L. 1, § 4 ; L. 83, § 3, D. *De verb oblig.* 45-1).

(1) Toutefois, les jurisconsultes de l'époque classique introduisirent sur ce point un correctif remarquable ; ils décidèrent que la stipulation nulle pour défaut de *congruentia* serait validée si les parties, par un pacte ajouté *in continenti*, supprimaient aussitôt toute différence entre la demande et la réponse (L. 1, § 3, D. *De verb. oblig.* 45-1).

APPENDICE

PREUVE DE LA STIPULATION.

Conformément à un principe général suivi dans toutes les législations, c'est celui qui veut se prévaloir d'une stipulation ou d'un contrat quelconque qui doit en établir l'existence et la régularité (L. 2, D. *De probat.* 22-3. — *Sic*, C. C. art. 1315).

Cette preuve, ou plutôt cette démonstration peut se faire par tous les moyens possibles, par écrit, par témoins, par l'aveu de l'adversaire, par serment et même par de simples présomptions (L. 4; *De fide instr.* 22-4; L. 1, § 2, D. *De testibus*, 2, L. 15, D., 25, — L. 15; C. *De fide instr.*, 4-21). Mais de tous ces moyens de preuve, le plus usité surtout à l'époque classique était celui qui se tirait des écrits probatoires (*instrumenta*, *cautiones*).

La simple déclaration écrite, *in instrumento*, *in cautione*, qu'une promesse a été faite, suppose et constate implicitement, jusqu'à démonstration contraire, la parfaite conformité de la demande et de la réponse et la pleine régularité du contrat verbal. Mais, dans le droit classique, la démonstration contraire était toujours recevable au profit du débiteur, contre l'écrit qui alléguait mensongèrement une promesse de sa part; et la preuve contraire pouvait se faire librement même par témoins; il résulte donc de là que le droit romain permettait en principe de combattre une preuve littérale par une preuve testimoniale (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 17; — L. 134, § 2, D. *De verb. oblig.* 45-1. — *Contrà*, C. C. art. 1341).

Il y avait là un danger sérieux, Justinien voulut y remédier; dans ce but, il rendit cette preuve presque impossible, en la subordonnant à la condition d'établir, par d'autres écrits ou par des témoins irréprochables, l'*alibi* du débiteur pendant toute la durée du jour désigné comme la date de la stipulation. Désormais le créancier trouve dans cette influence de l'écrit un remède contre les vices de forme d'une stipulation irrégulière; et si l'acte est mensonger, il suffit qu'au jour de sa date le prétendu promettant se soit rencontré dans le lieu de sa rédaction, pour que l'imposture demeure inattaquable (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 12; — L. 14, C. *De contr. et comitt. stip.* 8-38).

CHAPITRE XVIII

ÉLÉMENTS ACCIDENTELS DE LA STIPULATION.

(*Inst.* L. III, t. XV, XVI, XX.)

Suivant une définition déjà connue, on entend par éléments accidentels de la stipulation ou de tout autre contrat, les clauses et circonstances qui n'y sont pas sous-entendues, et que les parties peuvent ajouter librement. L'étude des modalités ou *causæ* n'est pas spéciale à la stipulation, elle s'applique à tous les contrats.

PREMIÈRE SECTION

MODALITÉS.

(*Inst.* L. III, t. XV, § 2-7.)

Une stipulation peut être pure et simple, conditionnelle ou à terme; *omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit.* Le terme et la condition, sans être les seules modalités des contrats, sont de beaucoup les plus ordinaires et les plus importantes. Un fragment célèbre d'Ulpien renferme, sous une forme admirablement précise, le germe de leurs principales règles (L. 213, pr. D. *De verb. sign.* 50-16).

Si la stipulation est pure et simple, l'obligation se trouve immédiatement créée et immédiatement exigible : *ubi quis purè stipulatus fuerit, et cessit et venit dies.* Le jour du contrat n'appartient pas même en entier au promettant, et le stipulant peut réclamer le payement aussitôt après la stipulation. Mais le droit n'est pas le domaine des chimères ; aussi on verra bientôt qu'une promesse, pure et simple en apparence, renferme souvent par la force même des choses un terme implicite ou virtuel (*Inst.* L. III, t. XV, *De verb. oblig.* § 2).

§ I

Terme.

Dans un sens très général, il y a terme, *dies*, lorsque l'exigibilité ou l'extinction d'un rapport de droit est différée jusqu'à l'arrivée

d'un événement d'ailleurs inévitable. En matière contractuelle, le terme est le délai qui retarde l'exécution ou la résolution d'un contrat.

Il résulte de cette définition que le terme peut se présenter sous deux aspects fort différents : tantôt, il se borne à suspendre l'exécution d'un contrat, c'est le terme suspensif, *dies à quo ;* tantôt au contraire, il produit l'extinction ou la résolution d'un contrat, c'est le terme extinctif ou résolutoire, *dies ad quem* (L. 44, § 1, D. *De oblig. et act.* 44-7).

Terme suspensif. — Si la stipulation est faite sous un terme suspensif, l'obligation se trouve immédiatement créée, mais non pas immédiatement exigible : *ubi quis in diem stipulatus fuerit, cessit dies, sed nondùm venit.* Autrement dit, le terme suspensif n'affecte ni la naissance ni l'existence de l'obligation, il en retarde seulement l'exigibilité (*Inst.* L. III, t. XV, *De verb. oblig.* § 2. — *Gaïus*, III, 124 — L. 46, D. *De verb. oblig.* 45-1. — *Conf.* C. C. art. 1185).

En principe, le terme est apposé au contrat dans l'intérêt du débiteur ; il résulte de là deux conséquences : 1° le créancier est tenu d'attendre l'échéance pour agir contre le débiteur, sous peine d'encourir la *plus petitio tempore* dans les actions qui la comportent ; or le dernier jour du terme appartient en entier au débiteur, qui n'est passible de poursuites que le lendemain ; c'est la règle connue : *dies termini computatur in termino ;* 2° le débiteur peut renoncer au bénéfice du terme, supposé dans son intérêt jusqu'à preuve contraire. Il a donc le droit de payer avant l'échéance, et s'il l'a fait, même par erreur, on lui refuse la *condictio indebiti ;* car sa dette existait, quoique inexigible encore (*Inst.* L. III. t. XV, *De verb. oblig.* § 1. — *Gaius*, IV, 53 et s. — L. 10, D. *De cond. ind.* 12-6 ; L. 17, D. *De reg. juris*, 50-17, — *Conf.* C. C. art. 1186, 1187).

Cependant, il peut arriver que le terme soit apposé au contrat dans l'intérêt du créancier ; deux questions prennent alors naissance : 1° il est tout d'abord incontestable que le débiteur ne peut en ce cas imposer le payement au créancier avant l'échéance ; 2° le créancier peut-il au moins l'exiger ? L'affirmative est certaine, quand la créance provient d'un acte entre-vifs, œuvre du créancier lui-même, par exemple, dans le cas du dépôt à terme. La négative est probable, quand la créance provient d'un testament, œuvre d'un tiers qui a voulu reculer l'exigibilité du droit pour le bien du créancier, par exemple, dans le cas d'un legs ou fidéi-commis exé-

cutoire à la puberté du bénéficiaire, *in tempus pubertatis* (L. 1, § 22, D. *Depositi*, 16-3 ; L. 15, D. *De annuis leg.* 33-1).

Terme exprès ou tacite. — Le terme est ordinairement exprès. Mais il existe virtuellement et sans clause explicite, lorsqu'un contrat, pur et simple en apparence, n'est pas susceptible de recevoir une exécution immédiate. C'est ainsi qu'un terme tacite résulte de l'indication d'un lieu de payement autre que le lieu de la promesse; il peut aussi dériver de la nature de ce qui est promis ; il va de soi notamment que toute stipulation d'un *dare* doit laisser au promettant le délai moralement nécessaire pour l'accomplissement de la tradition, de la mancipation ou du mode d'acquérir quelconque dont il veut faire usage. L'appréciation du terme tacite, quand les parties ne s'entendent pas, revient naturellement au juge. Il est même des hypothèses où le délai se trouve tellement essentiel au contrat, que les parties, en le supprimant par une disposition formelle, empêchent la naissance de l'obligation; tel serait le cas où l'on promettrait à Rome de payer immédiatement une somme à Carthage (*Inst.* L. III, t. XV, *De verb. oblig.* § 5 ; t. XIX, *De inut. stip.* § 7. — L. 73 ; L. 137, § 2, D. *De verb. oblig.* 45-1).

Terme certain ou incertain. — Le terme est certain, *dies certus*, lorsque la date de l'échéance est connue d'avance ; par exemple, *primis calendis martiis dare spondes?* Il est incertain, *dies incertus*, lorsqu'on n'en peut déterminer par avance la durée ; ainsi *mortuo Titio dare spondes?* Dans les testaments, le terme incertain joue le rôle et produit les effets d'une véritable condition. Mais dans les contrats, tous les principes du terme certain lui demeurent applicables, bien qu'il soit d'un usage beaucoup plus rare en pratique (L. 75, D. *De cond. et dem.* 35-1).

Les Institutes donnent plusieurs exemples intéressants de terme incertain (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 13, 15, 16).

1° *Post mortem meam* ou *tuam.* Les jurisconsultes classiques annulaient la stipulation qui n'était exigible qu'après la mort du stipulant ou du promettant, parce qu'elle semblait, en n'ouvrant action qu'aux héritiers ou contre les héritiers, violer la règle très raisonnable qu'une obligation ne saurait commencer dans leur personne, sans avoir au préalable pris naissance sur notre tête; car ils ne seraient plus alors nos représentants et continuateurs, mais seulement des tiers (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 13. — *Gaius*, III, 100).

2° *Pridiè quàm moriar*, ou *quàm morieris*. Ces stipulations étaient nulles comme les précédentes et par le même motif; la veille de la mort du contractant, en effet, ne sera connue qu'après sa mort, et ses héritiers pourront seuls exercer ou subir l'obligation (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 13).

3° *Quùm morieris*, ou *quùm moriar*. Inconséquents avec leur principe, dont l'application paraît ici logique et nécessaire encore, les Romains ont toujours validé ces promesses, sous le bizarre prétexte que le moment de la mort fait partie de la vie, et que l'action prend donc naissance sur la tête du contractant lui-même, non de ses héritiers seulement (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 15. — *Gaius*, III, 100).

4° *Post mortem alterius*. Aucun doute n'a jamais pu s'élever, en thèse générale, sur la parfaite correction de cette modalité (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 16).

La nullité des stipulations *post mortem meam* ou *tuam*, *pridiè quàm moriar* ou *morieris*, se fondait sur une confusion manifeste entre la naissance du droit et son exigibilité. Qu'un droit ne puisse naître en la personne des héritiers, nul ne le conteste; mais qu'une fois né sur la tête du contractant, il ne puisse rester inexigible jusqu'à sa mort, c'est une exagération regrettable. Justinien considéra sans doute que toutes les stipulations précitées avaient pour but unique de retarder l'exécution, non la formation de la créance; aussi les valida-t-il sans distinction (L. 1, C. *Ut actiones*, 4-11).

La stipulation du fils de famille et de l'esclave dépend de règles spéciales. Faite *post mortem alterius*, elle était nulle, si le tiers dont le décès devait la rendre exigible n'était autre que le père ou le maître; car ce dernier était censé stipuler lui-même. La même idée conduisait à décider que le fils de famille et l'esclave stipulaient valablement *post mortem suam*. Justinien étendit d'ailleurs sa nouvelle doctrine à ces cas particuliers (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 13. — F. V. § 57).

Mais la situation est bien différente, lorsqu'en promettant ou stipulant pour nous-mêmes, nous exprimons dans le contrat que la dette ou la créance passera sur la tête d'un de nos héritiers, à l'exclusion des autres. Cette question nouvelle se rattache au droit successoral. Créances ou dettes se partagent entre les héritiers dans la mesure de leurs parts héréditaires, nonobstant toutes clauses contraires. Cette règle ne comporte pas de dérogation pour

les dettes. Quant aux créances, une exception est admise dans les stipulations *ad faciendum;* les parties peuvent convenir qu'un seul des héritiers du stipulant sera créancier du fait promis. Du reste, en dehors de cette hypothèse, on trouve dans les testaments la ressource que refusent les contrats; car tel de mes héritiers supportera seul la dette, si je lègue aux autres leur libération, ou profitera seul de la créance, si je lui lègue les parts qu'y auront ses cohéritiers (L. 56, § 1 ; L. 137, § 8, D. *De verb. oblig.* 45-1).

Terme extinctif ou résolutoire. — La vieille loi romaine, rigoureusement fidèle au principe de la perpétuité des droits de créance, tenait, en règle générale, le terme extinctif ou résolutoire pour non avenu dans les obligations ; par exemple, si j'ai stipulé *centum aureos usque ad calendas januarias*, l'arrivée des calendes de janvier ne libérera pas mon débiteur. Cette règle s'exprimait en disant : *ad tempus deberi non potest.* Le droit prétorien, plus docile à la volonté des parties, consacrait au contraire l'effet du terme extinctif, en permettant au débiteur de repousser par l'exception générale de dol ou par l'exception péciale de pacte, toute demande intentée après l'échéance (L. 44, § 1, D. *De oblig. et act.* 44-7).

Dans la pratique, le *dies ad quem* ne s'appliquait guère aux dettes d'une quantité fixe ou d'une valeur déterminée ; car il eût été trop facile au créancier de le rendre illusoire, en poursuivant le débiteur avant l'échéance. La véritable utilité de ce terme n'apparaît que dans les dettes de prestations périodiques ; telle est, par exemple la stipulation de rente viagère.

Rente viagère par stipulation ou par legs. — Les Institutes citent en effet, comme exemple classique de terme résolutoire appliqué à une obligation portant sur des prestations périodiques, la stipulation de rente viagère : *Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?* Pour en apercevoir nettement la portée, il faut la comparer avec le legs de rente viagère : *heres meus damnas esto dare Titio decem aureos annuos, quoad Titius vivet* (*Inst.* L. III, t. XV, *De verb. oblig.* § 3. — L. 16, § 1, D. *De verb. oblig.* 45-1 ; L. 4 ; L. 11, D. *De annuis legatis*, 33-1). Les jurisconsultes romains nous signalent trois différences essentielles entre la stipulation de rente viagère et le legs de rente viagère.

1° La stipulation de rente viagère est *une*, le legs de rente viagère est *complexe*. En d'autres termes, les diverses annuités sont dans le premier cas l'objet d'une seule et même créance, dont le paye-

ment se fera par fractions égales, à des dates échelonnées; au contraire, les diverses annuités sont dans le second cas l'objet de plusieurs créances distinctes et successives. Il en résulte que la stipulation de rente viagère engendre une action unique tandis que le legs engendre autant d'actions que de prestations annuelles.

2° La stipulation de rente viagère est *incertaine*, le legs est *certain*. En effet, le legs produit autant de créances, c'est-à-dire autant de legs que le légataire vivra d'années; la première de ces créances est pure et simple, tandis que toutes les autres restent subordonnées à la condition que le légataire ne sera pas mort avant leur naissance; mais si le nombre en est inconnu, il n'y a pas de doute sur le montant de chacune, et le légataire agit à chaque échéance par une *condictio certi*, qui n'altère nullement son droit éventuel aux futures annuités. Bien différent est le cas de la stipulation; comme elle ne produit qu'une seule et même créance applicable à toutes les annuités, la somme des prestations périodiques est actuellement indéterminable; car on ne peut savoir combien d'années vivra le créancier. L'action ouverte au stipulant est donc une *condictio incerti*, et s'il n'a soin d'employer un moyen de procédure qui sera plus tard expliqué sous le nom de *præscriptio*, une seule demande aura pour effet de déduire tout entière en justice et de consommer définitivement sa créance, qui est unique (*Gaius*, IV, 131. — L. 16, § 1, D. *De verb. oblig.* 45-1).

3° Enfin, la stipulation survit au stipulant, ce qui veut dire qu'elle est *perpétuelle* tandis que le legs prend fin par la mort du légataire, ce qui veut dire qu'il est *temporaire*. C'est que le légataire, en mourant, fait défaillir la condition qui suspendait la naissance de son droit aux annuités futures; ce droit ne saurait donc pour l'avenir ni se former ni se transmettre. Mais la créance déjà née de la stipulation passe aux héritiers du stipulant, d'après la règle civile que l'échéance du terme n'est pas un mode extinctif des obligations : *ad tempus deberi non potest*. Le préteur opposerait seulement l'*exceptio doli* ou *pacti* à l'héritier qui voudrait, armé de ce principe subtil, réclamer le payement de la rente viagère, après la mort du crédi-rentier (*Inst.* L. III, t. XV, *De verb. oblig.* § 3).

Bref, si la stipulation de rente viagère est *una, incerta, perpetua*, on voit dans le legs de rente viagère *plura legata, certa, non perpetua*. De ces deux théories, celle du legs est la seule raisonnable; celle de la stipulation est doublement vicieuse, puisqu'elle nuit au stipu-

lant par l'incertitude de sa créance, et au promettant par la perpétuité de sa dette. La raison de la différence apparaît dans la nature diverse des deux actes. Une stipulation, contrat de droit strict, ne peut engendrer plusieurs créances différentes, la première pure et simple, les autres conditionnelles; aussi n'en produit-elle qu'une. Un legs, au contraire, s'interprète plus librement ; on y recherche avant tout ce qu'a voulu le testateur *in testamentis, plenius voluntates testantium interpretantur* (L. 12, D. *De reg. juris*, 50-17).

Extension de ces règles. — Les règles de la stipulation de rentes viagère doivent naturellement s'étendre, par identité de motifs, à toutes les stipulations affectées d'un terme extinctif incertain ; car lorsque les annuités sont appelées à finir par la mort du promettant ou d'un tiers, au lieu de la mort du stipulant, la situation reste exactement la même.

Mais on finit vraisemblablement par appliquer les règles du legs de rente viagère à toutes les créances d'une somme fixe et payable en plusieurs termes, fussent-elles nées d'une stipulation; comme le nombre des annuités était précisé d'avance, on eut le bon sens de reconnaître en ce cas plusieurs obligations distinctes, dont chacune portait sur un *certum* (L. 140, § 1, D. *De verb. oblig.* 45-1).

Il y a certains contrats de bonne foi, comme la société, le mandat, le louage d'ouvrage, qui finissent par la mort des parties. Mais ce qui disparaît ainsi, ce n'est que le contrat; quant aux obligations qu'il a déjà produites, elles ne peuvent pas plus que les obligations de droit strict s'éteindre par l'arrivée d'un terme ; le principe est général, *ad tempus deberi non potest*. Seulement on doit penser que les applications en sont atténuées au besoin *ex bonâ fide* toutes les fois que l'équité l'exige.

§ II

Condition.

On désigne techniquement par condition, *conditio*, tout événement futur et incertain dont l'arrivée doit amener la formation ou l'extinction d'un rapport de droit et spécialement, en notre matière, d'une obligation contractuelle (*Conf.* C. C. art. 1168).

Caractères essentiels. — *La condition doit consister dans un événement futur.* — Il résulte de là que si l'on fait dépendre un acte d'un événement présent ou passé, quoique ignoré des parties, l'acte ne

sera pas conditionnel, mais réellement pur et simple ; telle est la stipulation : *si Titius consul fuit*, ou *si Mœvius vivit, dare spondes* ? En effet, il n'y a pas incertitude sur l'existence même du droit, l'incertitude ne règne que dans l'esprit des parties, et le sort de l'opération est fixé d'ores et déjà ; ou bien l'obligation a pris naissance, ou bien elle ne se formera jamais. C'est ainsi que s'exprime Justinien sur le compte de ces *conditiones quæ ad præsens vel præteritum referuntur* (*Inst.* L. III, t. XV, *De verb. oblig.* § 6. — *Conf.* C. C. art. 1181).

La condition doit consister dans un événement incertain. — C'est par ce caractère qu'elle se distingue du terme, dont l'échéance est toujours inévitable. Il importe peu d'ailleurs que les causes déterminantes de l'arrivée ou de la non-arrivée du fait existent dès à présent ; si le résultat échappe aux prévisions humaines, l'incertitude est suffisante. Par exemple je m'oblige *si navis ex Asiâ venerit*, ou si mon *ancilla*, présentement enceinte, met au monde deux jumeaux ; dans les deux hypothèses il y a condition, parce que l'une et l'autre présentent une incertitude qu'on ne peut dissiper (L. 28, § 5, D. *De judiciis*, 8-5 ; L. 38, D. *De rebus. cred.* 12-1).

Division des conditions. — On voit par là que si l'on fait dépendre un rapport de droit d'un événement futur mais qui doit infailliblement arriver, l'opération ne devient pas conditionnelle. De pareilles modalités ne changent rien en effet à la nature pure et simple de l'acte, et c'est abusivement qu'on les classe dans la théorie des conditions, sous le nom de *conditions nécessaires* (L. 9, § 1, D. *De novat.* 46-2 ; L. 18, D. *De cond. indeb.* 12-6).

Conditions impossibles et illicites. — Il est non moins évident que si l'on fait dépendre un rapport de droit d'un événement qui ne peut pas arriver, l'opération ne saurait être conditionnelle ; car il n'y a aucune incertitude sur le sort de l'acte juridique. Cependant la *condition impossible* joue un grand rôle dans les textes, et l'examen en est indispensable.

Est impossible, en général, toute condition contraire à la nature ou aux lois. Contraire à la nature, on la dit *physiquement impossible ;* contraire aux lois, on la dit juridiquement impossible, *illicite*, *immorale*. Qu'une condition soit illicite, quand elle consiste dans un fait prohibé, tel qu'un homicide, un sacrilège ou tout autre délit, chacun le comprend. Mais une règle plus subtile, c'est qu'une condition peut revêtir le même caractère, en imposant ou défendant un acte qui n'a d'ailleurs en lui-même rien d'obligatoire ni d'interdit ;

par exemple, sont illicites en ce sens les conditions qui tendent à restreindre ou à gêner le droit de se marier, à imposer le divorce ou le maintien du mariage, etc. (L. 7, § 2; L. 72, § 4 D. *De cond. et dem.* 35-1 ; L. 97, §2, D. *De verb. oblig.* 45-1.—L. 2, C. *De inut. stip.* 8-39).

En thèse générale, la condition impossible ou illicite est réputée non écrite dans les testaments, qu'elle laisse purs et simples. Dans les contrats, elle produit ou non la nullité de l'obligation suivant qu'elle est positive ou négative (*Conf.* C. C. art. 900, 1172).

Conditions positives ou négatives. — La condition est positive, lorsqu'elle doit se réaliser par l'accomplissement d'un fait, *si navis ex Asiâ venerit, si Titius consul fuerit*, etc. Elle est négative, lorsqu'elle doit se réaliser par l'inaccomplissement d'un fait, *si navis ex Asiâ non venerit, si Titius consul non fuerit*, etc.

Or la condition est-elle physiquement impossible ? Positive, elle annule le contrat et l'obligation, faute d'un consentement sérieux ; par exemple, *si digito cœlum tetigero, dare spondes ?* en pareille hypothèse, l'acte juridique est une œuvre de folie ou de plaisanterie, et comme tel ne saurait avoir effet. Négative, elle se confond avec la condition nécessaire, et laisse le contrat pur et simple ; par exemple, *si digito cœlum non attigero, dare spondes ?* car en pareille hypothèse, rien ne s'oppose à l'effet immédiat de l'acte (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 11).

La condition est-elle illicite ? Alors elle peut s'accomplir en fait, et même se trouver licite par la suite ; mais il n'importe que l'événement mis *in conditione* soit de nature à devenir légal ultérieurement, et l'on doit toujours l'apprécier d'après le caractère qu'il offre au moment de la promesse. Positive, une telle condition n'annule pas le contrat, lorsque c'est dans la personne du débiteur qu'elle doit s'accomplir ; par exemple, *si homicidium feceris, dare spondes ?* car elle n'a d'autre but que d'empêcher l'acte délictueux par la crainte d'une dette, et l'obligation, étant alors conforme aux bonnes mœurs, doit être valable et conditionnelle. En tout autre cas, soit positive dans la personne du créancier, soit négative dans la personne du stipulant ou du promettant, la condition illicite annule le contrat ; par exemple, *si homicidium fecero dare spondes ? si homicidium non fecero*, ou *non feceris, dare spondes?* car on aperçoit au premier coup d'œil que cette créance, tantôt salaire du délit, tantôt peine ou prix d'une abstention suffisamment prescrite par la morale, aurait toujours une cause honteuse, *turpis causa* (*Inst.* L. III,

t. XIX, *De inut. stip.* § 24. — L. 7, § 3, D. *De pactis*, 2-14 ; L. 137, § 6, D. *De verb. oblig.* 45-1).

Conditions expresses ou tacites. — Les conditions se divisent aussi en expresses et tacites. Les conditions tacites se subdivisent elles-mêmes en conditions *juris* et en conditions *facti*. Les *conditiones juris*, c'est-à-dire celles qu'exige la loi pour l'acquisition d'un droit, n'ont de la condition que le nom et restent en dehors de notre théorie; par exemple, le testament qui appelle Titius à l'hérédité de Seius n'en est pas moins pur et simple, bien que subordonné implicitement à la condition indispensable de l'adition d'hérédité. Les *conditiones facti*, c'est-à-dire celles qui, sans être exprimées, résultent suffisamment des circonstances de l'acte, ont l'effet ordinaire des conditions : par exemple, la constitution de dot antérieure au mariage est implicitement subordonnée à l'accomplissement des *nuptiæ*. Les conditions expresses, tout comme le terme explicite, annulent certains actes dont la nature est de répugner aux modalités, notamment la *manumissio censu* et *vindicta*, l'adoption et l'adrogation, l'émancipation, la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, l'*expensilatio*, l'acceptation, l'adition d'hérédité, etc. Ces mêmes actes supportent au contraire les modalités tacites : *expressa nocent, non expressa non nocent* (L. 77, D. *De regulis juris*, 50-17).

Conditions casuelles, potestatives ou mixtes. — La condition est enfin, *casuelle*, lorsqu'elle dépend du hasard ou de la volonté d'un tiers ; *si navis ex Asiâ venerit*, ou *si Titius voluerit*, etc. Elle est *purement potestative*, lorsque sous la forme *si voluerit*, *si voluero* ou toute autre équivalente, elle subordonne l'existence du droit à la simple volonté d'une partie. Elle est *mixte* (on dit aussi *potestative*, mais à tort), lorsqu'elle dépend tout ensemble et du hasard ou de la volonté d'un tiers, et de la volonté d'une partie : par exemple, *si Titia tecum nupta fuerit*, etc. Le seul intérêt pratique de cette distinction, en matière de contrats, c'est que la condition purement potestative de la part du débiteur annule l'obligation ; car elle la prive d'un élément essentiel, le *vinculum juris* (L. 17 ; L. 46, § 3 ; L. 108, § 1, D. *De verb. oblig.* 45-1. — *Conf.* C. C. art. 1169, 1170, 1171, 1174).

Accomplissement des conditions. — Déterminer si la condition se trouve réalisée ou défaillie, est plutôt une question de fait qu'une question de droit ; on doit donc la résoudre, dans chaque hypothèse donnée, suivant les termes de la convention ou de la disposition conditionnelle (L. 115, § 2, D. *De verb. oblig.* 45-1).

Il faut cependant poser quatre règles précises, dont les conséquences ont une grande portée pratique.

1° *Influence du délai fixé.* — S'il a été fixé un délai pour l'accomplissement de la condition, on doit le respecter. Positive, la condition ne peut s'accomplir utilement qu'avant la fin du délai, et toute réalisation ultérieure serait inefficace ; négative, la condition s'accomplit par le seul fait que le délai expire avant la survenance de l'événement. Supposons que je vous ai promis cent, sous la condition que vous ferez ou ne ferez pas un voyage dans l'année ; au premier cas, vous n'obtiendriez pas la créance en faisant le voyage après l'année ; au second cas, vous devenez créancier dès que l'année s'achève sans voyage de votre part.

S'il n'y a pas eu de délai fixé, la condition positive est accomplie utilement en un temps quelconque, et la condition négative, dès la certitude acquise que l'événement ne se réalisera pas (L. 59, § 1, D. *De cond. et dem.* 35-1 ; L. 10, D. *De verb. oblig.* 45-1).

2° *Epoque où la condition peut s'accomplir.* — En principe, la condition peut utilement se réaliser même après la mort des contractants ou de l'un d'eux ; ceci veut dire que les créances et les dettes conditionnelles sont ordinairement transmissibles tant au point de vue actif qu'au point de vue passif. Il n'en serait autrement que dans le cas où le contrat serait intervenu *intuitu personæ ;* nous verrons également que la théorie des testaments nous offrira une solution différente (*Inst.* III, t. XIX, *De inut. stip.* § 25. — *Conf.* C. C. art. 1179).

3° *Indivisibilité de la condition.* — La condition est indivisible. Appliquée au créancier, l'indivisibilité signifie que l'accomplissement partiel de la condition ne compte pas, et que le droit ne prend naissance pour aucune partie, jusqu'à la réalisation entière et consommée du fait. Par exemple, j'ai stipulé *si fundum dedero, centum dare spondes ?* un de mes héritiers aura beau donner la part qu'il a dans le fonds ; il ne pourra pas réclamer une part correspondante des *centum*, tant que ses cohéritiers ne se seront pas exécutés aussi (L. 23, D. *De cond. et dem.* 35-1).

Appliquée au débiteur, l'indivisibilité signifie que la personne obligée sous une condition qui dépend de sa volonté (sans être purement potestative), doit tout ce qu'elle a promis, bien qu'elle n'ait contrevenu que partiellement à la condition. Ce résultat apparaît clairement dans les stipulations pénales : *si fundum non dederis, cen-*

tum dare spondes ? Que le promettant laisse plusieurs cohéritiers, et l'inexécution du chef d'un seul d'entre eux fait encourir la peine pour le tout (L. 85, § 6, *De verb. oblig.* 45-1) (1).

4° Cas où la condition défaillie est tenue pour accomplie. — Il peut arriver que la condition défaillie soit légalement tenue pour accomplie. Telle est incontestablement l'hypothèse où l'accomplissement de la condition est frauduleusement empêché par le débiteur intéressé à ce quelle ne se réalise pas ; mais il faut que cette défaillance soit amenée *injuriâ*, sans droit ; par exemple, le débiteur ferait impunément échouer une condition potestative de sa part. Lorsqu'il s'agit d'une condition de donner ou de faire imposée dans l'intérêt d'un tiers et subordonnée à son concours, il peut en empêcher l'accomplissement par son refus ; on la suppose alors accomplie en matière testamentaire, mais non dans les contrats de droit strict ; peut-être, dans les contrats de bonne foi, la question était-elle subordonnée aux circonstances de fait (L. 50, D. *De cont. emp.* 18-1 ; L. 23, D. *De cond. inst.* 28-7 ; L. 80, § 1, D. *De cond. et dem.* 35-1 ; L. 5, § 5, D. *Quando dies leg.* 36-2 ; L. 161, D. *De reg. juris*, 50-17. — *Conf.* C. C. art. 1178).

Si la condition vient à défaillir par l'effet d'un cas fortuit, on ne la tient pas pour réalisée (L. 31, D. *De cond. et dem.* 35-1).

Effets des conditions. — La condition suspend et rend incertaine, tantôt la formation, tantôt la résolution du droit. Dans le langage romain, il n'y a de véritable condition qu'au premier cas, car un droit éventuellement résoluble est considéré comme pur et simple tant que la condition ne s'est pas accomplie (L. 2, D. *De in diem add.* 18-2). Mais, dans le langage moderne, on distingue avec assez de raison la condition suspensive et la condition résolutoire, d'après cette différence d'effets.

Effets de la condition suspensive. — Quand le contrat est fait sous une condition suspensive, l'obligation ne se trouve actuellement ni exigible ni même créée : *neque cessit, neque venit dies, pendente adhùc conditione* (L. 213, D. *De reg. juris*, 50-17). Il faut donc étudier les résultats de la condition suspensive, à une double époque : 1° avant la réalisation de la condition, *pendente conditione ;* 2° après l'arrivée de la condition, *impletâ conditione.*

(1) La règle de l'indivisibilité de la condition se rencontre aussi dans les dispositions testamentaires, mais elle s'y applique d'une manière moins rigoureuse et moins absolue (L. 44, § 9, D. *De cond. et dem.* 35-1).

Pendente conditione. — Tant que la condition reste en suspens, *pendente adhùc conditione*, le principe est que le contrat ne produit pas un droit actuel et présent, ni créance ni dette. Par conséquent :

1° Le payement fait par erreur *pendente conditione* peut être répété jusqu'à l'accomplissemet de la condition (L. 16, pr., D. *De cond. indeb.* 12-6).

2° Le créancier n'a aucune action contre le débiteur, durant la même période. On peut même soutenir, en dépit de certaines difficultés de texte, qu'il n'encourt pas la *plus petitio* en poursuivant *pendente conditione ;* car il ne saurait déduire efficacement en justice une action qui n'existe pas (*Inst.* L. IV, t. VI, *De action.* § 33 ; L. 13, § 5, D. *De pign. et hypot.* 20-1 ; L. 43, § 9, D. *De œdil. edict.* 21-1).

3° Le créancier est libre de refuser le payement jusqu'à l'arrivée de la condition ; il serait, en effet, suivant l'intention du *solvens*, ou donataire de ce qu'il aurait touché, ou débiteur pour le cas d'inaccomplissement, alternative que le débiteur ne peut pas lui imposer.

4° Le contrat conditionnel est non avenu, lorsque la chose qui en fait l'objet périt totalement *pendente conditione.* Les conséquences de cette règle varient avec les contrats ; formellement appliquée par les textes à la stipulation, elle rencontre ses plus intéressantes applications dans la théorie de la vente et de la novation (L. 8. D. *De peric. et comm.* 18-6 ; L. 14, pr., D. *De novation.* 46-2 ; L. 5, C. *De peric. et comm.* 4-48).

5° Si le créancier fait défaillir la condition, il n'a pas appauvri son actif, et son intention frauduleuse fût-elle démontrée, il n'a pas donné ouverture à l'action Paulienne en faveur de ses propres créanciers (L. 6, § 1, D. *Quæ in fraudem*, 42-8).

6° L'obligation conditionnelle ne se forme pas, dans le cas où, lors de l'arrivée de la condition, le débiteur ou le créancier éventuel a perdu toute personnalité juridique, sans laisser de successeur (L. 14, § 1, D. *De novation.* 46-2).

Mais au principe, ainsi compris et développé, on avait apporté des correctifs, surtout en matière de contrats. Il existe en effet au profit du créancier sous condition, un droit éventuel, *spes debitum iri*, dont les effets ne laissent pas que d'être considérables (*Inst.* L. III, t. XV, *De verb. oblig.* § 4, *in fine*).

1° Les créances et dettes conditionnelles d'un défunt entrent dans l'évaluation de l'actif ou du passif de son patrimoine, pour le

calcul des différentes quartes : Falcidie, légitime, Antonine et Pégasienne (L. 73, § 1, D. *Ad legem Falcid.* 35-2) ;

2° Le créancier peut, *pendente conditione*, prendre des mesures conservatoires, notamment demander la *bonorum separatio* et critiquer les affranchissements faits en fraude de ses droits par le débiteur; il peut aussi demander une *missio in possessionem rei servandæ causa* (L. 4, D. *De sep.* 42-6 ; L. 27, pr., D. *Qui et a quibus*, 40-9; L. 6, pr. *Quibus ex causis*, 42-4. — *Conf.* C. C. art. 1180) (1).

3° La dette conditionnelle est valablement garantie par une sûreté personnelle ou réelle, comme une fidéjussion, un gage ou une hypothèque ; il va de soi d'ailleurs que la sûreté relève virtuellement de la même condition que la dette (L. 11, § 1, D. *Qui potiores*, 20-4);

4° L'acquisition du droit conditionnel exige dès à présent chez les parties la capacité réciproque de contracter (*F. V.* § 55);

5° Enfin, les droits conditionnels, au moins dans les contrats, sont transmissibles activement et passivement aux héritiers des parties (Inst. L. III, t. XV, *De verb. oblig.* § 4).

Il résulte de cette seconde série de conséquences que le droit conditionnel est plus qu'une simple espérance de droit (*spes debitum iri*) ; on y doit voir un véritable droit *sui generis*, indépendant de la volonté du débiteur. Seulement il n'est qu'éventuel : une chance de mort le domine et peut le tuer dans son germe. De là ce dualisme de règles.

Le défaillance de la condition fait disparaître toutes les facultés provisoirement accordées au créancier, et met définitivement obstacle à la naissance de l'obligation.

Impletâ conditione. — La condition accomplie, *impleta conditio* demande un examen plus attentif. D'abord et pour l'avenir, elle rend le contrat pur et simple, *contractus committitur ;* les actions peuvent en être exercées, et le payement déjà fait, même par erreur, échappe à la *condictio indebiti.*

La condition réalisée a même une force rétroactive, qui attache après coup au contrat conditionnel certains effets remarquables pour le passé. Cette rétroactivité n'existe pas dans les dispositions testamentaires sous condition et, c'est là une nouvelle et profonde différence entre la théorie des contrats et la théorie des testaments. Il en découle de graves conséquences :

(1) Mais un créancier conditionnel n'aurait pas le droit de demander une *missio in possessionem* définitive, *vendendæ rei causa* (L. 14, § 2, D. *Quibus ex causis*, 42-4).

1° Si le créancier conditionnel est *alieni juris* en contractant, et que *pendente conditione* il change de père ou de maître, ou devienne *sui juris*, c'est néanmoins à la personne qui l'avait dans sa puissance au moment du contrat, que la créance est acquise après l'accomplissement de la condition (L. 78, pr. *De verb. oblig.* 45-1 ; L. 18, D. *De reg. juris*, 50-17).

2° En supposant deux hypothèques successivement constituées, la première en garantie d'une dette conditionnelle, la seconde en garantie d'une dette pure et simple, c'est la première qui aura la préférence, une fois la condition accomplie (L. 11, § 1, D. *Qui potiores in pig.* 20-4).

3° La perte partielle ou la détérioration d'une chose due *pendente conditione* n'empêche nullement la naissance de l'obligation lors de l'accomplissement ; car la rétroactivité fait considérer le contrat comme ayant toujours été pur et simple (L. 8, D. *De peric. et comm.* 18-6).

4° La responsabilité du débiteur remonte au jour du contrat, et les actes qu'il a faits *pendente conditione* peuvent donner lieu à l'action Paulienne (L. 27, D. *Qui et a quibus*, 40-9).

5° L'acceptilation appliquée à la dette conditionnelle demeure provisoirement sans effet, mais elle éteint le droit à l'instant même de sa formation définitive *impletâ conditione ;* or il est de principe qu'une acceptilation antérieure à l'existence de l'obligation ne libère pas l'obligé (L. 12 ; L. 13, § 9, D. *De accept.* 46-4) (1).

Effets de la condition résolutoire. — Lorsque la condition est résolutoire, il peut en dépendre, suivant les cas, ou la résolution du contrat tout entier, ou seulement l'extinction d'une obligation qu'il a produite.

Résolution du contrat. — Quant au contrat lui-même, le soumettre à la chance d'une résolution conditionnelle, c'est tout simplement en préparer la dissolution éventuelle par le mutuel consentement. Dès lors, ne sont valablement affectés d'une condition résolutoire que les contrats susceptibles de se dissoudre *mutuo dissensu*, c'est-à-dire les contrats consensuels, la vente, le louage, la société, le mandat ; aussi cette première branche de la question trouvera logiquement sa place dans leur domaine spécial.

(1) L'acceptilation ne pourrait pas au contraire s'appliquer à la dette d'un héritier tenu de payer un legs conditionnel, car ici la condition ne rétroagit pas (L. 13, § 8, D. *De accept.* 46-4).

Résolution de l'obligation. — Mais à l'égard de l'obligation, la condition résolutoire est traitée comme le terme extinctif. En effet, ces deux modalités se ressemblent en ce qu'elles doivent amener la cessation d'une dette déjà formée ; il n'y a d'autre différence entre elles que la certitude de l'échéance pour le terme, et l'incertitude de l'événement pour la condition. Par conséquent, le droit civil annule la condition résolutoire comme le terme extinctif ; si donc Titius a stipulé cent de Seius, *nisi navis ex Asiâ venerit*, l'obligation est pure et simple, et le créancier peut poursuivre le débiteur malgré l'arrivée du navire. Cependant le préteur, fidèle à ses principes d'équité, sacrifie encore la subtile rigueur du droit aux volontés si claires des contractants et paralyse la demande, au moyen de l'exception de dol ou de pacte. Il faut même prévoir l'hypothèse où le payement aura précédé l'événement de la condition ; dans ce cas, le débiteur sera vraisemblablement admis à réclamer par une *condictio sine causâ*, c'est-à-dire en alléguant la disparition de la cause de sa dette, et sauf une intention contraire des parties (L. 1, § 2, D. *De cond. sine causa*, 12-7 ; L. 4, § 1, D. *De lege comm.* 18-3 ; L. 44, § 1, 2, D. *De oblig. et act.* 44-7).

Si la condition résolutoire vient à défaillir, le sort du contrat et par suite des obligations qui en naissent est définitivement assuré.

§ III

Stipulatio pœnæ.

La *stipulatio pœnæ*, improprement qualifiée de clause pénale, n'est au fond qu'une espèce de stipulation conditionnelle. Les Institutes s'en occupent à propos des obligations portant sur un *facere* ou sur un *non facere ;* mais elle peut s'adjoindre indistinctement à toute obligation qui a pour objet, soit un fait ou une abstention, soit la *datio* d'une chose ou d'une quantité autre qu'une *certa pecunia* ou somme d'argent déterminée (*Inst.* L. III, t. XV, *De verb. oblig.* § 7. — L. 11, D. *De stip. prætor.* 46-5. — *Conf.* C. C. art. 1226-1233).

La *stipulatio pœnæ* apparaît dans les textes sous deux aspects bien différents, tantôt sous forme de convention conditionnelle, tantôt sous forme de convention accessoire (L. 115, § 2, D. *De verb. oblig.* 45-1).

1° *Si Stichum non dederis, centum dare spondes ?* Ici la somme promise constitue bien une *pœna*, c'est-à-dire un moyen de contrainte ;

mais le débiteur ne doit pas l'esclave, il ne doit que la somme, sous la condition qu'il ne donnera pas Stichus. Libre à lui d'empêcher la formation de sa dette en livrant l'esclave, ou de faire accomplir la condition en ne le livrant pas. Bref il n'y a rien de plus qu'une obligation conditionnelle, et les principes nous en sont connus.

2° *Stichum dari spondes? si Stichum non dederis, centum dari spondes?* On trouve ici deux dettes, l'une pure et simple et principale qui a pour objet l'esclave, l'autre conditionnelle et accessoire qui a pour objet cent; la violation de la première est la condition de la seconde, et la somme promise reçoit le nom de *pœna* plus justement encore qu'en l'hypothèse précédente. C'est à cette dernière forme de la *stipulatio pœnæ* que se référeront nos explications.

Nature. — La *stipulatio pœnæ* est ordinairement qualifiée d'accessoire. Cette dénomination paraît exacte, en ce sens que la stipulation pénale n'engendre un droit exigible qu'après l'inaccomplissement de l'obligation qui la précède et qu'elle sanctionne. Mais faut-il aller au delà? toute cause de nullité de la première obligation détruit-elle du même coup la stipulation pénale? On sait déjà le contraire; la promesse du fait d'autrui, ou la stipulation en faveur d'autrui, toute nulle qu'elle est, se trouve valablement accompagnée d'une *stipulatio pœnæ;* celle-ci reste donc bien distincte de celle-là, puisqu'elle n'en a pas besoin pour subsister. A la vérité, si la première obligation porte sur un objet impossible ou illicite, la stipulation pénale tombera; c'est que l'inexécution de la première obligation ne peut constituer alors qu'une condition illicite ou impossible, et qu'une telle condition annule tout, suivant des règles déjà posées. Encore même la peine sera-t-elle due, quand l'impossibilité de la dette principale ne proviendra pas de la loi et n'aura pas été ignorée des parties (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.* § 19 *in fine.* — L. 69; L. 134, D. *De verb. oblig.* 45-1. — *Conf.* C. C. art. 1121, 1227).

Une nouvelle preuve que la stipulation pénale est juridiquement indépendante de l'autre dette apparaît dans les faits qui la rendent exigible. Car de deux choses l'une : si la première obligation est à terme, la peine se trouve encourue, *pœna committitur*, par la seule échéance du terme; s'il n'y a pas de terme, la peine se trouve encourue, dans l'opinion dominante, du moment où l'exécution de la dette devient possible. Dans l'une et l'autre hypothèse, c'est l'inexécution que punit la *pœna.* Or on n'examine pas si le défaut

d'accomplissement provient de la faute du débiteur ou d'un événement plus fort que sa volonté ; par exemple, lorsque l'objet qu'il devait *sub pœnâ* est enlevé par un tiers ou détruit par un cas fortuit, la peine devient exigible quand même. Il est pourtant manifeste que le cas fortuit ou la force majeure avait détruit la première obligation, *interitu rei debitæ liberatur debitor;* si la *stipulatio pœnæ* lui survit, elle était donc principale aussi bien qu'elle (L. 22, D. *Ad leg. Aquil.* 9-2; L. 115, § 2, D. *De verb. oblig.* 45-1. — L. 12, C. *De cont. stip.* 8-38).

En résumé, la stipulation pénale tient à la dette qui la précède, par le même lien qui rattache une obligation conditionnelle à sa condition suspensive ; c'est uniquement en ce sens qu'elle peut être qualifiée d'obligation accessoire.

Utilité et effets. — Les dettes qu'accompagne la stipulation pénale ne sont jamais d'une somme déterminée. Par conséquent, si le débiteur n'exécutait pas la prestation par lui due, le juge aurait pour mission d'estimer pécuniairement l'intérêt qu'avait le créancier à l'accomplissement de l'obligation ; or, ce serait au demandeur à établir l'existence et le montant de cet intérêt. De là l'utilité de la *stipulatio pœnæ*, qui fixant à l'avance, presque toujours en argent, l'indemnité due pour le cas d'inexécution, dispense le créancier de cette double preuve, le juge n'a plus dès lors qu'à vérifier, en fait, la validité de cette stipulation et l'accomplissement de la condition qui la suspendait. A ce point de vue, on a pu dire que la *pœna* remplissait la fonction de dommages-intérêts ; mais elle s'en distingue nettement en ce qu'elle peut survivre à la première dette éteinte ou nulle (*Inst.* L. III, t. XV, *De verb. oblig.* § 7).

Du cumul ou de l'option. — Une fois l'inexécution constatée, le créancier a-t-il droit au cumul des deux obligations, en d'autres termes, peut-il exiger à la fois le principal et la *pœna?* La règle générale repousse cette prétention ; mais le créancier est admis à prouver que le cumul se trouve conforme à l'intention des contractants. Cette preuve résultera des clauses du contrat ou de toutes autres circonstances. Il en est ainsi, quand la peine a été stipulée pour indemnité du retard et pour compensation des ennuis de la poursuite; il en est encore ainsi quand la *stipulatio pœnæ* se rattache à une obligation portant sur un *non facere.* De même, si la dette principale a pour objet une somme d'argent indéterminée, la *pœna* ne représente au fond que les intérêts moratoires ; et, comme le

maximum en est fixé par la loi, la peine sera toujours inférieure au principal; aussi le cumul est-il autorisé en ce cas (L. 16, D. *De transact.* 2-15 ; L. 40, D. *De rebus creditis*, 12-1 ; L. 115, § 2, D. *De verb. oblig.* 45-1. — *Conf.* C. C. art. 1229, 2047).

A défaut de cumul, le créancier a-t-il au moins le choix entre le principal et la peine ? On a prétendu que le créancier avait en principe le droit d'option ; mais cette assertion est démentie par les textes qui font une distinction. Lorsque la *stipulatio pœnæ* garantit un contrat de droit strict, l'inexécution entraîne pour ainsi dire une novation de la première dette dans la seconde, et la peine seule est due, *sola pecunia debetur* (L. 115, § 2, D. *De verb. oblig.* 45-1 ; L. 44, § 6, D. *De oblig. et act.* 44-7).

Quand la *stipulatio pœnæ* garantit un contrat de bonne foi, le créancier non satisfait peut à son gré demander le payement du principal au moyen de l'action *bonæ fidei*, ou de la peine au moyen de la *condictio certi ;* et même, s'il a mal à propos intenté la moins avantageuse des deux actions, on lui ouvre encore l'autre pour ce qu'elle doit lui procurer de plus (L. 28, D. *De act. empti.* 19-1 ; L. 41 ; L. 42 ; L. 71, D. *Pro socio*, 17-2).

Divisibilité de la stipulation pénale. — Du reste, la stipulation pénale ne rend pas indivisible l'obligation à laquelle elle se rattache ; ce principe veut dire que si l'une des parties meurt en laissant plusieurs héritiers, la créance ou la dette n'est transmise à chacun d'eux que pour sa part. Seulement l'inexécution envers un des héritiers du créancier, ou par un des héritiers du débiteur, ferait encourir toute la peine, suivant la règle précédemment expliquée de l'indivisibilité des conditions (L. 25, § 13, D. *De Famil ercisc.* 10-2 ; L. 3, D. *De verb. oblig.* 45-1).

D'ailleurs, la stipulation pénale elle-même n'est pas indivisible. En effet, bien que l'inexécution de la dette envers un des créanciers ou par un des débiteurs, produise l'exigibilité de la *pœnæ* pour tous et contre tous, chaque créancier n'en peut réclamer et chaque débiteur n'en doit payer que sa part. Le droit à la totalité de la peine, ouvert par le fait d'un seul, se divise activement et passivement *pro parte cujusque* (L. 4, D. *De verb. oblig.* 45-1).

DEUXIÈME SECTION

CONCOURS DE PLUSIEURS PARTIES PRINCIPALES, CORRÉALITÉ, SOLIDARITÉ.

(*Inst.* L III, t. XVI, *De duobus reis.*)

Il arrive souvent qu'une obligation réunit plusieurs sujets actifs ou passifs. A défaut d'une déclaration de volonté qui précise alors la situation de chaque partie, trois hypothèses sont à prévoir : 1° ordinairement, s'il s'agit d'un contrat, la créance ou la dette se fractionne par portions égales entre les divers créanciers ou les divers débiteurs, l'obligation est alors *conjointe;* 2° parfois, s'il s'agit d'un délit produisant une action pénale bilatérale, chacun des codélinquants supportera toutes les conséquences de sa culpabilité, et la dette sera payée en entier autant de fois qu'il y a de débiteurs; c'est notamment ce qui arrive en cas de *furtum;* 3° entre ces deux cas extrêmes, se place une hypothèse intermédiaire. Il est possible que chaque créancier ait le droit de se faire payer toute la dette ou que chaque débiteur soit obligé de la payer en totalité, mais que le payement ainsi effectué, la dette soit éteinte d'une manière absolue, tant à l'égard des autres créanciers qu'à l'égard des autres débiteurs.

Dans ce troisième cas, on voit que l'obligation, multiple par les sujets, est une par l'objet. Elle tend donc à l'objet *in solidum*, c'est-à-dire tout entier; elle est en même temps constituée *correaliter*, c'est-à-dire par l'adjonction de plusieurs parties, *rei*, liées entre elles par la même créance, *correi stipulandi*, ou par la même dette, *correi promittendi*. De là les deux noms modernes d'obligation corréale ou solidaire; mais ces deux expressions ne sont pas synonymes, elles s'appliquent à deux hypothèses complètement distinctes. Notre Code civil connaît également des obligations solidaires; mais la solidarité du droit français n'a presque rien de commun avec la corréalité du droit romain (*Conf.* C. C. art. 1197-1217).

§ I

Sources des obligations corréale ou solidaire.

La corréalité ou la solidarité est une exception, ce qui veut dire qu'elle ne se présume pas; d'ailleurs, il ne faut pas conclure de là qu'elle doive faire l'objet d'une constitution expresse, mais seulement qu'elle exige une volonté certaine des parties ou de la loi

(L. 172, § 1, D. *De regulis juris*, 50-17. — *Sic*, C. C. art. 1202).

Actes à formes solennelles. — La source la plus ancienne des obligations corréales ou solidaires fut dans certains actes à formes solennelles, la stipulation, l'*expensilatio*, le testament.

Stipulation. — La stipulation prêta la première son mécanisme commode à ce genre d'opérations ; les Institutes et le Digeste ne s'occupent même de corréalité qu'à propos du contrat *verbis*. Veut-on créer la corréalité active, c'est-à-dire entre créanciers? ils interrogent l'un après l'autre le promettant, qui leur répond à tous en une seule fois *post omnium interrogationem ;* il y a d'abord autant de questions que de stipulants, ensuite une réponse unique. Veut-on créer la corréalité passive, c'est-à-dire entre codébiteurs ? le créancier les interroge, ou chacun isolément, *spondes*, ou tous ensemble, *spondetis ;* une fois questionnés jusqu'au dernier, ils répondent, ou chacun isolément, *spondeo*, ou tous ensemble, *spondemus;* l'essentiel est que le stipulant ait interrogé tous les promettants avant de recevoir aucune réponse. Ces règles sont impératives, et proscrivent toute autre manière de créer la corréalité par la stipulation (L. 3 ; L. 4, D. *De duobus reis*, 45-2. — *Inst.* L. III, t. XVI, *De duobus reis, pr.*).

Contrat littéral. — Si la stipulation fut la plus antique et resta la plus usuelle des manières de créer les obligations corréales ou solidaires, on ne tarda pas à faire également usage de deux autres moyens fondés, comme le précédent, sur la toute-puissance d'une formule. L'*expensilatio* ou contrat *litteris* devint, surtout à l'égard des *argentarii* ou banquiers, un procédé facile pour atteindre le même résultat (L. 9, D. *De pactis*, 2-14).

Testament. — Un testateur put également imposer un legs à plusieurs cohéritiers ou le laisser à plusieurs colégataires, considérés comme débiteurs ou créanciers corréaux (L. 8, § 1, D. *De legatis*, 1°, 30; L. 16, D. *De legatis*, 2°, 31).

Contrats en général. — Ces actes à formes solennelles eurent seuls à l'origine la force de produire la corréalité ou la solidarité ; tout au moins doit-on le supposer. Plus tard, la jurisprudence admit la validité des pactes adjoints *in continenti*, aux contrats de bonne foi et même par la suite aux contrats de droit strict ; dès lors tous les contrats reçurent valablement les clauses destinées à rendre l'obligation corréale ou solidaire (L. 9, D. *De duobus reis*, 45-2).

On alla jusqu'à reconnaître la même énergie aux conventions

simplement prétoriennes, telles que le pacte de constitut. Le principe de la dernière époque est donc que toute obligation née du consentement peut être corréale ou solidaire (L. 16, D. *De pecun. const.* 13-5. — L. 5; L. 9; L. 12, C. *Si certum petatur*, 4-2).

Autres sources diverses. — En dehors de cette sphère, on rencontre encore des codébiteurs tenus à cause d'un fait licite non conventionnel; tels sont les coluteurs obligés envers un même pupille, ou les magistrats municipaux qui ont la gestion des finances d'une même cité. Pareillement, un fait illicite commis par plusieurs personnes tenues d'une action pénale unilatérale peut engendrer aussi une obligation solidaire; telles sont les actions *quod metûs causa*, *de dejectis* et *effusis*, etc. Mais de ces deux classes d'hypothèses, c'est-à-dire des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits, il ne peut naître que la solidarité, jamais la corréalité (L. 18, § 1, D. *De adm. et per.* 26-7; L. 11, D. *Ad municip.* 50-1; L. 14, § 15; L. 15, D. *Quod metus causa*, 4-2; L. 3; L. 4, D. *De his qui eff.* 9-3).

Quant aux actions pénales bilatérales, telles que l'*actio furti*, elles entraînent autant de payements qu'il y a de débiteurs. Elles sont donc étrangères à notre théorie actuelle.

Principe commun. — Si les divers cas de corréalité ou de solidarité ne sont pas sur la même ligne à tous les points de vue, un principe du moins leur est uniformément applicable. C'est que toute obligation corréale ou solidaire implique unité d'objet et pluralité de liens (*Inst.* L. III, t. XVI, *De duob. reis*, § 1).

Unité d'objet. — Il y a unité d'objet, *una res vertitur;* autrement dit, chacune des créances ou chacune des dettes porte sur la même prestation. En ce sens, on peut dire qu'en dépit du nombre des parties, il n'existe qu'une seule obligation. Ce point de départ amène à conclure que la prestation due à chaque créancier ou par chaque promettant doit être, non seulement identique, mais de plus exactement égale aux autres, sous peine de supprimer la corréalité ou la solidarité. Par exemple, Titius et Seius ne sauraient stipuler *correaliter* l'usufruit viager du même fonds, parce que l'inégale durée de leurs vies imprimera nécessairement une valeur inégale aux deux usufruits; de même, Titius et Seius ne sauraient devoir *correaliter* l'esclave Stichus, lorsque le contrat déclare l'un responsable de sa faute, et l'autre seulement de son dol (L. 9, § 1; L. 15, § 1, D. *De duobus reis*, 45-2).

Pluralité de liens. — A l'inverse, la solidarité ou corréalité impli-

que pluralité de liens obligatoires, *promittentes singuli in solidum tenentur;* cette règle veut dire qu'il y a en réalité autant d'obligations distinctes et indépendantes qu'il y a de sujets actifs ou passifs. Toutes ces obligations sont principales, aucune d'entre elles n'est accessoire, puisqu'un seul et même acte les a produites. En conséquence, ces obligations restent indépendantes les unes des autres dans leur formation. Ainsi, l'un des stipulants n'obtient pas de réponse, ou l'une des personnes interrogées se tait, ou sa promesse demeure nulle, comme émanée d'un incapable; l'obligation n'en sera pas moins corréale ou solidaire à l'égard de ceux qui auront valablement fait ou reçu la réponse. Par une application frappante de la même idée, les créances ou les dettes de ce genre peuvent être, les unes pures et simples, les autres à terme ou sous condition; la modalité qui retarde l'exigibilité ou la naissance des unes n'empêche pas l'exercice immédiat des autres. De même, les obligations corréales ou solidaires peuvent différer entre elles au point de vue des garanties qui en assurent le paiement; ainsi quelques-uns des coobligés peuvent fournir des garanties spéciales, fidéjusseurs, gage ou hypothèque, sans que les autres soient tenus de fournir des sûretés pareilles (L. 6, § 1 ; L. 7; L. 9, § 2 ; L. 12, § 1, D. *De duobus reis*, 45-2. — *Inst.* L. III, t. XVI, *De duobus reis*, § 2. — *Conf.* C. C. art. 1201).

§ II

Effets de la corréalité active.

Il y a corréalité active lorsqu'une seule et même chose est due à plusieurs créanciers, mais avec cette circonstance que chacun d'eux peut demander la totalité de la dette et que le paiement ainsi effectué à l'un d'entre eux libère le débiteur à l'égard des autres. A ce point de vue, la loi romaine ne distingue pas la corréalité de la solidarité; l'une et l'autre de ces expressions présentent ici le même sens, conforme dans tous les cas au type de l'obligation corréale. Il ne doit donc être question, au point de vue actif, que de la corréalité proprement dite.

Cette simplicité de règles tient à deux raisons. D'abord, à Rome comme chez nous, l'obligation *in solidum* se rencontre plus souvent entre débiteurs qu'entre créanciers. Car entre débiteurs elle assure et facilite à l'ayant droit le recouvrement de ce qui lui est dû, tandis qu'entre créanciers elle constitue une sorte de mandat

incommode par ses effets et par son irrévocabilité. Aussi la théorie de l'obligation *in solidum* fut-elle plus soigneusement élaborée au point de vue passif, et marquée de nuances plus délicates. En outre, l'application des règles absolues de la corréalité paraissait moins choquante à l'égard des créanciers, et n'appelait pas nécessairement une doctrine plus douce.

Du reste, les parties restent libres de modifier conventionnellement certains effets de la corréalité active.

Rapports des créanciers corréaux avec le débiteur. — Les rapports des *correi stipulandi* avec le débiteur se déduisent, pour la plupart, de l'idée générale qu'il y a unité d'objet et pluralité de liens. On peut les ramener à trois propositions fécondes en résultats :

Première proposition. — Chacun des cocréanciers est réputé seul maître de la créance à l'effet de l'exercer et de la réaliser. Ce point de départ, discuté peut-être dans le vieux droit, mais accepté sans difficulté dès le temps classique, aboutit aux conséquences suivantes :

1° Le payement fait à l'un des créanciers corréaux éteint la créance des autres, tout aussi bien que si chacun d'eux avait reçu sa part de la chose due (*Inst.* L. III, t. XVI, *De duobus reis*, § 1).

Sont traités comme le paiement tous les modes d'extinction qu'on lui assimile d'habitude : la dation en payement, l'acceptilation, le serment, les offres réelles avec consignation, le pacte de constitut, et même, dans l'opinion qui a dû prévaloir, la novation (L. 27, pr., *De pactis*, 2-14 ; L. 2, D. *De duobus reis*, 45-2 ; L. 28, D. *De jurejurando*, 12-2 ; L. 10, D. *De pecun. const.* 13-5 ; L. 31, § 1, D. *De novation.* 46-2).

2° La *litis contestatio*, intervenue sur la demande que forme en justice l'un des créanciers corréaux, fait disparaître la créance des autres. Car il est de principe qu'elle ferme la voie judiciaire à toute action nouvelle sur le même point, *bis de eadem re in judicio agi non potest ;* d'un autre côté, comme elle remplace par un droit nouveau le droit désormais épuisé, ce ne saurait être qu'au profit du demandeur, non des tiers étrangers à la poursuite. Justinien lui-même n'a point effacé cet effet extinctif de la *litis contestatio*, dans son application à la corréalité active, et l'on ne doit pas l'en blâmer. Du moment que chaque créancier peut recevoir le payement

total il est à la fois naturel et équitable que la poursuite assure au poursuivant le même avantage exclusif; autrement il se trouverait à la merci du débiteur. On comprend aisément, du reste, que le débiteur, une fois actionné par l'un des créanciers, se considère comme indépendant des autres; aussi la même règle est-elle admise chez nous (L. 2; L. 16, D. *De duobus reis*, 45-2; L. 31, § 1, *De novat.* 46-2. — *Sic*, C. C. art. 1198).

Deuxième proposition. — A l'inverse, la créance corréale peut se perpétuer à l'égard de tous les créanciers corréaux par le fait d'un seul. C'est ainsi que le serment affirmatif de la créance, prêté, par l'un des *correi stipulandi* sur l'offre du débiteur, profite, au moins dans l'opinion générale, à tous les autres créanciers. C'est encore ainsi que la prescription interrompue par le fait de l'un des créanciers corréaux est réputée interrompue au profit de tous les autres *correi credendi* (L. 9, § 1, 6, D. *De jurejurando*, 12-2; L. 5, C. *De duobus reis*, 8-40. — *Conf.* C. C. art. 1199).

Ces deux premières propositions dérivent de l'unité d'objet. Le point de vue différent de la puralité de liens conduit à la troisième.

Troisième praposition. — Le débiteur, avant toute poursuite, est libre de choisir celui des créanciers qu'il lui plaît de payer, comme le plus diligent d'entre eux est libre de réclamer le payement. Du reste, rien n'empêche un des *correi stipulandi* de se contenter d'un paiement partiel, bien qu'on ne puisse le lui imposer (L. 34, § 1, D. *De solut. et lib.* 46-3).

Dans le même ordre d'idées, un des *correi stipulandi* peut recevoir une sûreté réelle ou personnelle, à l'exclusion des autres (L. 6, § 1, D. *De duobus reis*, 45-2).

Rapports des créanciers corréaux entre eux. — Lorsqu'un des créanciers corréaux a touché le payement intégral, ou plus généralement a éteint d'une manière quelconque le droit de ses *correi*, est-il tenu de les indemniser chacun pour sa part?

En principe, cette obligation n'est pas comprise dans le simple rapport de corréalité, et ne saurait naître que d'une cause extrinsèque et déterminée. Pour que le *correus* payé ou satisfait reste soumis à un recours de ses cocréanciers, il faut que la corréalité ait sa source dans un intérêt commun, et que le payement doive en conséquence profiter à tous. Le recours appartient alors à chacun, non pour une part nécessairement virile, mais pour une part proportionnelle à son intérêt; il s'exerce par l'une ou l'autre des deux

actions suivantes : l'action *pro socio* ou l'action *communi dividundo*.

En effet, la cause du recours sera le plus souvent un contrat proprement dit de société. Si la créance corréale de Titius et de Seius est un des éléments d'une association formée contractuellement entre eux, celui des deux qui en touchera le montant sera contraint, par l'action *pro socio*, d'en partager le bénéfice avec l'autre (L. 62, pr., D. *Ad legem Falcid.* 35-2).

D'autres fois, en l'absence d'une société véritable, il y aura néanmoins une communauté d'intérêts entre les créanciers. Par exemple, Titius et Seius auront vendu une propriété indivise et seront devenus, à la suite de cette vente, créanciers corréaux du prix, *duo rei credendi*, celui des deux qui le recevra en devra communication à l'autre, selon les règles de l'action *communi dividundo* (L, 6, § 2, 7; L. 11, D. *Communi dividundo*, 10-3).

Telle est donc la théorie vue d'ensemble; c'est uniquement d'une société réelle ou virtuelle que dérive, entre créanciers corréaux, le recours que n'engendre point en elle-même la corréalité. L'existence de l'association expresse ou tacite doit être prouvée par le créancier qui l'allègue, et ne forme pas le droit commun (L. 29; L. 34, D. *De receptis*, 4-8; L. 71, D. *De fidejuss.* 46-1).

La corréalité accompagnée de société est évidemment plus raisonnable en théorie; aussi devait-elle être la plus ordinaire en pratique. Car elle laisse prévoir d'avance le bénéfice de chaque créancier, et l'on reconnaîtra bientôt qu'elle rend moins facile l'extinction de la créance, par le fait d'un seul au préjudice de tous. Cependant la corréalité active sans société trouvait aussi des applications; entre autres usages, elle pouvait constituer une donation réciproquement adressée par les cocréanciers à celui d'entre eux qui serait payé, ou par le débiteur à celui des *correi stipulandi* qui toucherait la valeur due.

Cependant, il n'était pas possible aux jurisconsultes de présumer la corréalité *cum societate*, quel qu'en fût l'avantage. Les sources de la créance corréale, on les connaît déjà ; nulle d'entre elles, la stipulation moins que toute autre, n'était de nature à nouer un lien d'association entre les créanciers. Pour obtenir ce résultat, il fallait donc un élément de plus, soit une convention formelle des parties, soit une indication tirée des circonstances.

§ III

Effets de la corréalité ou de la solidarité passive.

Il y a corréalité *passive* lorsqu'une seule et même chose est due par plusieurs débiteurs à un créancier, mais avec cette circonstance que chaque débiteur peut être contraint de payer la totalité de la dette et que le paiement ainsi fait libère tous les coobligés. Quand on se place au point de vue passif, il faut avoir soin de distinguer la corréalité proprement dite de la solidarité.

Si l'obligation qui lie entre eux les différents codébiteurs dérive du consentement, c'est-à-dire d'un contrat, d'un pacte ou d'un testament, elle peut être corréale ou solidaire. Produit-elle une action de droit strict, on la présume corréale. Produit-elle une action de bonne foi, on la présume solidaire (L. 10, D. *De pecun. const.* 13-5; L. 1, § 43, D. *Depositi*, 16-3; L. 9, D. *De duobus reis*, 45-2).

Si l'obligation ne dérive pas du consentement, mais bien d'un fait licite non conventionnel, comme une cotutelle, ou d'un délit productif d'une action pénale unilatérale, on sait déjà qu'elle ne peut être que solidaire (*Suprà*, p. 310).

Entre la dette corréale et la dette simplement solidaire, les différences sont graves, mais peu nombreuses.

Rapport des codébiteurs avec le créancier. — Les codébiteurs corréaux, *correi promittendi*, sont strictement soumis au double principe de l'unité d'objet et de la pluralité de liens, comme les créanciers corréaux, *correi stipulandi*.

Codébiteurs corréaux. — *A*. Chacun des codébiteurs corréaux peut, à son gré comme au gré du créancier, être réputé seul obligé. De là deux conséquences importantes :

1° Dès que la totalité de la chose due a été fournie une fois, fût-ce par un seul des *correi promittendi*, la dette de tous se trouve éteinte; un payement fait postérieurement par erreur donnerait lieu à la *condictio indebiti* (*Inst.* L. III, t. XVI, *De duobus reis*, § 1).

Entraînent également libération de tous les codébiteurs les divers modes d'extinction assimilables au payement, tels que la *datio in solutum*, l'*oblatio rei debitæ*, l'acceptilation, la novation, le serment négatif de la dette, déféré par le créancier, et prêté par un *correus*, etc. (L. 28, D. *De jurejurando*, 12-2; L. 20, D. *Ad Senat. Vell.* 16-1; L. 13, § 2; L. 16, D. *De accept.* 46-4).

2° Jusqu'à Justinien, la *litis contestatio,* intervenue sur la demande judiciaire formée contre l'un des codébiteurs corréaux, éteint la dette des autres. Cette règle de procédure mettait injustement à la charge du créancier l'insolvabilité du débiteur poursuivi, et bien des inconvénients en résultaient dans la pratique. Supposons quatre codébiteurs corréaux de cent sesterces; si le créancier n'est assuré de la solvabilité de chacun que jusqu'à concurrence d'un quart, la prudence lui ordonne de renoncer au bénéfice de la corréalité; il devra donc intenter quatre demandes de vingt-cinq, tout comme s'il avait affaire à de simples débiteurs conjoints (L. 51, § 2, D. *De fidejuss.* 46-1).

Justinien comprit que la législation devait être réformée; aussi décida-t-il que la poursuite intentée contre l'un des codébiteurs ne libérerait plus les autres coobligés qui continueraient à être tenus tant que la dette n'aurait pas été entièrement payée (L. 28, C. *De fidejuss.* 8-41. — *Sic.* C. C. art. 1204).

B. En sens contraire, il peut arriver que la dette se perpétue à l'égard de tous les débiteurs du chef d'un seul des codébiteurs corréaux. Ainsi la prescription interrompue par le créancier à l'égard de l'un des coobligés est présumée interrompue à l'égard des autres débiteurs. Pour la même raison, lorsque le corps certain dû par plusieurs *correi debendi* vient à périr par le fait de l'un d'entre eux ils sont tous responsables, *alterius factum alteri nocet* (L. 5, C. *De duobus reis,* 8-40. — L. 18, D. *De duobus reis,* 45-2. — *Conf.* C. C. art. 1205-1206).

C. S'il est incontestable que les solutions précédentes se rattachent à l'unité d'objet, la pluralité de liens a des résultats également certains. Par exemple, le plus riche ou le mieux intentionné des codébiteurs peut, dès l'échéance, imposer le payement au créancier, avant toute poursuite, comme le créancier peut l'exiger du premier venu d'entre eux. De même, si la chose due périt par cas fortuit après la mise en demeure d'un seul des *correi,* celui-ci reste tenu, malgré la libération de tous les autres, *alterius mora alteri non nocet* (L. 32, § 4, D. *De usuris,* 22-1 — L. 173, § 2, D. *De reg. juris,* 50-17. — *Conf.* C. C. art. 1205).

Enfin des sûretés personnelles ou réelles sont valablement fournies par un seul ou pour un seul des *correi promittendi* (L. 6, § 1, D. *De duobus reis,* 45-2).

Codébiteurs solidaires. — Cette situation des codébiteurs cor-

réaux, ainsi délimitée à grands traits, n'est pas applicable sans réserves aux codébiteurs simplement solidaires. Dans cette sphère nouvelle, l'influence de formes strictes ne se fait plus sentir, et les jurisconsultes suivent de plus près la volonté probable des parties.

A. On admet donc encore que le payement, ou tout autre mode équivalent d'extinction, émané d'un des débiteurs solidaires ou réalisé dans sa personne, les libère tous. Mais l'effet extinctif de la *litis contestatio* ne profite plus qu'au débiteur poursuivi, et n'est pas invocable par les autres (L. 5, § 15, D. *Commodati*, 13-6; L. 47, D. *Locati*, 19-2 ; L. 52, D. *De fidejuss.* 46-1).

Cette première différence fut effacée par Justinien, qui assimila sur ce point les dettes corréales aux dettes solidaires (L. 28, C. *De fidejuss.* 8-41).

Elles restent néanmoins séparées par d'autres dissemblances.

B. Ainsi, quand la chose due par des codébiteurs solidaires vient à périr par le fait, par la négligence, ou fortuitement après la mise en demeure de l'un d'entre eux, il reste seul tenu dans tous les cas; mais les autres sont libérés, à moins d'une clause contraire qui fasse peser sur tous la responsabilité des fautes de chacun (L. 1, § 43, D. *Depositi*, 16-3; L. 23, D. *De regulis juris*, 50-17).

C. De même, si la poursuite dirigée contre l'un des coobligés solidaires n'est fondée, ni sur son dol personnel, ni sur un dol commun à tous, on lui permet d'exiger la division de l'action du créancier entre tous les codébiteurs solvables. Cette règle est certaine, sinon pour tous, au moins en faveur des *commandatores pecuniæ credendæ*, des coluteurs, des magistrats municipaux et des cautions solidaires (L. 45, D. *De adm. et peric.* 26-7; L. 1, § 10-14, D. *De tutelæ et ration.* 27-3 ; L. 7, D. *De fidejuss. et nomin.* 27-7. — Nov. 99).

Rapports des codébiteurs entre eux. — On trouve un nouveau trait de différence entre les obligations corréales et solidaires dans la situation du codébiteur qui a payé l'intégralité de la dette ou procuré de toute autre façon une libération complète à titre onéreux.

Recours de droit commun. — Dans la doctrine pure, la corréalité ou la solidarité de la dette ne saurait par elle-même engendrer, pour le codébiteur qui a payé, aucun recours contre ses *correi*. Par l'effet du principe déjà constaté à propos de la corréalité ac-

tive, ce débiteur ne pourra réclamer que s'il existe en sa faveur, dans un contrat de société, dans une communauté quelconque d'intérêt, ou dans une circonstance analogue, le fondement d'une action *pro socio*, *communi dividundo*, *negotiorum gestorum*, *mandati*, etc. En d'autres termes, le rapport de mandat ou de gestion d'affaires n'est pas admis de plein droit entre codébiteurs corréaux ou solidaires ; si l'un d'eux a payé, ce n'est point pour être utile aux autres, mais pour se libérer lui-même. Cependant la preuve d'une communauté d'intérêts sera plus facilement admise entre codébiteurs solidaires, sous l'influence de la *bona fides* qui préside à leurs relations: on va même souvent jusqu'à la présumer dans certains cas (L. 4, D. *De his qui effudcrunt*, 9-3; L. 62, pr. D. *Ad legem Falc.* 35-2. — *Conf.* C. C. art. 1213).

Bénéfice de cession d'actions. — Mais la jurisprudence romaine a fini par adopter une théorie plus raisonnable qui assure, par un détour ingénieux, un recours au codébiteur *correus* ou solidaire, abstraction faite de toute idée de société (1). C'est le bénéfice de cession d'action, *beneficium cedendarum actionum*.

Le débiteur qui libère ses coobligés peut, en effet, exiger que le créancier lui cède ses actions. S'il paie spontanément la dette, la cession devient alors la condition de ce payement volontaire, dont une partie représente la part qui incombait au *solvens* dans l'obligation commune, et dont l'autre partie représente le prix d'achat des actions qui lui sont vendues. Si l'on suppose, au contraire, une poursuite du créancier contre l'un des codébiteurs, celui-ci obtient la cession par le moyen de l'exception de dol, sous-entendue ou formellement exprimée. Dans tous les cas, ce droit à la cession est fondé sur une équité manifeste, car le créancier ne peut pas raisonnablement refuser de céder les actions devenues inutiles entre ses mains du moment qu'on le désintéresse. L'avantage qui en résulte pour le débiteur est considérable; d'abord, à défaut d'un lien d'association qui lui permette de recourir contre ses codébiteurs en son nom propre, sa substitution au créancier l'autorise à les poursuivre quand même pour leur part. Ensuite,

(1) On a prétendu que le bénéfice de cession d'actions ne devait appartenir qu'aux codébiteurs *socii;* une pareille doctrine nous semble inadmissible parce qu'elle contredirait directement le but et le caractère de ce bénéfice; d'ailleurs elle se trouve démentie par plusieurs textes (L. 65, D. *De evict.* 21-2. — L. 2, C. *De duobus reis*, 8-40).

dans l'hypothèse inverse d'une association, il peut lui être préférable de renoncer à l'action qu'elle lui ouvre, et d'exercer plutôt les actions du créancier, si elles sont garanties par quelque sûreté spéciale (L. 65, *De eviction.* 21-2; L. 21, D. *De tutelæ et rat.* 27-3. — *Conf.* C. C. art. 1214, 1251).

La cession d'actions est soumise à trois conditions essentielles. La première, c'est que le codébiteur *solvens* la réclame formellement, car le droit romain n'admet pas de subrogation légale, s'opérant de plein droit. La seconde, c'est qu'elle ait été faite, ou du moins convenue, avant le payement; car, une fois payé sans réserves, le créancier n'aurait plus rien à céder; créances et actions s'évanouiraient. Enfin la troisième, c'est que la dette corréale ou solidaire ne provienne pas d'un délit, et que la poursuite du créancier ne soit fondée, ni sur un dol commun à tous les débiteurs, ni sur le dol ou la faute du débiteur poursuivi, car la loi ne saurait voir un germe quelconque de recours dans un fait délictueux (L. 1, § 14, D. *De tutelæ et rat.* 27-3 ; L. 76, D. *De solut.* 46-3. — L. 2, C. *De contrar. jud. tutelæ,* 5-58).

La part, que doit supporter dans la dette le codébiteur cessionnaire des actions du créancier, est à déduire de son recours. Il ne peut même agir contre ses divers codébiteurs que dans une mesure proportionnelle au profit que chacun a retiré de la dette; d'ailleurs on ne tient pas compte des insolvables dans cette division, et la charge de l'insolvabilité se répartit entre tous les coobligés solvables ; l'équité le veut ainsi (L. 13, C. *De locat. et cond.* 4-65. — *Sic.* C. C. art. 1214).

Le bénéfice de cession d'actions est jusqu'ici commun aux débiteurs corréaux et solidaires. Cependant trois différences les séparent encore à ce point de vue :

1° Sur la poursuite du créancier, le débiteur tenu *correaliter* n'est admis à demander la cession que jusqu'à la *litis contestatio,* tandis que le débiteur solidaire peut la réclamer jusqu'au payement, c'est-à-dire *post litem contestatam*, *post sententiam*, et même au cours de l'action *judicati* (L. 1, § 12, D. *De tutelæ et rat.* 27-3 ; L. 41, § 1, D. *De fidejuss.* 46-1).

2° Le créancier est obligé de garder ses actions pour le débiteur solidaire, en ce sens que, s'il ne veut ou ne peut les lui céder, le juge diminuera la condamnation du débiteur de la quantité que lui eût fait recouvrer la cession. Au contraire, dans le cas de corréalité,

le créancier n'est pas tenu de conserver ses actions intactes, et l'exception *doli mali* ne serait possible que dans le cas où ayant encore ses actions, il refuserait de les céder (L. 45, D. *De adm. et peric.* 26-7 ; L. 15, § 1, D. *De fidejuss.* 46-1).

3° Quand le débiteur solidaire a oublié de réclamer la cession avant le payement, on la sous-entend, tout au moins pour lui attribuer les actions de créancier à titre d'actions utiles. Cette même faveur, refusée au *correus promittendi* par les principes du droit strict et par les textes du Digeste, lui est peut-être accordée aux temps du Code (L. 1, § 13, D. *De tutelæ et rat.* 27-3; L. 39, D. *De fidejuss.* 46-1. — L. 2, C. *De duobus reis*, 8-40).

§ IV

Extinction de l'obligation corréale ou solidaire.

Sans anticiper sur la théorie de l'extinction des obligations, et réserve faite de tous les détails, qui trouveront ailleurs une place logique, on doit partager en trois groupes les divers événements qui peuvent détruire ou éteindre l'obligation corréale ou solidaire.

I. — Les uns sont *absolus*, c'est-à-dire qu'ils éteignent la dette ou la créance d'une manière complète, *erga omnes*, à l'égard de tous les créanciers et de tous les débiteurs. Ce sont : 1° le payement et tous les faits analogues comme la *datio in solutum* et l'*oblatio rei debitæ;* 2° l'acceptilation ; 3° la novation ; 4° le serment sur l'existence de la dette ; 5° la perte fortuite de la chose due ; 6° la *litis contestatio* avant Justinien ; 7° la prescription à l'époque du Bas-Empire (L. 16, pr. D. *De accept.* 46-4; L. 31, § 1, D. *De novat.* 46-2 ; L. 28, § 3, D. *De jurejurando*, 12-2).

II. — Certains modes sont *relatifs* en ce sens qu'ils n'éteignent que la créance ou la dette du créancier ou du débiteur qui y a participé, sans toucher aux droits ou aux obligations des autres *correi.* On peut citer : 1° la *capitis deminutio*, à l'époque classique; 2° la *restitutio in integrum;* 3° le pacte *de non petendo in personam;* 4° le serment portant sur la corréalité ou sur la solidarité ; 5° le concours de deux causes lucratives; ce mode ne s'applique qu'à la corréalité active (L. 19, D. *De duobus reis*, 45-2 ; L. 27, pr. D. *De pactis*, 2-14; L. 28, § 3, D. *De jurej.* 12-2).

III. — Enfin, il y a des modes *mixtes* qui opèrent tantôt une extinction générale et absolue, *in rem*, tantôt une extinction partielle et

relative, *in personam*, suivant que les *correi* sont *socii* ou ne le sont pas. Ce sont notamment : 1° la confusion ; 2° la compensation ; 3° le pacte *de non petendo in rem* (L. 71, pr. D. *De fidejuss.*, 46-1 ; L. 10, D. *De duobus reis*, 45-2 ; L. 21, § 5, D. *De pactis*, 2-14. — *Conf.* C. C. art. 1208, 1209, 1280, 1284, 1285, 1294).

TROISIÈME SECTION

CONCOURS DE PLUSIEURS PARTIES PRINCIPALES ET ACCESSOIRES.

Comme on l'a vu, les *correi stipulandi* ou *promittendi*, indépendants les uns des autres, sont dans une situation identique et jouent indistinctement dans un seul et même contrat le rôle de parties principales.

Mais à côté d'un stipulant ou promettant principal, intervient souvent un stipulant ou promettant accessoire. Cette partie subalterne remplit la double fonction de mandataire envers le créancier ou le débiteur qu'elle accompagne, et de créancier ou de débiteur envers l'autre contractant. De plus, elle puise sa créance ou sa dette dans un contrat distinct et séparé, qui ne se forme pas nécessairement au même instant ni dans le même lieu que le contrat dont il est l'auxiliaire.

A ces deux points de vue, le concours de plusieurs parties, les unes principales, les autres accessoires, diffère de la corréalité. Il lui ressemble cependant par la règle que ces obligations multiples doivent toutes avoir un objet identique. Ce concours se rencontre dans deux hypothèses principales dont nous allons traiter successivement : l'*adstipulatio* et l'*adpromissio*.

§ I

Adstipulatio.

L'*adstipulatio* n'existait plus au temps de Justinien; mais elle avait eu une grande importance dans le droit classique, et Gaïus nous la fait connaître (*Gaïus*, III, 110-114).

On appelle *adstipulator* une personne qui, pour s'adjoindre à un stipulant principal, stipule du même débiteur le même objet. L'*adstipulatio* est donc un contrat verbal accessoire, qu'il faut envisager sous le triple rapport de son utilité, de sa forme et de ses effets.

Utilité. — L'utilité de l'*adstipulatio* tenait à la vieille règle romaine qui défendait aux plaideurs de se faire représenter en justice, *nemo alieno nomine lege agere potest.* Dans la prévision d'un voyage, d'une absence, d'une gêne quelconque, ou désireux de ne pas intenter lui-même l'action née de la stipulation, un *stipulator* voulait se décharger sur un ami du soin d'exiger le payement à sa place. Mais la loi ne lui permettait pas de confier la poursuite à un tiers; plus tard, quand il devint possible de plaider par procureur, ce ne fut qu'avec des formes et sous des garanties embarrassantes. Le *stipulator* ou créancier tournait alors l'obstacle en faisant intervenir un *adstipulator* qui participait à la créance, agissait de son propre chef et lui rendait compte après la poursuite.

Lorsque les *legis actiones* disparurent, on conserva encore l'*adstipulatio* pour remédier à un autre inconvénient. Les stipulations *post mortem stipulantis* étaient nulles en principe (*Suprà*, p. 291); mais on arrivait à leur donner une pleine efficacité pratique, par l'adjonction d'un *adstipulator* qui acquérait en son propre nom, l'action refusée au stipulant principal comme à ses héritiers, et qui l'exerçait dans l'intérêt de ces derniers, à charge de leur rendre compte (*Gaius*, III, 117).

Pour généraliser, il est exact de dire que, dans tous les cas où la stipulation, civilement nulle, engendre néanmoins une obligation naturelle, un *adstipulator* étranger à la cause de nullité peut s'adjoindre utilement au contrat. Toutefois ce n'était là qu'une fonction secondaire et plus récente de l'*adstipulatio;* il faut en rechercher l'origine et l'idée première dans la rigueur de l'antique procédure.

Forme. — L'*adstipulatio* était un contrat essentiellement verbal ; elle n'intervenait vraisemblablement qu'à la suite et comme accessoire d'une première stipulation et nul autre contrat n'en était susceptible. Mais l'*adstipulator* ne devait pas nécessairement employer la même formule d'interrogation que le stipulant principal ; celui-ci pouvait dire, par exemple, *centum dari spondes?* et l'autre, *idem fide tuâ promittis?* ou réciproquement. L'*adstipulatio* pouvait accompagner ou suivre la stipulation principale, elle pouvait, probablement aussi, la précéder (*Gaïus*, III, 112).

L'influence de la forme se faisait d'ailleurs sentir sur le fond. Le principe était avant tout que la stipulation principale et l'*adstipulatio* avaient forcément le même objet. Il fallait de plus que l'*adstipulatio* ne fût, sous aucun rapport, plus onéreuse au débiteur ; *nec plus*

in accessione potest esse, quàm in principali; ainsi le créancier auxiliaire ne pouvait stipuler dix, ou purement et simplement, quand le principal créancier avait stipulé cinq, ou sous une modalité. En sens inverse rien ne s'opposait à ce que l'*adstipulatio* fût moins onéreuse que la créance principale (*Gaius*, III, 112, 113) (1).

Effets. — L'*adstipulator* remplissant le double rôle de mandataire envers le *stipulator*, et de créancier envers le *promissor*, les effets de l'*adstipulatio* doivent s'examiner à leurs deux point de vue : 1° au regard du débiteur ; 2° au regard du créancier.

I. — Dans ses rapports avec le débiteur, l'*adstipulator* est absolument maître de la créance ; il n'est pas seulement mandataire comme l'*adjectus solutionis gratia*, il a figuré au contrat, il a interrogé le *promissor*, il est donc devenu véritablement créancier. En conséquence, il est investi personnellement de l'action *ex stipulatu* et c'est son nom qui figure dans la formule d'action délivrée par le magistrat. Aussi peut-il recevoir payement ; il peut également modifier la créance d'une manière quelconque, soit en faisant novation, soit en accordant un terme, soit en acceptant une *datio in solutum*. Il a même le droit d'éteindre la créance à titre gratuit et de libérer le débiteur, en employant l'acceptilation ou un pacte *de non petendo*.

Bref, tous les actes quelconques relatifs à la créance et qui sont intervenus entre le débiteur et l'*adstipulator* sont absolument valables ; le *promissor* peut les opposer aux deux créanciers, au stipulant principal comme au stipulant accessoire.

II. — Dans ses rapports avec le stipulant principal l'*adstipulator*, n'est plus maître de la créance ; il n'est qu'un mandataire et, à ce titre, tenu de rendre compte. Aussi, à la différence d'un stipulant ordinaire, il n'est pas libre de laisser son droit inactif, il doit agir et poursuivre le débiteur toutes les fois que le stipulant principal en est empêché lui-même. Par un autre corollaire de la même idée, l'*adstipulator* est tenu de rendre compte au *stipulator*, soit du payement, soit des actes de libération gratuite qui ont éteint la créance, sous peine de subir l'action *mandati directa* et même, dans le cas spécial d'une acceptilation, l'action pénale *legis Aquiliæ*. Enfin le droit de l'*adstipulator* lui est personnel, comme l'est toujours au

(1) C'est une question controversée que de savoir si l'*adstipulatio in duriorem causam* est nulle pour le tout ou seulement réductible à la mesure de la stipulation principale ; elle se résout de la même manière que la question analogue qui se pose sur l'*adpromissio* (*Infrà*, p. 327).

mandataire le pouvoir qu'il a reçu du mandat; sa créance ne passe donc pas à ses héritiers, et s'éteint par sa *capitis diminutio* (*Gaius*, III, 114, 215, 216).

Il résulte encore de cette idée que pour jouer le rôle d'*adstipulator*, il faut avoir l'aptitude à devenir soi-même créancier. En d'autres termes, l'*adstipulatio* faite par un esclave (ou par un individu *in mancipio*) ne saurait être que nulle; car elle ne vaut, ni pour le maître qui n'a pas reçu le mandat, ni pour l'*adstipulator* qui manque de toute capacité propre. Au contraire, émanée d'un fils de famille (ou d'une femme *in manu*), l'*adstipulatio* est efficace et produit une créance qui reste d'ailleurs sur sa tête à l'exclusion du *pater*; car l'*adstipulator* est ici doué d'une capacité propre, et garde le droit que n'acquiert point le père étranger au mandat. Seulement il ne pourra l'exercer en justice qu'une fois devenu *sui juris* sans *capitis deminutio*, c'est-à-dire par son élévation à certaines dignités sacerdotales, ou par la mort du chef de famille (*Gaius*, III, 114).

L'*adstipulatio* disparut avec ses diverses raisons d'être; aussi n'est-elle pas même nommée dans les recueils de Justinien. Imaginée pour satisfaire à des besoins accidentels et pour corriger des rigueurs artificielles de procédure, elle n'était d'ailleurs avantageuse qu'au créancier. Dans ses causes et dans ses effets, au double point de vue théorique et pratique, elle n'eut donc jamais l'importance juridique de l'*adpromissio*.

§ II

Adpromissio.

De même qu'on vient de voir un tiers s'adjoindre au stipulant principal, pour acquérir accessoirement la même créance, de même un tiers peut s'adjoindre au promettant principal, pour s'obliger accessoirement à la même dette; c'est l'hypothèse de l'*adpromissio*. Mais l'*adpromissio* n'a rien d'arbitraire et se retrouve sous des formes diverses, dans toutes les législations, preuve irréfutable qu'elle répond à des nécessités toujours présentes. De plus, elle n'est pas organisée dans l'intérêt exclusif de l'un des contractants, mais dans l'intérêt commun des deux parties. Car elle ne garantit pas seulement le créancier contre le danger de l'insolvabilité de son obligé, elle augmente du même coup le crédit du débiteur. (Conf. C. C. art. 2011, 2043),

L'*adpromissio* n'est qu'une des faces de l'opération plus large

qu'on appelle *intercessio*. Or *intercedere*, c'est obliger sa personne ou sa chose pour autrui. Cette définition contient en germe les trois éléments constitutifs de toute *intercessio ;* il faut en effet : 1° que l'*intercessor* oblige sa personne ou sa chose; 2° qu'il l'oblige pour garantir ou remplacer la dette d'un tiers; 3° qu'il l'oblige envers le créancier actuel ou futur d'autrui.

On verra plus loin que l'esclave, au point de vue prétorien, oblige ordinairement son maître par ses contrats, jusqu'à concurrence de son pécule; mais il ne l'oblige pas même dans cette limite au moyen d'une *intercessio*. La femme est également empêchée d'intercéder par le sénatus-consulte Velléien, rendu probablement sous le règne de Claude, en l'année 46 de notre ère (L. 3, § 5, 6, 9, D. *De peculio*, 15-1; L. 1, D. *Ad. senat. Vell.*, 16-1).

Les applications principales de l'*intercessio* sont au nombre de six : 1° on constitue sur sa chose un droit de gage ou d'hypothèque, pour sûreté de la dette d'un tiers; 2° on fait un pacte de constitut pour autrui (*constitutum alieni debiti*) ; 3° on se porte *mandator pecuniæ credendæ;* 4° on opère une *interventio*, en d'autres termes, on assume la dette d'un tiers qui allait s'obliger et s'en trouve dispensé; 5° on opère une *expromissio*, c'est-à-dire qu'on assume la dette d'un tiers en s'obligeant *verbis* à la place du débiteur primitif qui est libéré; 6° on accède *verbis* à la dette d'un tiers, ce qui est l'*adpromissio*. Il ne faut ici traiter que de ce dernier mode d'*intercessio*, le plus classique et le plus fréquent; les autres seront expliqués à leurs places respectives.

Le droit romain a connu trois sortes d'*adpromissores* : le *sponsor*, le *fidepromissor* et le *fidejussor;* ce troisième, plus récent que les deux autres, coexista quelque temps avec eux, et finit par les remplacer absolument.

Quand un débiteur s'adjoint un *adpromissor* quelconque, il fait ce qu'on appelle une *satisdatio*. Donner au créancier cette sûreté, c'est donc *satisdare;* la recevoir, c'est *satisaccipere* (L. 5, § 1, 2, D. *De verb. oblig.*, 45-1).

Tous les *adpromissores* sont, sans exception, soumis aux cinq règles communes qui suivent.

Règles communes à tous les *adpromissores*.

I. *Forme verbale*. — L'*adpromissio* se contracte toujours *verbis*, au moyen de la stipulation. La formule *spondesne? spondeo*, qui crée

un *sponsor*, est exclusivement réservée aux citoyens romains, et suppose de toute nécessité l'emploi de la langue latine. La formule *fidepromittisne? fidepromitto*, fut regardée comme équivalente, afin de permettre au pérégrin de se porter caution. Quant à la formule *fidejubesne? fidejubeo*, on l'inventa pour sortir des limites étroites et gênantes du vieux droit. Le *fidepromissor* et le *fidejussor* peuvent efficacement se servir d'une langue quelconque, suivant les principes généraux de la stipulation (*Inst.* L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 7. — *Gaius*, III, 93, 115, 116).

Au reste, l'*adpromissio* forme un contrat distinct tout en étant accessoire, en conséquence elle peut naître en un autre lieu que la dette principale qu'elle garantit, (L. 49, § 2, D. *De fidejuss.* 46-1).

II. *Nécessité d'une obligation principale.* — Il ne saurait exister d'*adpromissio* sans une obligation principale dont elle dépend.

Il importe peu que cette obligation principale soit civile, prétorienne ou simplement naturelle, c'est-à-dire qu'elle puisse ou non produire une action; car l'*adpromissio* n'aura souvent d'autre but que de fortifier une dette insuffisante. Une obligation accessoire joue même quelquefois ce rôle d'obligation principale; c'est ainsi qu'un premier fidéjusseur en fournit valablement un second pour cautionner son propre engagement (L. 8, § 12, D. *De fidejuss.*, 46-1).

Un autre résultat logique du même principe, c'est que l'*adpromissio*, qui peut, à l'instar de toute autre dette, s'éteindre directement du chef de l'*adpromissor*, peut également, par voie de conséquence, s'éteindre du chef de l'obligé principal. A cet égard, on doit poser trois règles fécondes en résultats : 1° tout fait libératoire *ipso jure*, qui affecte l'objet même de l'obligation, éteint la dette au profit du débiteur principal et de l'*adpromissor*, sans qu'on ait à rechercher lequel des deux l'a réalisée; tels sont : le payement, la novation, l'acceptilation, la perte de la chose due; 2° tout fait libératoire *ipso jure*, qui n'affecte pas l'objet de l'obligation, reste personnel à l'un des obligés et ne libère pas l'autre; la *capitis deminutio* et la mort sans héritier sont des exemples de cette extinction, bien moins ordinaire que la précédente; 3° la dette éteinte *per exceptionem*, du chef de l'*adpromissor*, reste entière à l'égard du débiteur principal, si ce n'est en des cas très rares; au contraire, toute exception qui n'est pas strictement personnelle au débiteur principal peut être invoquée par l'*adpromissor* (L. 95, § 1, 4, D. *De solutionibus*, 46-3;

L. 21, § 5; L. 22, D. *De pactis*, 2-14; L. 13, D. *De minoribus*, 4-4; L. 7, pr. § 1, D. *De except.*, 44-1) (1).

III. *Impossibilité de comprendre autre chose ni plus.* — L'*adpromissio* ne peut comprendre autre chose ni plus que l'obligation principale ; rien cependant n'empêche d'y comprendre moins, pourvu que la formule verbale de l'engagement exprime la restriction (L. 68, § 1, D. *De fidejuss.*, 46-1 ; — *Inst.* L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 5. — *Conf.* C. C. art. 2013).

Puisque l'*adpromissio* ne peut comprendre autre chose que l'obligation principale, l'*adpromissor* qui promettrait *aliud*, par exemple qui garantirait en argent une dette de blé, ou *vice versâ*, ne serait pas obligé (L. 42, D. *De fidejuss.*, 46-1).

Comme l'*adpromissio* ne peut comprendre plus que l'obligation principale, quatre catégories d'hypothèses sont à prévoir. L'*adpromissor*, en effet, a quatre manières de violer cette règle ou de s'obliger *in duriorem causam*, comme disent les Romains : 1° *re*, en promettant une quantité plus forte, vingt au lieu de dix promis par le débiteur, etc. ; 2° *tempore*, en garantissant purement et simplement un débiteur conditionnel, en contractant sous un terme plus rapproché, etc. ; 3° *loco*, en s'engageant à payer dans un lieu déterminé, tandis que le débiteur garanti est tenu *sinè adjectione loci*, etc. ; 4° *causâ*, en laissant au créancier, dans le cas d'une dette alternative, le choix que le débiteur garanti s'est au contraire attribué, etc. Qu'on suppose accomplie l'une ou l'autre de ces quatre hypothèses, l'*adpromissio* ainsi contractée *in duriorem causam* est-elle nulle pour le tout, ou seulement réductible à la mesure de l'obligation principale ? La première solution, plus conforme à l'esprit général de la loi romaine, et mieux adaptée au mécanisme spécial des contrats de droit strict, paraît en outre avoir les textes pour elle. Il faut donc la préférer, tout en constatant une obscurité regrettable dans les sources, et sans trop s'étonner qu'une décision contraire ait prévalu dans les *intercessiones* de bonne foi, telles que le *constitutum alieni debiti* et le *mandatum pecuniæ credendæ*. (*Inst.* L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 5. — L. 8, § 7 ; L. 16, § 1, D. *De fidejuss.*, 46-1 ; L. 11, § 1, D. *De pec. const.*, 13-5) (2).

(1) Comme exemples d'exceptions *personæ cohærentes* qui restent propres au débiteur principal, sans pouvoir être invoquées par l'*adpromissor*, on peut citer : l'exception de compétence, l'exception de cession de biens et l'exception de pacte *in personam* (L. 7, D. *De except.*, 44-1 ; L. 22, D. *De pactis*, 2-14).

(2) L'art. 2013 du Code Civil dispose au contraire que le cautionnement qui

Du reste, à la condition de n'avoir pas plus d'étendue que l'obligation principale, l'*adpromissio* peut être plus efficace en elle-même et consister daus un lien plus énergique ; car on sait déjà qu'elle s'adjoint utilement à des dettes prétoriennes ou naturelles ; on sait également que l'*adpromissor* pourrait fournir des garanties spéciales, gage ou hypothèque, tandis que la dette du débiteur principal serait chirographaire. Les commentateurs ont exprimé ce résultat dans une formule abstraite : *adpromissor magis obligari potest intensivè, non potest extensivè* (*Conf.* C. C. art. 2012).

Enfin, par le seul fait que l'*adpromissor* a garanti la totalité de l'obligation principale, *omnis causa*, il en garantit du même coup les augmentations normales et logiques, notamment les intérêts moratoires ; mais il reste étranger aux accroissements accidentels, entre autres à la peine que peut encourir le débiteur (L. 54 ; L. 68, § 1 ; L. 73, D. *De fidejuss.*, 46-1. — *Sic.* C. C. art. 2016).

IV. *Loi Cornélia.* — L'*adpromissio*, primitivement libre dans les limites de l'obligation principale, reçut une restriction nouvelle de la loi Cornélia, rendue vers l'an 673 de Rome, sous la dictature de Sylla. Il fut défendu de se porter *adpromissor* pour une quantité supérieure à vingt mille sesterces d'argent, dans la même année, envers le même créancier, en faveur du même débiteur, *idem pro eodem, apud eumdem, eodem anno.* Cette loi tendait à diminuer les emprunts, en diminuant la sécurité des créanciers et le crédit des débiteurs ; mais elle manquait son but, puisqu'il restait possible de garantir la totalité d'une dette quelconque, par l'adjonction de plusieurs garants partiels. D'après son motif même, la prohibition n'atteignait que les cautions fournies pour une obligation contractuelle et certaine, c'est-à-dire constitutive d'un *creditum* (*Gaius*, III, 124).

On ignore si l'*adpromissio* exagérée était nulle pour le tout ou seulement réductible ; la solution de la question dépend de la manière dont on restitue quelques mots illisibles dans le manuscrit de Gaius. Nous savons cependant que la loi avait prévu et déterminé certains cas où l'*adpromissio* pouvait se faire in *infinitum* ; le jurisconsulte en cite quatre : l'*adpromissio* fournie sur l'ordre du juge, l'*adpromissio* garantissant la restitution d'une dot, le paiement de la *vicesmia hereditatis* et l'exécution des dispositions testamentaires. Cette loi Cornélia paraît être la première qui ait parlé des fidéjusseurs ; on

excède la dette ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul, il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale.

ne saurait dire quand ni comment elle disparut, et le droit de Justinien ne la connaît même plus de nom (*Gaius*, III, 124-125).

V. *Recours contre le débiteur principal.* — L'*adpromissio* fait naître, à l'échéance du terme qui affecte l'obligation principale, un recours au profit de l'*adpromissor* contre le débiteur, pour la restitution et dans la mesure de ce qu'a coûté au garant l'extinction de la dette, et pourvu qu'il n'ait pas sciemment négligé de se prévaloir des moyens de défense décisifs qu'aurait pu invoquer le débiteur. Ce recours s'exerce par l'*actio contraria* de mandat ou de gestion d'affaires, selon que la caution est intervenue du gré ou à l'insu du débiteur principal. Mais il se peut que son intervention n'offre ni les éléments du mandat ni ceux de la gestion d'affaires ; c'est lorsque le débiteur principal a fait opposition à l'*adpromissio*, ou que la dette intéressait l'*adpromissor* lui-même, ou qu'il avait l'intention de gratifier l'obligé ; en d'autres termes, il s'est engagé *pro invito*, *vel in rem suam*, *vel animo donandi* ; dans tous ces cas, on ne lui accorde aucune espèce de recours (*Inst.* L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 6. — *Gaius*, III, 127. — L. 6, § 2 ; L. 20, § 1 ; L. 26, § 4, D. *Mandati*, 17-1) (1).

Règles spéciales aux sponsores et fidepromissores.

Les *adpromissores* se partagent en deux catégories, *sponsores* et *fidepromissores* d'une part, et *fidejussores* de l'autre.

I. — **Différences entre la sponsio et la fidepromissio.** — Le *sponsor* ou le *fidepromissor* se confondent à peu près. Cependant on peut relever en eux trois légères différences : 1° le *sponsor* n'est jamais qu'un citoyen romain puisque la forme de la *sponsio* est inaccessible aux pérégrins. 2° Aux termes d'une certaine loi Publilia, de date inconnue, le *sponsor* peut, au lieu de recourir contre le débiteur par l'action *mandati*, commune à tous les garants, intenter une action dite *depensi*, dont l'avantage est de lui donner le double en cas d'*inficiatio* du défendeur. 3° En outre, la même loi lui donne le droit, s'il n'est pas remboursé dans les six mois du paie-

(1). La question de savoir si l'*adpromissor* qui avait cautionné le débiteur principal, *invito debitore*, n'avait pas au moins un recours par l'action *negotiorum gestorum utilis* ou par l'action *de in rem verso*, avait, paraît-il, fait difficulté à l'époque classique. Justinien trancha la controverse en refusant, dans ce cas, tout recours à l'*adpromissor* (L. 40, D. *Mandati*, 17-1. — L. 24, C. *De neg. gestis*, 2-19).

ment, de procéder sans jugement préalable à la voie d'exécution appelée *manus injectio pro judicato*, (*Gaius*, III, 127 ; IV, 9, 22, 25).

II. — **Ressemblances entre la sponsio et la fidepromissio.** — Hormis ces dissemblances de détail, le *sponsor* et le *fidepromissor* relèvent ensemble de principes communs qui font d'eux la contre-partie symétrique des *adstipulatores*.

1° *Nécessité d'accéder à des dettes verbales.* — La *sponsio* et la *fidepromissio* ne peuvent accéder qu'à des obligations contractées *verbis*, c'est-à-dire nées de la stipulation, de la *dictio dotis*, ou de la *jurata promissio liberti* (L. 8, § 1, D. *De operis libert.*, 38-1 ; L. 55, D. *De jure dotium*, 23-3).

Du reste, il n'importe que la dette ainsi garantie soit civile ou naturelle, suivant la règle commune à tous les *adpromissores*. Mais toujours faut-il qu'elle offre les éléments constitutifs d'une promesse verbale ; de là résulte, dans l'opinion de plusieurs jurisconsultes romains, la nullité de ces deux sortes d'*adpromissiones* appliquées, soit à la promesse d'un esclave, soit à l'engagement pris dans la forme *spondes* par un pérégrin (*Gaius*, III, 119).

La novation permettait, il est vrai, de ramener à la forme *verbis* les obligations nées d'une autre source ; mais cette transformation exigeait toujours le consentement du débiteur, et des conditions de capacité physique ou légale qui pouvaient faire défaut. Il n'est donc pas injuste de blâmer une disposition qui rétrécissait outre mesure la sphère d'utilité de la *sponsio* et de la *fidepromissio*.

2° *Intransmissibilité.* — De même que la créance de l'*adstipulator* lui reste personnelle et n'est pas transmissible au point de vue actif, de même la dette du *sponsor* et du *fidepromissor* ne passe pas à leurs héritiers ; l'intransmissibilité dérive, dans tous ces cas, de la même idée de mandat. Mais si les successeurs de l'*adstipulator* ne recueillent pas son droit, c'est qu'autrement ils pourraient compromettre les intérêts du mandant, dont ils n'ont pas eu la confiance. Au contraire, lorsque l'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor* disparaît à son décès, la sécurité du créancier et le crédit du débiteur sont atteints du même coup, et l'extinction de l'*adpromissio* ne profite qu'aux héritiers de l'*adpromissor*. Ce fut donc une vue superficielle et de fausse symétrie qui inspira cette assimilation déraisonnable (*Gaius*, III, 120).

3° *Loi Apuléia.* — Une loi *Apuléia*, plébiscite rendu probablement en l'année 652 de Rome, établit une société de plein droit

entre les *sponsores* ou les *fidepromissores* d'un même débiteur. Il en résultait que, si l'un de ces *adpromissores*, tenus *in solidum* envers le créancier, payait au delà de sa part il pouvait réclamer par l'action *pro socio* la répartition du surplus entre ses coobligés, abstraction faite de toute communauté préalable d'intérêts (*Gaius*, III, 122).

Là se trouve la solution d'un problème assez discuté. D'après quelques auteurs, l'obligation accessoire du *sponsor* ou du *fidepromissor* devait se contracter au même instant que l'obligation principale. Or une loi, dont le nom reste inconnu, mettait le stipulant, qui recevait des *sponsores* ou *fidepromissores*, dans la nécessité de leur déclarer d'avance et publiquement le nombre des cautions qu'il se proposait d'obtenir, et la quotité de la dette garantie. L'omission de cette *prædictio* donnait à ces *adpromissores* le droit précieux de provoquer dans les trente jours une action préjudicielle ou *præjudicium*, dont l'effet était d'entraîner leur libération, s'ils établissaient en fait que la formalité n'avait pas été remplie. Une telle précaution prouve péremptoirement que les *sponsiones* ou les *fidepromissiones* pouvaient précéder ou suivre la formation de l'obligation principale. Il est probable, en outre, qu'elle se trouvait édictée dans la loi Apuléia ; car du moment que les *sponsores* ou *fidepromissores* vont se trouver légalement associés, ils ont grand intérêt à savoir en quel nombre, avec quelles personnes et pour quel objet ils doivent entrer en société (*Gaius*, III, 123).

4° *Loi Furia*. — Une loi *Furia de sponsu*, autre plébiscite que l'opinion commune place en l'an de Rome 659, vint apporter deux limitations de plus à la dette des *sponsores* ou *fidepromissores*.

Elle la divisa d'abord entre tous les *adpromissores* de ce genre qui étaient vivants au moment de l'échéance ; le créancier ne put donc plus demander le total à chacun, mais seulement sa part virile, et désormais, il courut le risque de l'insolvabilité de chaque *sponsor* ou *fidepromissor*. Cette division s'opérait vraisemblablement de plein droit ; par conséquent le créancier commettait une *plus petitio* en poursuivant *in solidum*, et si l'un des *sponsores* ou *fidepromissores* payait par erreur au delà de sa part, il pouvait intenter efficacement la *condictio indebiti* pour l'excédant.

En outre, la loi Furia borna à deux ans la durée de l'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor* ; c'est une exception remarquable au principe qu'un laps de temps ne saurait éteindre un droit de créance ; il faut remarquer même qu'ici le *dies ad quem* est indé-

pendant de la convention des parties. Ce délai de deux ans, *biennium*, partait sans doute du jour de l'échéance, et produisait, en s'accomplissant, une libération *ipso jure* (*Gaius*, III, 121).

Ainsi se révèle l'esprit tout politique de la loi Furia ; pour supprimer des désordres permanents, on voulut en tarir la source, qui était l'abus des emprunts. On essaya d'y arriver en stimulant, par la crainte de voir trop vite disparaître la sûreté, l'ardeur des créanciers à poursuivre les garants ; sous la menace de ces rigueurs, les débiteurs trouvèrent moins facilement des *adpromissores*, et les dettes diminuèrent avec le crédit.

A la différence de la loi Apuléia, la loi Furia n'était applicable qu'en Italie, où l'on redoutait davantage les soulèvements de la foule. La société qu'avait établie le plus ancien de ces deux plébiscites conserva donc toute son utilité dans les provinces (*Gaius*, III, 121-122).

La loi Furia, par la date que lui assignent la plupart des auteurs, est antérieure de quatorze ans à la loi Cornélia, qui pour la première fois s'occupa de la *fidejussio*. N'est-il pas naturel de penser que, dans ce court intervalle, on inventa peut-être, du moins on généralisa l'usage des fidéjusseurs, qui s'obligeaient par d'autres formules, et dès lors échappaient aux règles trop restrictives de la *sponsio* et de la *fidepromissio* ? Ils constituaient une sûreté plus large, moins fragile et par conséquent plus pratique ; aussi dès qu'il fut connu, ce procédé nouveau d'*intercessio* ne tarda pas à faire disparaître les deux méthodes primitives. Si l'on peut admettre que la *fidepromissio* et la *fidejussio* coexistèrent quelque temps, il est certain qu'à l'époque de Justinien, les deux premières s'identifient avec la troisième ; l'abrogation des formules solennelles en avait effacé la différence caractéristique, et la meilleure de ces institutions devait nécessairement absorber les autres.

Règles spéciales aux fidéjusseurs.

Il ne sera donc plus question que de la *fidejussio*, seule vivante en réalité depuis le bel âge de la jurisprudence romaine.

Possibilité d'accéder à toute dette. — La fidéjussion accède valablement à une dette quelconque, quelle qu'en soit l'origine, qu'elle provienne d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi (*Inst.* L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 1. — L. 8, § 5, 6, D. *De fidejuss.*, 46-1).

Seule, l'obligation qui pèse sur le mari, ou sur le père du mari, de restituer la dot à la femme, ne comporte pas de fidéjussion. Édictée en 381 par Gratien, Valentinien et Théodose, cette prohibition fut appliquée par Justinien à toute espèce d'*intercessio* pour l'obligation dotale, et notre Code civil en a conservé une trace; le motif en est dans la dignité du mariage (L. 1 ; L. 2, C. *Ne fidejuss. vel mand. dot.*, 5-20. — *Conf.* C. C. art. 1550).

La fidéjussion peut se former en un autre lieu que la dette principale ; elle peut la précéder, l'accompagner ou la suivre. Elle est nécessairement postérieure, quand l'obligation provient d'un fait illicite; au contraire, si l'obligation garantie porte sur une chose future, la fidéjussion ne prendra définitivement naissance qu'avec elle, et restera, en attendant, conditionnelle (L. 13, § 9, D. *De acceptil.*, 46-4. — *Inst.* L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 3).

La nécessité de la *prædictio*, imposée au créancier en faveur des *sponsores* et de *fidepromissores*, fut étendue dans la suite à l'hypothèse de la fidéjussion (*Gaius*, III, 123).

Condition juridique des fidéjusseurs. — Le droit commun régissait la *fidejussio*, étrangère aux dispositions spéciales des lois Apuléia et Furia. En d'autres termes, l'obligation du fidéjusseur était perpétuelle et passait à ses héritiers, par exclusion de toute idée de mandat ; de plus, il n'avait aucun recours contre ses cofidéjusseurs (L. 39, D. *De fidejuss.*, 46-1. — *Inst.* L. III, t. XX. *De fidejuss.*, § 2).

Enfin, si l'on suppose plusieurs *fidejussores* engagés pour la même dette, et qu'ils ne se soient pas obligés seulement *pro partibus*, chacun d'eux doit la totalité, *singuli in solidum tenentur*. Il n'est pas besoin d'une clause expresse pour autoriser cette rigueur ; car elle résulte naturellement de leur réponse, puisqu'ils ont promis la même prestation que l'obligé proprement dit, *idem fidejubes? fidejubeo*. Le créancier peut à son choix diviser sa créance entre le fidéjusseur, ou demander le tout, soit à l'un des deux, soit à qui bon lui semble parmi les cofidéjusseurs, quand il y en a plusieurs ; car il n'y a nulle différence d'efficacité entre l'obligation principale et les obligations accessoires. Seulement, quand le créancier a fait *litiscontestatio* avec un de ces coobligés, son droit contre les autres est épuisé, dans la mesure de la demande ; il supporte donc l'insolvabilité du débiteur poursuivi. Cet effet extinctif ne touche d'ailleurs qu'à l'action personnelle du créancier, et ne concerne point ses actions hypothé-

caires, s'il en a ; car l'objet n'en est pas le même (L. 13, § 4, D. *De pignor. et hypoth.*, 20-1. — L. 9; L. 16, C. *De fidejuss.*, 8-41. — *Inst.* L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 4).

Ce fut à cette condition originaire et dure des fidéjusseurs que des tempéraments successifs furent apportés, sous la forme et par le moyen de trois bénefices : bénéfice de cession d'actions, bénéfice de division, bénéfice de discussion.

Bénéfice de cession d'actions. — Le *beneficium cedendarum actionum* est le plus ancien dans l'ordre chronologique. Organisé par la jurisprudence, il oblige le créancier que paye le fidéjusseur, à lui céder ses actions dont il n'a plus besoin (*Conf.* C. C. art. 1251, 2029).

Conditions d'exercice. — Pour obtenir ce bénéfice, le fidéjusseur doit offrir au créancier le montant intégral de la dette ; si même il prétend à la cession d'une action hypothécaire, et que l'hypothèque garantisse une autre obligation, il sera forcé d'acquitter cette dernière, outre la sienne (L. 2 ; L. 11, C. *De fidejuss.*, 8-41).

L'exception de dol est l'arme pratique dont se servira le fidéjusseur pour exiger la cession, si le créancier ne l'accorde pas à l'amiable en le poursuivant. Dans le détail, et notamment à l'égard des trois différences précédemment signalées entre les débiteurs corréaux et les débiteurs solidaires, il subit les règles de la corréalité ; cette décision, fertile en résultats, tient au caractère unilatéral et *stricti juris* de la fidéjussion. C'est ainsi notamment que le fidéjusseur ne peut pas se plaindre dans le cas où le créancier n'aurait pas conservé toutes ses actions dans leur intégrité (L. 62, D. *De fidejuss.*, 46-1. — *Contrà*, C. C. art. 2037).

Avantages. — L'avantage de la cession est triple pour le fidéjusseur : 1° à l'action de mandat, dont il est investi par le droit commun pour recourir contre le débiteur principal, il peut substituer l'action du créancier, s'il y trouve intérêt ; tel le cas où la créance est privilégiée ou susceptible de croître au double par l'*infitiatio* du défendeur ; 2° la cession lui donne contre les cofidéjusseurs qui ont garanti la même dette que lui, un recours qui lui manque de son chef ; 3° il est maître d'exercer les droits de gage et d'hypothèque qui appartenaient au créancier, et de s'en prévaloir utilement à l'encontre des tiers détenteurs ou des autres créanciers du débiteur qu'il a garanti ; ces *actiones hypothecariæ* sont même les seules dont la cession reste possible après la *litiscontestatio* intervenue sur la

fidéjussion (L. 39, D. *De fidejuss.*, 46-1. — L. 14, C. *De fidejuss.*, 8-41; L. 24. C. *De negotiis gestis*, 2-19).

Bénéfice de division. — La cession d'actions n'était qu'une ressource illusoire pour le fidéjusseur qui avait payé la dette, dans le cas d'insolvabilité du débiteur principal et des *cofidejussores*. En outre, elle exigeait une avance de fonds parfois gênante. Aussi l'empereur Adrien introduisit-il un bénéfice plus avantageux encore pour le fidéjusseur en créant le *beneficium divisionis*, par un célèbre rescrit appelé *Epistola divi Adriani* (*Conf.* C. C. art. 2026, 2027).

Comparaison avec la loi Furia. — Le bénéfice de division est analogue, mais non identique à la protection que trouvent dans la loi Furia les *sponsores et fidepromissores*. Imaginé pour les fidéjusseurs, il fut probablement étendu par la jurisprudence à ceux des autres *adpromissores* qui s'engageaient hors de l'Italie.

Des graves différences de nature et d'effets le distinguent de la loi Furia : 1° la division ne se fait, par proportions viriles, qu'entre les cofidéjusseurs solvables au jour de la *litis contestatio;* les fidéjusseurs supportent donc, jusqu'à la première poursuite, les risques de leur insolvabilité respective, qui ne pèsent pas sur le créancier; 2° la division n'a pas lieu de plein droit, et le fidéjusseur poursuivi doit, lorsque le créancier s'y refuse, l'invoquer par la voie de l'exception *si non et illi solvendo sint*. En conséquence et d'une part, le créancier qui demande le tout ne commet pas une *plus petitio;* d'autre part, si le fidéjusseur poursuivi laisse délivrer une formule pure et simple, il est régulièrement condamné *in solidum*. Enfin, le payement du tout, qu'il ferait par erreur, ne lui donnerait pas la *conditio indebiti* pour ce qui excède sa fraction (L. 49, § 1, D. *De fidejuss.*, 46-1. — L. 3, C. *De fidejuss.*, 8-41. — *Gaius*, III, 121. — *Inst.* L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 4).

Conditions d'exercice. — Le bénéfice de division n'est invocable qu'entre cofidéjusseurs, c'est-à-dire entre les personnes engagées pour la même dette du même débiteur, eussent-elles promis en des lieux et des temps divers, et sous des modalités différentes. Il ne peut donc être invoqué ni par les fidéjusseurs donnés séparément par deux *correi promittendi*, ni par le fidéjusseur principal à l'égard du sous-fidéjusseur. A l'inverse et par exception, lorsqu'un mineur de vingt-cinq ans, devenu fidéjusseur après coup, a obtenu la *restitutio in integrum*, l'autre n'est pas admis à demander

la division ; car il ne devait pas y compter (L. 27, § 4 ; L. 48, § 1 ; L. 51, § 2, D. *De fidejuss.*, 46-1).

Déchéance et renonciation. — Le bénéfice de division est refusé généralement au fidéjusseur qui a commencé par nier son engagement et spécialement au fidéjusseur d'un tuteur ; le premier subit une déchéance, le second souffre d'une faveur faite au pupille, *qui non ipse contraxit* (L. 10, § 1, D. *De fidejuss.*, 46-1 ; L. 12, D. *Rem pupilli.*, 46-6).

Le fidéjusseur peut enfin renoncer expressément ou tacitement à la division ; par exemple, sa renonciation est tacite, quand il s'engage sciemment avec un cofidéjusseur investi d'une exception perpétuelle. Le bénéfice *cedendarum actionum* lui reste alors ouvert, mais laisse naturellement à sa charge les risques de l'insolvabilité du débiteur principal et des cofidéjusseurs postérieure à la *litis contestatio*, tandis qu'en invoquant le rescrit d'Adrien, il les eût fait peser sur le créancier. Comme ces deux bénéfices ne se cumulent jamais, c'est au fidéjusseur de reconnaître et de choisir le plus avantageux dans chaque cas. En général, la division sera préférable ; mais il vaudrait mieux recourir à la cession d'actions, si le débiteur principal se trouvait insolvable et que l'obligation fût garantie par des hypothèques suffisantes (L. 48, D. *De fidejuss.*, 46-1. — L. 14, C. *De fidejuss.*, 8-41).

Innovation de Justinien et bénéfice de discussion. — Justinien applique aux fidéjusseurs, comme aux codébiteurs corréaux en général, la règle que le droit du créancier ne sera plus éteint par la demande dirigée contre l'un des coobligés ; lorsqu'une première action n'aboutit pas au payement intégral, la poursuite demeure possible envers tous jusqu'à parfaite satisfaction. Cette suppression de l'effet extinctif de la *litis contestatio* date de l'année 531 (L. 28, C. *De fidejuss.*, 8-41).

Quatre ans plus tard, en 535, Justinien reconnut enfin le caractère essentiellement subsidiaire de la fidéjussion. En effet, le fidéjusseur put désormais refuser le payement et se dérober à l'action du créancier, tant que le débiteur principal n'avait pas été poursuivi, et que son insolvabilité n'avait pas été constatée par la vente préalable ou *discussion* de ses biens. C'est le *beneficium ordinis vel discussionis*.

Le bénéfice de discussion doit faire l'objet d'une demande expresse, probablement avant toutes défenses au fond ; d'ailleurs,

pour que le *fidéjusseur* ait le droit de s'en prévaloir, il faut : 1° que le débiteur ne soit pas notoirement insolvable et que ses biens ne soient pas trop difficiles à poursuivre ; 2° qu'il ne soit pas absent ou tout au moins qu'il ait laissé un *procurator*. Quand le débiteur principal est absent, le fidéjusseur doit s'engager à procurer sa comparution dans un délai marqué par le juge, sous peine de subir lui-même l'action. Une fois la discussion demandée, le créancier répond de sa négligence ; car s'il laisse par ses lenteurs le débiteur principal devenir insolvable, il en supportera le préjudice et ne pourra plus recourir contre le *fidéjusseur* (Nov. 4, ch. 1 — *Conf.* C. C. art. 2021-2025) (1).

D'après Justinien, le *beneficium discussionis* ne serait pas une institution nouvelle, mais la résurrection d'un très ancien usage tombé plus tard en désuétude. Sans repousser absolument cette assertion, on doit constater le silence des jurisconsultes de la grande époque. Il est seulement hors de doute que, depuis Dioclétien, les cautions engagées pour les débiteurs du fisc jouissaient d'une prérogative tout à fait identique au bénéfice de discussion. Hormis ce cas unique, les fidéjusseurs étaient forcés de remédier à l'oubli de la loi par des conventions spéciales, dont les plus importantes feront l'objet d'explications prochaines (Nov. 4. — L. 4, C. *Quando fiscus*, 4-15).

De ces trois secours organisés par la loi romaine dans l'intérêt des fidéjusseurs, aucun n'a disparu. Les bénéfices de discussion et de division tiennent une place importante dans notre Code civil, et le bénéfice de cession d'actions s'y retrouve sous le nom de subrogation légale (*Conf.* C. C. art. 1251, 2021-2027).

APPENDICE

FIDEJUSSIO INDEMNITATIS. — *MANDATUM PECUNIÆ CREDENDÆ.*

Il convient de rapprocher de la fidéjussion ordinaire deux autres modes d'*intercessio* qui offrent avec elle de nombreux et intéressants points de comparaison ; nous voulons parler de la *fidejussio indemnitatis* et du *mandatum pecuniæ credendæ*.

(1) Le *beneficium discussionis* n'appartenait pas aux *argentarii* ; Justinien, dans un but d'intérêt public, ne leur permit pas de renvoyer le créancier poursuivre d'abord le débiteur qu'ils avaient cautionné (Nov. 4, ch. 3, § 1).

§ I

Fidejussio indemnitatis.

La fidéjussion *indemnitatis causa* est une espèce de fidéjussion dans laquelle le fidéjusseur, sans s'obliger à toute la dette, promet seulement *quanto minus a reo consequi poterit creditor*. Il arrive parfois en effet qu'un fidéjusseur, au lieu de promettre la totalité ou telle fraction déterminée de l'obligation principale, s'engage uniquement à payer au créancier ce qu'il ne pourra obtenir du débiteur. La formule sera, par exemple, celle-ci : *quantò minùs a Titio consecutus fuero, tantum dare spondes?* Le fidéjusseur ne sait alors, ni s'il devra, ni ce qu'il devra ; le créancier est certain seulement de ne rien perdre, puisque une indemnité le dédommagera, le cas échéant, de l'insolvabilité du *reus*. De là vient le nom de *fidejussio indemnitatis* (L. 150, D. *De verb. sig.*, 50-16. — L. 2, C. *De fidejuss. tut.*, 5-57).

Les jurisconsultes romains ne semblent pas s'être toujours entendus sur la nature de la *fidejussio indemnitatis*. Les uns, et parmi eux Celsus, considéraient l'obligation du *fidejussor indemnitatis* comme pure et simple et ils en concluaient à la possibilité d'une action immédiate contre lui. Les autres, et notamment Paul et Papinien, voyaient au contraire dans cette *fidejussio* une obligation conditionnelle ; aussi estimaient-ils que le fidéjusseur ne pouvait pas être poursuivi avant que l'insolvabilité du débiteur principal n'eût été démontrée par une discussion préalable. Ce fut ce dernier système qui paraît avoir prévalu dans le droit classique (L. 42, pr. D. *De rebus creditis*, 12-1 ; L. 116, D. *De verb. oblig.*, 45-1 ; L. 21, D. *De solut.*, 46-3).

Etant admis que l'obligation du *fidejussor indemnitatis* est subordonnée à la condition que le *reus* n'aura pas les moyens de s'acquitter, on tire de là trois conséquences importantes : 1° d'abord, le créancier ne peut pas poursuivre le fidéjusseur avant que le débiteur n'ait été poursuivi et discuté ; 2° ensuite, la *litis contestatio* engagée avec le principal obligé ne libère pas le *fidejussor;* 3° enfin, le créancier est responsable des retards qu'il a mis à poursuivre le débiteur; aussi doit-il supporter seul les risques de l'insolvabilité du *reus* survenue depuis l'échéance de la dette (L. 150, D. *De verb. sign.*, 50-16 ; L. 41, pr. D. *De fidejuss.*, 46-1).

Il est facile de s'apercevoir que les innovations successives de

Justinien ont presque complétement dépouillé la *fidejussio indemnitatis* de son utilité pratique. Désormais, en effet, l'abolition de l'effet extinctif de la *litis contestatio* et l'introduction du bénéfice de discussion ont supprimé les deux premières conséquences que nous avons signalées. Reste encore cependant, bien que certains auteurs l'aient contesté, l'utilité spéciale que procurait au fidéjusseur *indemnitatis causa* le droit de rendre le créancier responsable de sa négligence à poursuivre le débiteur.

§ II

Mandatum pecuniæ credendæ.

Il y a *mandatum pecuniæ credendæ*, ou encore *mandatum qualificatum*, lorsque, sur l'ordre et aux risques et périls de Titius, Seius devient créancier de Mævius, en contractant avec lui et notamment en lui prêtant une somme d'argent. On avait longtemps douté de la validité d'un pareil mandat parce qu'au premier abord il ne semble pas intéresser le mandant ; mais on fit observer avec raison que ce mandat devient juridiquement valable et par conséquent obligatoire pour le mandant dès qu'il a été exécuté, par ce motif qu'alors le mandataire a le droit de se faire indemniser de tout le préjudice que lui cause l'exécution du mandat (*Inst.* L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 5, 6; L. 71, § 2, D. *De fidejuss.*, 46-1. — *Gaius*, III, 156).

L'accomplissement de ce mandat procure au mandataire deux débiteurs : le tiers tenu en vertu du contrat ou du *mutuum* par lui contracté et le mandant qu'on appelle *mandator pecuniæ credendæ* et qui est obligé par suite du mandat qu'il a donné. Le *mandatum pecuniæ credendæ* n'est donc qu'une *intercessio* puisqu'il engendre une sûreté personnelle au profit du créancier ; aussi se rapproche-t-il de la fidéjussion avec laquelle il présente de nombreuses ressemblances.

Ressemblances avec la fidéjussion. — Cinq ressemblances fondamentales sont en effet à signaler entre le fidéjusseur et le *mandator*.

1° Le *mandator pecuniæ credendæ*, tout comme le fidéjusseur, ne peut pas s'obliger *in duriorem causam ;* cependant, tandis que l'obligation du *mandator* qui excède l'obligation principale n'est pas nulle mais seulement réductible, l'obligation du fidéjusseur est au contraire nulle pour le tout, c'est du moins le système généralement suivi (L. 22, C. *De fidejuss.*, 8-41. — *Suprà*, p. 327).

2° Le sénatus-consulte Velléien s'applique à la fois au *mandatum pecuniæ credendæ* et à la fidéjussion puisqu'il défend aux femmes tout acte d'*intercessio* sans aucune distinction (L. 2, D. *Ad senat. Vell.*, 16-1).

3° Lorsque plusieurs *mandatores* sont intervenus à l'occasion d'une même dette, chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout comme le pouvait l'être un fidéjusseur; mais, depuis le rescrit d'Adrien, ils jouissent du bénéfice de division au même titre que les cofidéjusseurs (L. 7, D. *De fidejuss. et nom.*, 27-7).

4° Le *mandator* qui a désintéressé le créancier a en principe, comme tout fidéjusseur, le droit de recourir contre le débiteur principal par l'action *mandati contraria* ou par l'action *negotiorum gestorum* (L. 50, D. *Mandati*, 17-1).

5° Enfin, le *mandator pecuniæ credendæ*, comme le fidéjusseur, peut être actionné par le créancier avant le débiteur, sans pouvoir écarter cette poursuite. Toujours le bénéfice de discussion créé par Justinien lui fut appliqué de la même manière qu'au fidéjusseur (L. 56, pr. D. *Mandati*, 17-1) (1).

Différences avec la fidéjussion. — Mais si la fidéjussion et le *mandatum qualificatum* présentent une grande analogie, il serait cependant inexact de croire que la situation du *mandator* soit toujours juridiquement la même que celle du fidéjusseur. On peut, au contraire, relever entre eux des différences assez considérables. Ces différences tiennent à deux causes : elles viennent d'une part de ce que le *mandator* s'oblige par le mandat, contrat synallagmatique et de bonne foi, tandis que le fidéjusseur s'oblige par la stipulation, contrat unilatéral et de droit strict; elles viennent d'autre part de ce que la *fidejussio* est un contrat accessoire, tandis que le *mandatum pecuniæ credendæ* est un contrat principal entièrement distinct du contrat qui le réalise.

1° Le *mandatum pecuniæ credendæ* précède nécessairement la dette qu'il garantit, tandis que la fidéjussion peut intervenir en même temps que l'obligation principale ou même postérieurement (L. 12, § 14, D. *Mandati*, 17-1).

2° Le *mandatum* étant un contrat consensuel peut se former entre absents, entre sourds ou muets, *per epistolam* ou *per nuntium*.

(1) Cette communauté de règles nous explique pourquoi le Digeste et le Code traitent de ces deux formes d'*intercessio* sous un titre commun, *de fidejussoribus et mandatoribus*.

La *fidejussio* étant au contraire un contrat *verbis* exige que les parties soient présentes et qu'elles puissent entendre et parler.

3° La nécessité de la *prædictio* organisée par la loi Apuléia et la restriction de la loi Cornelia qui furent étendues à la fidéjussion ne s'appliquèrent jamais au *mandatum pecuniæ credendæ* (*Gaius*, III, 123, 124).

4° La dette du fidéjusseur a le même objet que l'obligation principale, aussi le *fidejussor* qui paie le créancier libère le débiteur *ipso jure*. Au contraire, la dette du *mandator* n'est pas de même nature que celle du débiteur, le *mandator* ne doit jamais qu'une indemnité ; en conséquence, quand il désintéresse le créancier, il ne libère pas le débiteur de plein droit, ce dernier ne peut invoquer que l'exception de dol (L. 28, D. *Mandati*, 17-1 ; L. 95, § 1, D. *De solut.*, 46-3).

5° Même avant Justinien, la règle que le créancier éteint son droit contre l'un des obligés en poursuivant l'autre, quoique applicable à la fidéjussion, ne concerne pas le *mandatum pecuniæ credendæ*. Il en résulte que le *mandator* déjà condamné ou poursuivi, peut encore, même après la *litis contestatio*, demander au créancier la cession de ses actions contre le débiteur principal et les autres *mandatores* (L. 41, § 1 ; L. 71, pr. D. *De fidejuss.*, 46-1).

6° Au point de vue de la cession d'action, le fidéjusseur et le *mandator* sont séparés par toutes les différences déjà signalées entre les codébiteurs tenus d'une action de droit strict et les codébiteurs tenus d'une action de bonne foi. On en conclut notamment que le *mandator* peut se faire décharger lorsque le créancier est dans l'impuissance de faire une cession d'action complète (L. 28, D. *Mandati*, 17-1 ; L. 95, § 2, D. *De solut.*, 46-3. — *Conf.* C. C. art. 2037. — *Suprà*, p. 319).

7° Si la situation du *mandator* a paru jusqu'ici préférable, le fidéjusseur est en revanche plus facilement admis à se prévaloir des exceptions nées dans la personne du débiteur. Ainsi le *mandator* ne profite pas de la *restitutio in integrum* accordée au débiteur pour cause de minorité, eût-il ignoré l'âge de ce dernier. La raison de cette différence se trouve dans ce fait que, tandis que le fidéjusseur n'a fait qu'accéder à l'obligation principale, le *mandator* en a provoqué la naissance, il a pris l'initiative, *adfirmator fuit et suasor* (L. 13, pr. D. *De minoribus*, 4-4).

En définitive, le *mandatum pecuniæ credendæ*, quoique mieux or-

ganisé que la fidéjussion, ne saurait néanmoins la remplacer dans tous ses usages. Car il est inapplicable aux dettes préexistantes; et parmi les dettes futures, s'il exclut, comme la fidéjussion, les obligations à naître d'un délit, il exclut de plus qu'elle les obligations qui n'impliquent pas le consentement du créancier.

CHAPITRE XIX

DIVISION DES STIPULATIONS.

(*Inst.* L. III, t. XVIII, *De divis. stip.*)

On sait que le droit romain oppose aux obligations civiles ou consacrées par un acte législatif, les obligations honoraires ou consacrées par le magistrat. Or, les obligations honoraires sont presque toutes prétoriennes, et l'on peut considérer ces deux expressions comme synonymes (*Inst.* L. III, t. XVIII, *De oblig.*, § 1 *in fine*).

Deux voies sont ouvertes au magistrat pour créer une obligation. Tantôt il lui donne lui-même l'existence et la munit sans détour d'une action ; c'est lorsqu'il veut attacher une sanction juridique à un fait accompli. Tantôt il contraint une personne à s'engager envers une autre par le contrat de stipulation, et le lien est alors civil dans sa forme et dans ses effets; c'est lorsqu'il s'agit de prévenir un dommage éventuel ou de faire naître des sûretés pour l'avenir. Le choix du magistrat n'est donc pas arbitraire entre ces deux méthodes (L. 27, § 10, D. *Ad legem Aquil.*, 9-2).

La première est employée par le préteur, soit pour étendre, améliorer ou modifier une action civile, qu'on appellera désormais *utilis* dans sa nouvelle application, soit pour combler une lacune et créer de toutes pièces, en l'absence d'une action civile, une véritable action prétorienne qui sera directe et toujours *concepta in factum*. Ni l'un ni l'autre de ces procédés ne trouve sa place dans la théorie de la stipulation. Les *actiones utiles*, par leur origine et par leur résultat, les *actiones conceptæ in factum*, par les détails de la procédure et de la formule, appartiennent à la matière générale des actions, et c'est là qu'il en sera traité.

L'étude de la seconde méthode, au contraire, se confond avec celle des stipulations qualifiées de prétoriennes, et conduit à la cé-

lèbre classification des stipulations que proposent le jurisconsulte Pomponius et l'empereur Justinien (*Inst.* L. III, t. XVIII, *De divis. stip. pr.* — L. 5, D. *De verb. oblig.*, 45-1).

Division empruntée aux Institutes. — Les Institutes distinguent quatre classes de stipulations : 1° les *stipulationes conventionales* ou spontanées, qui dérivent de la libre initiative et de la seule volonté des parties; 2° les *stipulationes judiciales* ou judiciaires, que le juge impose dans le cours d'une instance, par exemple les promesses *de dolo* et *de persequendo servo restituendove pretio*; 3° les *stipulationes prætoriæ* ou prétoriennes, qu'ordonne le magistrat lui-même, tantôt au début d'une instance, notamment la *cautio judicatum solvi*, tantôt en dehors de tous procès, comme les promesses *damni infecti vel legatorum*; 4° les *stipulationes communes* qui interviennent ordinairement sur l'ordre du magistrat, accidentellement sur l'ordre du juge; telle est la *cautio rem pupilli salvam fore* (*Inst.* L. III, t. XVIII, *De divis. stip.*, § 1, 2, 3, 4).

Cette classification, quadruple en apparence, ne contient en réalité que deux espèces de stipulations ; les unes *volontaires*, les autres *nécessaires*. Il n'y a rien à dire des premières, sinon qu'elles sont multiples et variées comme les intérêts et les circonstances : *quarum totidem genera sunt quot, pene dixerim, rerum contrahendarum* (*Inst.* L. III, t. XVIII, *De divis. stip.*, § 3 *in fine*).

Quant aux stipulations *nécessaires*, Justinien les subdivise à tort en *prætoriæ, judiciales, communes*; cette symétrie n'est que superficielle et n'a rien de scientifique. Dans un tel système, en effet, une même promesse, appliquée aux mêmes besoins et pourvue de la même sanction, devient parfois *prætoria*, parfois *judicialis*, puisqu'elle emprunte sa dénomination à l'autorité variable qui l'ordonne, et qu'elle reçoit sa marque juridique d'un fait accidentel.

Division véritable. — En laissant de côté les stipulations volontaires ou conventionnelles, les stipulations nécessaires peuvent se diviser en deux grandes classes.

Il en est en effet qui ont pour source le pouvoir réglementaire et législatif du magistrat. Le préteur ou l'édile les organise, non en vue de telle hypothèse déterminée, mais par une disposition générale et pour tous les cas qui peuvent se présenter; il en fixe d'avance les cas d'application et la formule d'emploi. En un mot, elles constituent pour ainsi dire des articles de son Édit. Qu'elles soient ensuite ordonnées, en vertu de ce texte, par le magistrat, par le

juge, ou même pratiquées à l'amiable par les intéressés, il n'importe ; ce sont les stipulations honoraires ou prétoriennes, créatrices de véritables droits.

Il en est d'autres au contraire qui dérivent simplement des nécessités d'un fait. L'Édit ne les propose pas; mais elles fournissent un procédé commode pour attacher une sanction certaine à des situations constatées. Elles ne créent pas de nouveaux droits ; elles sont plutôt la conséquence de droits préexistants, dont elles assurent les effets. Intervenues au cours d'une instance, sur l'ordre du magistrat ou du juge, elles méritent indistinctement le nom de stipulations judiciaires, et se rattachent à la théorie générale des actions qui les occasionnent. Il ne saurait donc être question de leur consacrer une théorie spéciale.

Les stipulations honoraires ou prétoriennes, c'est-à-dire proposées dans l'Édit, *in albo propositæ*, relèvent au contraire d'un ensemble de règles, et forment un corps distinct dans l'étude de la loi romaine. Elles ont pour objet, tantôt de faciliter le fonctionnement de la justice, tantôt d'engendrer des actions en dehors du droit civil; Ulpien les subdivise à ce point de vue en stipulations *judiciales*, *cautionales* et *communes* (L. 1, pr. D. *De stipul. prætor.*, 46-5).

Elles consistent quelquefois dans une simple promesse personnelle, *nuda repromissio;* plus souvent elles nécessitent l'intervention d'un fidéjusseur, *satisdatio*. Il y en a même qui présentent, suivant les circonstances, l'un ou l'autre de ces deux caractères.

En général, elles contiennent la *clausula doli*, promesse qui rend le débiteur expressément responsable de son dol, et facilite la compensation. Organisées dans l'Édit, elles ne sauraient être modifiées par l'une des parties, sans l'assentiment de l'autre; le magistrat seul a compétence pour trancher les difficultés qui s'élèvent sur les termes, le sens ou la portée de ces stipulations dont il est l'auteur. Par conséquent, lorsqu'elles exigent une *satisdatio*, nulle autre garantie ne peut la remplacer. Enfin le *procurator*, c'est-à-dire le mandataire ou gérant d'affaire, est toujours admis à faire ces stipulations, et l'action *ex stipulatu* qui naît alors en sa personne sera facilement, après enquête, ouverte au véritable intéressé (L. 52, pr.; L. 81, D. *De verb. oblig.*, 45-1).

La sanction de ces promesses n'est pas uniforme, et chacune produit ses effets particuliers, qui se révéleront avec les diverses hypo-

thèses, dans l'étude des actions. La seule qui réclame ici quelques détails est la *cautio damni infecti*.

Damnum infectum. — Le *damnum infectum* est le dommage encore éventuel, *damnum nondum factum*; quant à la *cautio damni infecti*, c'est l'engagement pris d'avance de le réparer. L'équité du préteur corrige ainsi deux situations qui resteraient sans remède sérieux dans le pur droit civil.

I. — L'une des deux applications de la *cautio damni infecti* est assez rare et peu connue. C'est le cas où l'éventualité du dommage résulte d'un droit réel qu'il s'agit d'exercer sur mon fonds ; par exemple, un tiers veut y pénétrer pour la confection de travaux nécessaires à la servitude que je lui ai consentie, ou en retirer des objets qui lui appartiennent, etc. Le préteur ne lui permet pas de me refuser une juste garantie, sous prétexte que son droit réel ne l'oblige à rien ; il doit donc me fournir la *cautio damni infecti*, c'est-à-dire qu'il doit s'engager à réparer tout le préjudice qu'il peut me causer (L. 9, § 3 ; L. 30, D. *De damno infecto*, 39-2).

II. — Le second cas, beaucoup plus pratique, suppose un fonds qui menace de nuire au fonds voisin, soit par une cause naturelle, éboulement de terrain, chute d'un arbre, soit par une cause artificielle, travaux que le maître se propose d'y entreprendre, destination incommode ou mauvais état de constructions, etc. (L. 24, § 7 ; L. 39, pr. D. *De damno infect.*, 39-2).

La faculté d'exiger la *cautio* n'appartient qu'au propriétaire menacé, aux détenteurs responsables de la garde de la chose, et par extension à l'usufruitier, au superficiaire, au gagiste ; encore faut-il que le droit commun ne leur assure pas une action en indemnité. La même faveur ne fut jamais accordée au possesseur de bonne foi (L. 11 ; L. 18, pr. ; L. 32, D. *De damno infect.*, 39-2).

L'obligation de fournir la *cautio* ne pèse que sur le propriétaire du fonds qui menace, ou sur le possesseur quand la propriété n'est pas certaine (L. 39, § 1, D. *De damno infecto*, 39-2).

Le droit s'exerce indistinctement, à cause de l'urgence, devant le préteur lui-même ou devant les magistrats municipaux. Le demandeur doit ordinairement *jurare de calumniâ*, c'est-à-dire faire serment qu'il n'agit point dans un esprit de chicane. La *cautio* consiste en une simple promesse (*nuda repromissio*), à moins que le promettant n'y figure sans y être obligé par l'édit, et pour le compte d'autrui ; ainsi l'usufruitier et le gagiste, entre autres, devraient

fournir des fidéjusseurs, *satisdare* (L. 1 ; L. 7 ; L. 10, D. *De damno infect.*, 39-2).

La *cautio* fixe toujours un terme qui en doit éteindre l'effet, sauf à la renouveler si le besoin persiste. Une autre clause constante exprime la transmissibilité des obligations ou droits des parties à leurs ayants cause quelconques, universels ou même à titre particulier (L. 13, § 15 ; L. 24, § 1, D. *De damno infect.*, 39-2).

Si la *cautio damni infecti* est refusée, une sanction énergique s'attache à l'ordre du magistrat. Un premier décret envoie le demandeur en détention de tout ou partie de l'*ædes ruinosa;* cette mesure, purement conservatoire, ne le met point à même d'usucaper, ni d'expulser le propriétaire récalcitrant ; elle l'autorise seulement à prévenir le dommage, et cesse dès l'instant que la *cautio* est fournie et que ses frais légitimes lui sont remboursés. Mais quand la résistance se prolonge, après un délai variable, le magistrat rend, après examen des circonstances, *causa cognita*, un nouveau décret dont les conséquences sont plus graves ; ce second *decretum* a pour effet de clore définitivement le débat, en attribuant la propriété prétorienne au *missus in possessionem*, qui se trouve dès lors *in causâ usucapiendi*, malgré l'offre tardive d'une sûreté quelconque (L. 15, § 11, 16, D. *De damno infect.*, 39-2. — *Conf.* C. C. art. 1386. — *Suprà*, p. 145).

APPENDICE

CONTRATS VERBAUX AUTRES QUE LA STIPULATION.

La stipulation était à Rome le plus important des contrats verbaux, mais elle n'était pas le seul des contrats de ce genre. Les textes nous signalent encore deux autres manières de s'obliger *verbis*, ce sont la *dictio dotis* et la *jurata promissio liberti*. Elles ne s'appliquent d'ailleurs qu'à des hypothèses spéciales et entre personnes limitativement déterminées (1).

Dictio dotis. — La *dictio dotis* est l'un des trois modes classiques de constitution de la dot, et rentre par conséquent dans la théorie générale qui en a été présentée. Pour des motifs inconnus, elle ne peut émaner que de la femme, de son débiteur, agissant sur son

(1) Plusieurs interprètes du droit romain ajoutent encore à cette liste des contrats verbaux le *receptitium argentarii ;* mais l'opinion la plus plausible n'y voit qu'un pacte légitime se formant *solo consensu* (L. 21, C. *Const. pecunia.*, 4-18).

ordre, ou de l'ascendant paternel qui a la *patria potestas;* quant à la *filiafamiliâs* elle ne peut pas procéder à la *dotis dictio* (*Ulpien*, R. t. VI, § 2. — F. V., § 99).

Nous ignorons quelles sont exactement les formalités constitutives de la *dotis dictio ;* il est à présumer que le constituant prononce, sans question préalable ni réponse ultérieure du mari, des paroles solennelles dont la formule est probablement ainsi conçue : *fundus ille tibi doti erit ; decem talenta tibi doti erunt*, etc. (Térence, *Andrienne*, act. V, scène IV).

La *dotis dictio* n'existe plus sous Justinien ; elle est tombée en désuétude, du jour où Valentinien et Théodose, en 428, ont déclaré obligatoire la simple promesse de dot à titre de pacte légitime (L. 6, C. *De dotis promissione*, 5-11).

Jurata promissio liberti. — Un maître, en affranchissant son esclave, veut se réserver le droit de lui demander certains services, *operæ*. Avant la *manumissio*, il ne saurait se former entre eux aucun lien de créance, puisque l'esclave est incapable de s'obliger civilement ; après l'affranchissement, l'esclave devenu libre refusera peut-être de s'engager. Les Romains tournaient alors la difficulté à l'aide d'un procédé assez singulier. On enchaînait d'abord la conscience de l'esclave au point de vue religieux, par un serment qu'il prêtait de fournir des *operæ ;* puis le maître opérait la *manumissio*, et l'affranchi transformait sa dette morale en une dette civile, par un serment nouveau qu'il n'avait pas sans doute l'indélicatesse de refuser. Ainsi le premier serment, dépourvu en lui-même de sanction juridique, servait de cause au second, qui formait le contrat et produisait une action. Tel est du moins le droit classique (L. 7, D. *De operis libert.*, 38-1 ; L. 44, pr. D. *De liberali causa*, 40-12).

Cette *jurata promissio* n'exige non plus ni question préalable ni réponse ultérieure du patron ; on doit seulement l'articuler de vive voix, sans paroles solennelles. Ouverte aux affranchis, même impubères, elle n'est accessible à nulle autre personne. Elle n'engendre aucun effet, lorsque l'affranchissement concerne un *liber in servitute* ou qu'il intervient, non sur la volonté spontanée du maître, mais en exécution d'une obligation préexistante, notamment d'un fidéicommis (L. 7, § 4, 5, D. *De operis libert.*, 38-1 ; L. 44, § 2, D. *De liber. causa*, 40-12).

Contrairement à l'opinion de plusieurs auteurs, il est permis de croire que la *jurata promissio liberti* avait encore une existence au

moins nominale dans le droit de Justinien ; car il en est question plusieurs fois au Digeste. Mais elle avait dû perdre toute utilité pratique, remplacée qu'elle était par la stipulation proprement dite ou par l'action de dol.

Remarque. — La *dictio dotis* et la *jurata promissio liberti* étant des contrats verbaux, il faut les soumettre, en principe, à toutes les règles de la stipulation en tant que ces règles ne sont pas incompatibles avec leur nature propre. C'est ainsi, par exemple, qu'il faut leur appliquer sans aucun doute l'*adpromissio* et l'*acceptilatio ;* c'est encore ainsi que l'action qui les sanctionne est une *condictio*, *certi* ou *incerti* suivant les cas.

CHAPITRE XX

CONTRAT *LITTERIS.*

(*Inst.* L. III, t. XXI, *De litter. oblig.*)

Le contrat *litteris* des anciens Romains n'est plus connu sous Justinien ; le Digeste et le Code y font rarement allusion, et les Institutes en proclament l'abandon. Quelques passages de Cicéron, cinq ou six phrases concises de Gaïus, une ligne des Fragments du Vatican, c'est là toute la part qui lui est laissée dans les sources classiques et juridiques. Aussi, ne doit-on pas s'étonner que la théorie du contrat *litteris* soit encore restée obscure par quelques points et qu'elle n'ait pas été complétement élucidée.

§ I

Contrat litteris entre Romains.

Chez les Romains, peuple essentiellement pratique, ce devint une habitude nationale, dès que l'écriture fut répandue, de tenir des registres domestiques, où chaque chef de famille mentionnait scrupuleusement tous les événements relatifs à son patrimoine. Le citoyen les inscrivait d'abord, sans ordre méthodique et jour par jour, sur les *adversaria*, sorte de brouillon ou livre-journal ; à la fin du mois, il les transportait sur le livre régulier, *codex* ou *tabulæ*, divisé sans doute en recettes et dépenses, *acceptum*, *expensum*.

Le *codex* avait une haute importance, même politique. Il servait

de base à l'appréciation des fortunes, et par conséquent à la répartition des citoyens dans les diverses classes organisées par Servius Tullius. L'usage en était tellement général que Cicéron qualifie de *novum et ridiculum* l'allégation qu'un Romain s'en est dispensé, et son respect va même jusqu'à marquer ces *tabulæ* d'un caractère presque religieux (Cicéron, *Pro Roscio*, 2-3).

Il résulte de là que le *codex*, à la différence des *adversaria*, pouvait faire preuve en justice, même au profit de son auteur. Dans le cas de désaccord entre les *tabulæ* de deux adversaires, c'était au juge que revenait le soin d'en établir la balance ; il était d'ailleurs libre de chercher ailleurs la lumière. Les inscriptions portées sur le *codex* à titre simplement probatoire se nommaient *arcaria nomina ;* elles n'avaient rien de commun avec le contrat littéral (*Gaius*, III, 131, 132. — *Conf.* C. C. art. 1329, 1330, 1331).

Formation du contrat *litteris*. — Quels sont donc les éléments qui font des mentions inscrites sur le *codex*, non plus seulement la preuve, mais la source et la cause d'une obligation ?

Le consentement et la capacité jouent dans le conirat *litteris* le même rôle qu'en tous les autres ; il faut donc de toute nécessité que les parties consentent et qu'elles soient capables de contracter. Mais ce contrat est de plus soumis à des conditions spéciales de formes et d'objet.

Forme. — Pour sa forme, ce contrat suppose deux mentions inscrites par le sujet actif sur son *codex*, à l'exclusion de tout autre livre ou de feuilles volantes. Elles constatent deux numérations fictives, l'une faite au créancier pour éteindre une créance réelle ou imaginaire, l'autre faite par le créancier, en qualité de prêt, à un débiteur ancien ou nouveau. La première de ces mentions est l'*acceptum*, la seconde l'*expensum ;* c'est de là que les interprètes ont tiré le nom d'*expensilatio* (*expensum ferre*). Cette nécessité d'une double inscription à titre d'*acceptum* et d'*expensum* sur le codex du créancier paraît être aujourd'hui une vérité démontrée. Cependant on dit encore quelquefois, mais à tort suivant nous, que la seule mention de l'*expensum* devait être suffisante pour faire naître l'obligation littérale (Cicéron, *De off.*, III, 14).

Aucune écriture corrélative n'est d'ailleurs requise sur le registre du débiteur ; telle est du moins l'opinion généralement admise. Sans doute, si le débiteur est honnête et s'il tient régulièrement ses propres *tabulæ*, l'opération s'y trouvera mentionnée. Mais en fût-il au-

irement, le contrat ne resterait pas moins parfait, car sans cela il eût été trop facile au débiteur de se soustraire à son obligation. La preuve seule en deviendra plus difficile; car un doute surgissant, le créancier devra alors établir qu'il a porté l'inscription sur son livre avec le consentement du débiteur. Dans l'usage, on évitait ces contestations en faisant intervenir des témoins, *pararii*, qui venaient attester que les mentions avaient été portées par le créancier sur *son codex* du consentement formel du débiteur (*Gaïus*, III, 138. — Cicéron, *Pro Roscio*, 3. — Sénèque, *De benef.*, II, 23).

Objet. — Par son objet, le contrat *litteris* se confond avec le *mutuum* d'argent, dont il est le simulacre. En effet, dans tous les textes de Gaïus, l'*expensum*, c'est-à-dire la valeur qui correspond à l'*acceptum* et qui a la même nature, est invariablement pécuniaire; quand le jurisconsulte signale la possibilité de convertir une obligation préexistante en obligation littérale, c'est toujours la dette d'un acheteur ou d'un locataire, jamais d'un vendeur ou d'un bailleur, qu'il cite pour exemple. On rencontre ici la preuve nouvelle de la tendance des Romains au symbolisme. Car leur contrat *litteris* n'est au fond que l'image et la supposition d'un *mutuum pecuniæ numeratæ*, dont les deniers sont réputés provenir d'un remboursement antérieur qui n'a rien de réel. En dernière analyse, il n'y faut voir que le résultat convenu d'une double numération d'espèces et qu'un prêt fictif d'argent (1).

Parallèle avec la stipulation. — Les jurisconsultes romains mettent souvent le contrat *litteris* sur la même ligne que la stipulation; comme elle, en effet, il est solennel, unilatéral, de droit strict, et donne naissance à une dette rigoureusement indépendante des causes qui ont pu déterminer en réalité le consentement; comme elle aussi, du moins dans la théorie que nous acceptons avec la plupart des commentateurs, il peut constituer une novation (L. 38, D. *De oblig. et act.*, 44-7).

L'*expensilatio* diffère cependant de la stipulation sur quelques points essentiels : 1° le contrat *litteris* exclut la condition expresse; car il est la supposition d'un fait matériel de numération tenu pour accompli; 2° l'obligation qui en résulte a toujours pour objet une somme d'argent déterminée, par conséquent est divisible de sa nature, et produit nécessairement une *condictio certæ pecuniæ;*

(1) L'*expensilatio* pouvait probablement aussi, comme le *mutuum*, porter sur des denrées (Cicéron, *In Verrem*, I, 39).

3° l'*expensilatio* est accessible aux absents, aux muets et aux sourds, bien qu'ils soient incapables de figurer dans la stipulation. Mais, en sens contraire, les pérégrins et les personnes *alieni juris* ne sauraient par ce moyen acquérir de créance pour eux-mêmes ou pour le *paterfamilias*, puisqu'ils n'ont pas de *codex* (*Gaius*, III, 138. — F. V., § 329. — Cicéron, *Pro Cœlio*, 7 ; *Pro Roscio*, 4-5).

Utilité du contrat *litteris*. — L'utilité pratique ou plutôt la fonction de l'*expensilatio* est double.

Tantôt, en l'absence de tout rapport de droit préexistant, le contrat *litteris* sert à créer une obligation originaire ; par exemple, je vous fais une donation, je vous ouvre un crédit, en vous permettant de porter un *expensum* à mon compte sur votre *codex*.

Tantôt, identique ou pareil à la novation, il remplace une obligation nouvelle. C'est ici le plus ordinaire de ses rôles, et l'usage en a tiré son nom le plus classique et le plus habituel ; Gaius l'appelle *transcriptio*, et qualifie les créances qui en découlent de *nomina transcriptitia*. Or la *transcriptio* s'opère de deux façons : 1° Il y a *transcriptio à re in personam*, lorsque, du gré de mon débiteur, je porte sur mon livre comme *acceptum* et puis *expensum* l'argent qu'il me doit pour une cause quelconque, achat, louage, société, *mutuum*. J'y trouve l'avantage de transformer les trois premiers contrats, qui sont de bonne foi, en un contrat *litteris*, qui est de droit strict. Quant à la conversion du *mutuum*, elle me dispense de prouver que les deniers par moi livrés m'appartenaient, et qu'il y a eu véritablement *mutui datio*. 2° Il y a *transcriptio à personâ in personam*, lorsque, de votre assentiment, je porte sur mon livre, comme *acceptum* et puis *expensum* à votre profit, la somme due par mon débiteur qui vous délègue.

Deux personnes sont mises en jeu dans le premier cas, trois dans le second ; mais dans l'un et dans l'autre, une dette nouvelle remplace une ancienne dette éteinte de plein droit (*Gaius*, III, 128-130 ; Cicéron, *de Offic.*, III, 14).

§ II

Contrat litteris des pérégrins.

De même que la stipulation, primitivement inaccessible aux pérégrins, avait fini par les embrasser dans le vaste cercle de son application pratique, de même participèrent-ils jamais au contrat

litteris? On sait déjà que sa forme le rendait forcément impropre à leur acquérir des créances; car ils n'avaient pas de *codex*. Bien qu'on ne pût leur y refuser le rôle de débiteur pour cette seule raison, ils furent toujours exclus de la *transcriptio à personâ in personam;* les textes l'affirment. Sur la *transcriptio à re in personam*, Gaius constate, entre les Sabiniens et les Proculiens, une dissidence qu'il ne tranche pas. La question ne concerne d'ailleurs que les pérégrins proprement dits ; les Latins, tout au moins les *Latini veteres*, pouvaient incontestablement s'obliger *litteris* (*Gaius*, III, 133; *Tite-Liv.*, XXXV, 7).

Mais bien avant l'existence des deux écoles de jurisconsultes, les pérégrins faisaient usage de deux sortes d'écrits, qui remplaçaient pour eux l'*expensilatio*. Ce sont les *syngraphæ* (σύν γράφειν) et les *chirographa* (χείρ γράφειν); ici l'écriture, au lieu d'émaner du créancier, est l'œuvre du débiteur, et se présente sur des feuilles volantes ou billets séparés. Le *syngrapha*, plus antique, et souvent mentionné dans les vieux auteurs latins, se rédige en double et porte la signature des deux parties : le *chirographum* n'est signé que du débiteur et reste dans les mains du créancier (Cicéron, *In Verrem*, II, 36).

Malgré de vives discussions encore pendantes, il est probable que ces deux sortes d'écrits produisent par eux-mêmes l'obligation, et ne servent pas seulement à la prouver. Gaius semble bien en effet le dire d'une manière très nette quand il déclare, que ce fut là une espèce d'obligation propre aux pérégrins, *quod genus obligationis proprium peregrinorum est* (*Gaius*, III, 134). Cette solution paraît surtout vraisemblable à l'égard du *syngrapha*. Il est certain, du reste, que les Romains les introduisirent l'un et l'autre dans leurs mœurs, comme moyens de preuve (L. 41, § 2, D. *De usuris*, 22-1; L. 47, § 1, D. *De pactis*, 2-14).

§ III

Contrat litteris dans le droit de Justinien.

L'usage du *codex* avait disparu longtemps avant Justinien, et l'ancien contrat *litteris* ne pouvait lui survivre (1). Mais un nouveau

(1) Les banquiers (*argentarii*) furent les derniers chez qui se conserva pendant longtemps l'usage de plus en plus altéré des *nomina transcriptitia*, et c'est à leur occasion qu'on trouve encore dans le Digeste quelques vestiges de l'ancien contrat *litteris* (L. 9, D. *De pactis*, 2-14).

contrat de même nom n'en a-t-il pas pris la place? Les Institutes semblent bien l'affirmer, *fit ut hodiè scripturâ obligetur* (*Inst.* L. III, t. XXI, *De litter. oblig.*, pr.).

Supposons que Titius, en prêtant de l'argent à Séius, exige de l'emprunteur une reconnaissance écrite, *instrumentum*, *cautio*. L'acte générateur de sa créance, ce n'est pas l'écrit, c'est le prêt qui s'y trouve constaté. S'il arrive ensuite que Séius nie sa dette, la preuve sera naturellement à sa charge; car il a contre lui sa reconnaissance du fait obligatoire (L. 25, § 4, D. *De probat.*, 22-3).

Qu'on suppose à présent Séius tenu d'une obligation, soit *verbis*, soit *litteris*, qu'il a contractée envers Titius au moment et pour la confirmation d'un *mutuum*. La cause de sa dette est alors, en fait dans le prêt, en droit dans la stipulation ou dans le contrat littéral. Seulement la jurisprudence et le préteur, si le prêt n'a pas eu lieu, concèdent une exception au débiteur ainsi trompé, l'exception *doli mali*. Mais quand il invoque cette ressource et conteste la réalité du versement de deniers en vue duquel il s'est engagé, sur qui retombe la preuve? Sur lui, car c'est au défendeur à justifier de ses exceptions, *reus in excipiendo fit actor* (L. 1, D. *De exceptionibus*, 44-1).

Par le rapprochement de ces deux hypothèses, on voit que l'existence d'un écrit, soit probatoire, soit obligatoire, impose également, en principe, le fardeau de la preuve au débiteur qui nie. A ce point de vue, *codex*, *chirographum* et *cautio* tendent à se mélanger pour des esprits superficiels.

Exception non numeratæ pecuniæ. — Une raison plus forte encore de confusion, provint de l'application qui leur fut indistinctement faite d'une règle dérogatoire au droit commun. Les empereurs du troisième siècle, dans le but de prévenir des fraudes qui, paraît-il, étaient assez fréquentes en pratique, rejetèrent sur le créancier, mais seulement en matière de prêt d'argent, la nécessité d'établir que les espèces avaient été véritablement comptées. Donc, que le débiteur soit obligé par l'effet d'un *mutuum* constaté dans un écrit probatoire, ou par l'effet d'un contrat, soit *verbis*, soit *litteris* si l'on en use encore, adjoint à un *mutuum*, il peut dans les deux cas, sans aucune différence, contester la numération des deniers par l'exception *non numeratæ pecuniæ*, et dans les deux cas le créancier se verra forcé de prouver la réalité du prêt.

Cette exception célèbre, qu'on retrouvera plus tard, n'est d'ailleurs

invocable que dans les cinq ans, et depuis Justinien dans les deux ans qui suivent la rédaction de l'*instrumentum* ou la formation du contrat ajouté au *mutuum*. Durant ce délai, le débiteur peut mettre son adversaire en demeure de démontrer la numération des espèces, et s'il n'y réussit pas, de lui restituer le billet ou de lui faire acceptilation de la dette contractée sans cause. Dans le dernier état du droit, le débiteur avait même un moyen de rendre l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* perpétuelle et de conserver ainsi le droit de l'opposer en tout temps; il lui suffisait de faire, dans les deux ans de la rédaction de l'écrit ou de la formation du contrat, une déclaration sur les registres du magistrat, *apud acta*. Mais, s'il a laissé passer ce délai, sans opposer l'exception, sans réclamer sa libération par la *condictio chirographi* et sans faire la déclaration dont il vient d'être question, il se trouve irrévocablement obligé; son silence a pris la valeur d'un aveu décisif et la présomption de réalité du prêt exclut toute preuve contraire (L. 14, § 3, C. *De non numerata pecunia*, 4-30. — L. 4, C. *De condict. ex lege*, 4-9. — *Inst.* L. III, t. XXI, *De litter. oblig.* pr., *in fine*) (1).

En résumé, dans le droit des Institutes, l'expiration du délai de deux ans produit un effet définitif. Car de deux choses l'une : ou bien le contrat adjoint au *mutuum*, et qui est toujours à cette époque la stipulation, recouvre la force que lui avait enlevée la présomption de l'inexistence du prêt; le débiteur est alors tenu *ex stipulatu*. Ou bien, s'il n'y a eu qu'un simple écrit probatoire, *instrumentum*, *cautio*, les assertions écrites en deviennent pour l'avenir inattaquables; mais à quel titre alors le débiteur est-il tenu? S'il fallait en croire Justinien, la dette proviendrait de l'écrit, et c'est ici que l'empereur aperçoit une sorte de contrat littéral, *scripturâ obligatur*. Mais il est visible que l'écrit ne peut à lui seul, après deux ans, sans consentement réciproque, constituer un contrat; son unique rôle est donc de prouver, avec une force désormais invincible, le contrat préexistant de *mutuum*. Le terme de deux ans affecte la preuve du droit, mais n'en change pas l'origine. En conséquence, le débiteur est tenu *ex mutuo*, en vertu d'un *mutuum* légalement présumé.

(1) Il va sans dire que le Code civil ne connaît pas l'exception *non numeratæ pecuniæ*; cependant, il convient de signaler la disposition exceptionnelle d'un décret impérial rendu le 17 mars 1808 et obligatoire pour dix ans; ce décret supposant une obligation souscrite par un commerçant au profit d'un Juif soumettait le porteur de l'écrit à la nécessité de prouver que la valeur en avait été fournie entière et sans fraude.

La conclusion dernière, c'est qu'au temps de Justinien il n'y a plus d'obligation *litteris*. Les rédacteurs des Institutes eussent mieux fait d'abandonner la division quadruple des contrats, qui ne correspondait plus à la pratique de leur époque, ou d'y remplacer le fantôme du contrat littéral par la réalité vivante des contrats innommés.

CONTRATS RÉELS

Les contrats *réels* sont ceux qui se forment *re*, *qui perficiuntur re;* ils exigent donc la tradition d'une *res;* dès lors, ils portent tous sur des choses corporelles. Il y en a quatre : 1° le *mutuum* ou prêt de consommation ; 2° le *commodatum*, commodat, ou prêt à usage ; 3° le *depositum*, dépôt ; 4° le *pignus*, gage. Tous ces contrats sont réels parce qu'ils se forment par la livraison d'une chose; mais la tradition ne tend pas chez tous au même but et ne produit pas les mêmes effets. Ainsi, dans le *mutuum*, la tradition est translative de propriété ; dans le gage, elle transfère la possession; dans le commodat et le dépôt, elle engendre simplement la détention.

CHAPITRE XXI

MUTUUM.

(*Inst.* L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, pr.)

Le *mutuum* est un contrat réel, nommé, unilatéral et de droit strict; par lequel, l'une des parties transfère la propriété d'une certaine quantité de choses fongibles à l'autre partie qui s'engage à lui en rendre autant. Il correspond au *prêt de consommation* de notre Code civil (*Conf.* C. C. art. 1892 et s.).

Ce contrat est de beaucoup le plus important de tous les contrats réels au double point de vue théorique et pratique ; il se distingue d'ailleurs très nettement du commodat, du dépôt ou du gage. Il s'en distingue d'abord en ce que la tradition faite *mutui causa* est essentiellement translative de propriété. Il s'en sépare encore à un autre point de vue ; dans les trois autres contrats réels, la tradition une fois réalisée laisse une pleine liberté au

consentement des parties; dans le *mutuum*, elle agit comme les *verba* dans la stipulation, comme les *litteræ* dans le contrat littéral, et devient la mesure précise de l'obligation ; par exemple, après une tradition de dix *ex mutuo*, il ne peut être dû que dix, jamais onze ou neuf en principe. Enfin le commodat, le dépôt et le gage produisent tous une dette de corps certain et des actions *incertæ* et *bonæ fidei ;* tandis que le *mutuum* engendre au contraire une dette de genre et une action *certa stricti juris* (*Gaius*, III, 90).

§ I

Éléments constitutifs du mutuum.

Trois éléments sont nécessaires à la formation du *mutuum :* 1° une translation de propriété ; 2° l'intention réciproque de s'obliger chez les contractants ; 3° la fongibilité des choses prêtées.

I. Translation de propriété. — *Il faut une translation de propriété du prêteur à l'emprunteur ;* en d'autres termes, le *mutuum* suppose une *datio*, qui se réalise par les modes d'acquérir du droit commun. Tant que la translation de propriété n'a pas eu lieu, tant qu'il n'y a pas eu tradition le contrat n'existe pas ; il n'y a qu'une convention de donner qui n'a d'autre valeur juridique que celle d'un simple pacte. Le *tradens* devra donc faire preuve de la *mutui datio*, quand il poursuivra son remboursement. De là l'usage d'ajouter au *mutuum* une stipulation qui a pour objet la valeur prêtée ; il n'y a pas alors coexistence de deux contrats, ni transformation du *mutuum* en stipulation par l'effet d'une novation ; car il faudrait dans l'un ou l'autre cas prouver la *datio*, ce qu'on veut éviter. Il ne survit dès le début qu'un seul contrat formé *verbis*, qui a pour cause la translation de propriété (L. 6, § 1 ; L. 7, D. *De novationibus*, 46-2).

Par une suite inévitable de cette première condition, il est nécessaire que le *tradens* puisse aliéner. De là découlent plusieurs conséquences intéressantes.

1° Le *tradens* n'est pas propriétaire, ni fondé de pouvoirs du propriétaire. Alors le *mutuum* est nul et ne produit aucune action contractuelle. Mais si l'*accipiens* détient encore les deniers en nature, ou les a consommés de mauvaise foi, le droit commun le rend passible de la revendication ou de l'action *ad exhibendum* au profit du *dominus*. S'il les a consommés de bonne foi, il est tenu

envers le *tradens* d'une *condictio sinè causâ*, qui n'a d'autre source que son enrichissement. Du reste, le *tradens* sera lui-même obligé de céder au *dominus* cette action ou ce qu'il en aura retiré ; sinon, il ferait un gain inexplicable aux dépens d'autrui (L. 11, § 2 ; L. 12, D. *De rebus creditis*, 12-1).

2° Le *tradens* est incapable d'aliéner, comme le pupille. La nullité du *mutuum* ne fait non plus aucun doute ; seulement, en vertu de règles déjà posées dans la théorie da la tutelle, on a déjà vu que le pupille se trouve investi, suivant les cas, de l'une ou de l'autre des trois actions désignées dans le cas précédent. Par exception, il peut exercer la *condictio* même après la consommation de mauvaise foi, si la preuve de cette mauvaise foi lui paraît trop difficile (L. 19, § 1, D. *De rebus creditis*, 12-1. — *Suprà*, p. 222).

3° Comme il est de principe qu'on ne saurait acquérir de créance à un tiers, la *mutui datio* doit être l'œuvre du prêteur lui-même ou d'une personne qui agisse avec son consentement, comme son esclave, son fils de famille ou son mandataire (L. 2, § 4, D. *De rebus creditis*, 12-1).

De là vint une divergence célèbre entre le vieux droit et le droit moins rigide des grands jurisconsultes. Elle se manifeste dans trois cas principaux : 1° je vous remets un objet quelconque, pour le vendre et garder le prix à titre de prêt ; 2° je vous promets de toucher de l'argent qui m'est dû, et d'en user comme de deniers prêtés ; 3° vous me devez une somme en qualité de mandataire, et je vous autorise à la retenir en qualité d'emprunteur. Dans aucune de ces hypothèses, suivant la doctrine scrupuleuse d'Africain, il n'y avait *mutuum*, parce que la translation de propriété n'émanait pas du créancier. L'analyse plus délicate et l'interprétation plus souple d'Ulpien faisaient intervenir ici l'idée de la tradition *brevi manu*, c'est-à-dire la fiction de deux numérations successives, et par conséquent arrivait à constater la formation d'un *mutuum* (L. 11 ; L. 15, D. *De rebus creditis*, 12-1 ; L. 34, D. *Mandati*, 17-1).

Plus tard, et tout au moins à propos du prêt d'argent, on écarta franchement le principe, en admettant que, même sans notre ordre et à notre insu, nous devenons créanciers par une numération, faite en notre nom, de nos deniers ou des deniers du *tradens* (L. 9, § 8, D. *De rebus creditis*, 12-1. — *Suprà*, p. 284).

II. **Intention réciproque de produire une obligation.** — *Il faut l'intention réciproque de produire une obligation ;* car les deux parties manquent-elles de cette volonté, l'acte constitue alors une donation. Ne fait-elle défaut que chez l'une des parties, l'acte n'est alors ni donation ni *mutuum*, faute de consentement, et le *tradens* n'a qu'une *condictio sinè causâ* pour recouvrer les choses aliénées (L. 18, D. *De rebus creditis*, 12-1 ; L. 36, D. *De acq. rer. dom.* 41-1).

Il résulte de cette deuxième condition que l'*accipiens* doit avoir la capacité de s'obliger. S'il est incapable, la tradition lui procure néanmoins la propriété : mais aucune poursuite ne peut l'atteindre comme emprunteur, et il n'est tenu qu'à l'occasion et dans les limites de son enrichissement, *quatenus locupletior factus erit*.

Le sénatus-consulte Macédonien, rendu probablement sous le règne de Vespasien, décida que les prêts d'argent faits à des fils de famille ne donneraient aucune action. C'est au chapitre des *Exceptions* qu'on saisira mieux cette prohibition spéciale (Suétone, *Vespasien*, 11. — *Inst.* L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 7).

III. **Choses fongibles.** — *Il faut que le prêt ait pour objet des choses fongibles ;* cette troisième condition s'induit d'une analyse exacte de l'intention des contractants et de la nature du contrat.

En effet, ce ne sont pas les objets aliénés eux-mêmes, mais autant d'objets de la même espèce, que l'emprunteur doit rendre au prêteur : son obligation de restituer ne porte pas *in specie*, mais *in genere*. Voilà bien l'interprétation nécessaire et la portée logique de la translation de propriété, qui manquerait autrement le but de l'emprunteur. D'ailleurs, entre la *datio* et l'obligation, entre ce qui est aliéné par le prêteur et ce qui est dû par l'emprunteur, il doit y avoir égalité complète et parfait équilibre ; car l'obligation n'a d'autre cause et d'autre mesure que la dation, puisque le *mutuum* se forme *re*. Il est donc indispensable que les choses prêtées et les choses rendues se représentent exactement les unes les autres, en un mot, qu'elles soient fongibles, c'est-à-dire qu'elles puissent se remplacer les unes par les autres, dans l'intention des parties, *quarum una alterius vice fungitur*.

Le moyen pour le débiteur de réaliser cette équivalence, bien différente de l'identité, c'est de restituer une égale quantité de choses de même nature et même qualité. Or la quantité n'est certaine que par la numération, le pesage ou le mesurage ; de là vient la règle que le *mutuum* a, en principe, pour objet les choses *quæ numero*, *pondere*

mensurâve constant (*Inst.* L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, pr.).

Cette formule embrasse donc, en droit comme en fait, les choses qui, à nombre ou poids égal, ou sous une même mesure, peuvent rendre les mêmes services; telles sont principalement la monnaie, les denrées alimentaires et généralement tous les produits naturels ou industriels qui se consomment par le premier usage. On doit y comprendre aussi les produits susceptibles de résister plus ou moins à l'usage, mais faciles à remplacer exactement, comme les livres, les étoffes et même les animaux. Quant aux esclaves et aux immeubles, dont la valeur intrinsèque est éminemment individuelle, il ne paraît pas que les Romains les aient jamais introduits dans la sphère d'application du *mutuum* (L. 2, § 1, D. *De rebus creditis*, 12-1).

Sous cette dernière réserve, il faut admettre que la fongibilité dépend surtout de l'intention des parties et, à ce titre, les choses fongibles ne doivent pas se confondre avec les choses consomptibles. Car, tout ce qui se consomme par le premier usage n'est pas nécessairement fongible ; on peut citer pour exemple la dernière bouteille du vin de telle récolte, et les fruits ou les pièces de monnaie que je vous prêterais *ad solam ostentationem*.

§ II

Effets du mutuum.

Le *mutuum* résultant de la *datio*, qui a été faite à titre de prêt, c'est le *mutui datio* qui détermine tous les effets du contrat. Or, la *mutui datio* aboutit à deux résultats. D'abord elle détermine la quantité, la nature et la qualité des choses dues par l'emprunteur ; car il suffit et il faut que les choses aliénées soient comptées, pesées ou mesurées ; l'*accipiens* est tenu de rendre, non pas *idem*, mais *tantumdem* (*Gaius*, III, 90).

Ensuite la *mutui datio* met les contractants dans l'impuissance d'élever leur volonté au-dessus du fait ; en d'autres termes, l'obligation *ex mutuo* ne saurait être ni alternative, ni supérieure à la quantité reçue, *re enim non potest obligatio contrahi nisi quatenus datum sit*. Cette règle n'apporte d'ailleurs aucun obstacle à la validité d'une condition, d'un terme, de la corréalité, et généralement de toutes les clauses qui s'ajouteraient au *mutuum* et dont le but ne serait point d'altérer l'équivalence de la dation et de la dette (L. 17,

pr. D. *De pactis*, 2-14; L. 7; L. 8, D. *De rebus creditis*, 12-1) (1).

Le *mutuum* est unilatéral, de droit strict, et produit une *condictio certi* rarement appelée *actio mutui* (L. 5, C. *Quibus non objicitur*, 7-35. — *Inst.* L. III, t. XIV, *quibus modis re*, pr.).

Il n'est pas besoin d'exprimer que l'*accipiens*, débiteur d'un *genus*, supporte tous les risques, et que son obligation ne saurait s'éteindre par la perte de l'objet. Si même il éprouve quelque préjudice par suite de la mauvaise qualité des choses empruntées, il n'a d'autre ressource que l'action non contractuelle *de dolo*, et peut-être, à défaut de dol, une action *in factum* (*Conf.* C. C. art. 1898).

§ III

Intérêts.

Le *mutuum* est essentiellement gratuit, puisque la dette n'y doit pas dépasser le prêt, et que l'emprunteur n'est pas tenu à rendre une quantité plus forte. Mais ce contrat eût rapidement disparu de la pratique, si la théorie n'avait laissé aux prêteurs le moyen d'obtenir un dédommagement légitime. Or il est bien vrai que le *mutuum* ne peut à lui seul engendrer d'intérêts; il ne le peut en l'absence de convention, parce que la loi ne fait courir de plein droit les *usuras moræ* que dans les contrats de bonne foi; il ne le peut en vertu de simples conventions qu'on lui adjoindrait, parce que son effet obligatoire se mesure exactement sur la *res*, nonobstant toute volonté contraire.

Mais la dette d'intérêts prend valablement naissance dans un contrat qu'on ajoute au *mutuum*, et ce contrat est la stipulation. On verra bientôt, dans l'exposé des pactes, disparaître en général cette nécessité trop gênante; il faut néanmoins constater qu'elle ne fléchit jamais à l'égard du prêt d'argent monnayé, de beaucoup le plus usuel et le plus important. Certaines exceptions y furent seulement apportées; dès l'époque classique, un pacte suffisait à produire les intérêts dans le *nauticum fœnus* (prêt à la grosse) et pour les sommes prêtées par les villes; on appliqua la même faveur aux prêts de denrées. Justinien allant plus loin encore décida que les

(1) On pourrait toutefois convenir que l'*accipiens* rendra moins qu'il n'a reçu; mais alors l'opération se décomposerait; il y aurait *mutuum* jusqu'à concurrence de ce qui doit être restitué et donation pour le surplus (L. 11, § 1, D. *De rebus creditis*, 12-1).

intérêts courraient de plein droit au profit des banquiers (L. 30, D. *De usuris*, 22-1 ; L. 5, § 1, D. *De nautico fœnore*, 22-2. — Nov. 136, ch. 4).

Taux de l'intérêt. — Libre à l'origine, le taux de l'intérêt fut restreint par les Douze Tables au *fœnum unciarium*, qui signifie vraisemblablement un douzième du capital par an, et donne, soit un peu plus de 8 p. 100 pour l'année primitive de dix mois, soit 10 p. 100 environ pour l'année de douze mois. Depuis Cicéron jusqu'à Justinien, les Romains pratiquèrent l'usage grec de prêter à 1 p. 100 par mois, ce qui fixa l'intérêt à 12 p. 100 par an ; c'est à ce chiffre que se réfèrent, dans la jurisprudence et la littérature classiques, les mots de *centesimæ usuræ*, *legitimæ usuræ* ; sur ce fondement, les *usuræ semisses* ou *trientes* sont la moitié ou le tiers de l'intérêt légal, c'est-à-dire 6 p. 100, 4 p. 100, etc. Justinien abaissa le taux normal à 6 p. 100 par an, hormis dans certains cas particuliers (Tacite, *Annales*, VI, 21. — L. 26, C. *De usuris*, 4-32. — *Conf.* C. C. art. 1907 ; Loi du 3 septembre 1807) (1).

L'intérêt usuraire était primitivement restitué au quadruple, et plus tard imputé sur le capital ou réclamé par la *condictio indebiti* (*Paul*, S. L. II, t. XIV, § 2. — *Conf.* Loi du 19 déc. 1850).

Principes généraux. — Deux grands principes dominent la matière : 1° Le montant des intérêts conventionnels actuellement dus ne peut jamais dépasser le capital ; ainsi, quand ils l'égalent par leur accumulation, la loi les arrête, de crainte que l'accroissement indéfini de la dette ne ruine le débiteur. Il y avait là comme une prime pour les emprunteurs inexacts. Justinien fut moins injuste en décidant que, du jour où la somme d'intérêts payés s'élèverait au double du capital, la dette serait éteinte, excepté dans l'hypothèse d'annuités dues aux villes (L. 10 ; L. 29, C. *De usuris*, 4-32).

2° L'anatocisme est prohibé ; c'est l'intérêt de l'intérêt. Dioclétien alla jusqu'à noter d'infamie ceux qui le recevraient ; mais l'*usuraria pravitas* n'en fut point arrêtée, puisque Justinien dut renouveler la prohibition (L. 20, C. *Ex quibus causis*, 2-12 ; L. 28, C. *De usuris*, 4-32. — *Conf.* C. C. art. 1154).

(1) Ainsi les *illustres* ne pouvaient stipuler au delà du 4 °/₀ ; les commerçants pouvaient convenir du 8 °/₀ et le taux du *nauticum fœnus* qui jusque là avait été illimité fut fixé au 12 °/₀ (L. 26, C. *De usuris*, 4-32).

CHAPITRE XXII

COMMODAT.

(*Inst.* L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, § 2.)

Le commodat est un contrat réel, nommé, synallagmatique imparfait et de bonne foi, par lequel l'une des parties livre gratuitement une chose corporelle à l'autre partie, pour que celle-ci puisse s'en servir, à charge de la rendre *in specie* après en avoir fait l'usage convenu. La personne qui prête la chose s'appelle commodant, *commodans ;* la personne qui la reçoit se nomme commodataire, *commodatarius;* ce contrat correspond au *prêt à usage* de notre Code civil (*Conf.* C. C. art. 1875-1891).

§ I

Éléments constitutifs du commodat.

On exige la réunion de trois circonstances pour la formation de ce contrat. Il faut d'abord que le commodant livre la chose au commodataire pour que celui-ci en use ; il faut ensuite que le créancier ne stipule aucune rémunération ; il faut enfin que le prêt porte sur des choses envisagées *in specie.*

I. **Faculté d'user.** — Le commodataire doit avoir la faculté de retirer de la chose une utilité formellement ou tacitement déterminée. Il n'obtient ni la propriété, ni le droit réel d'usage, ni même la possession proprement dite ; la simple possibilité d'user réalise l'intention des parties. De là résulte que le commodant n'a nul besoin d'être propriétaire de ce qu'il livre ; fût-il possesseur de mauvaise foi, fût-il voleur, le contrat n'en subsisterait pas moins et produirait ses effets normaux entre les contractants (L. 8 ; L. 15 ; L. 16, D. *Commodati*, 13-6. — *Conf.* C. C. art. 1877).

Mais il est nécessaire néanmoins que le *tradens* et l'*accipiens* aient la capacité de s'obliger ou d'aliéner, ce qui revient au même ; car le commodat peut de sa nature entraîner des obligations réciproques. Quand elle fait défaut à l'un des deux, le contrat ne prend naissance qu'à l'égard de l'autre, suivant les principes généraux.

Comme il appartient aux parties de fixer l'usage que le commodataire aura droit de retirer de la chose, le commodat porte indistinctement sur toute espèce d'objets corporels *in commercio*, meubles ou immeubles. Il est même applicable aux *res quæ primo usu consumuntur*, comme l'argent monnayé ou les denrées alimentaires ; il suffit que les contractants ne les aient point destinées à la consommation et qu'elles soient prêtées *ad pompam et ostentationem* (L. 1, § 1 ; L. 3, § 6 ; L. 4, D. *Commodati*, 13-6 ; L. 17, pr., D. *De prescript. verbis*, 19-5. — *Conf.* C. C. art. 1878).

II. **Gratuité.** — La gratuité est de l'essence du commodat. Lorsque l'usage de la chose est rémunéré, l'opération, de quelque nom qu'ont l'ait qualifiée, revêt une tout autre nature ; elle devient un louage si la rémunération est pécuniaire, un contrat innommé si la rémunération ne consiste pas en argent. Cette remarque est importante; car le louage se forme par le seul consentement, tandis que le commodat suppose une tradition, et que nulle action ne peut naître d'une simple promesse de prêter (*Inst.* L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, § 2 *in fine*. — *Conf.* C. C. art. 1876).

III. **Nécessité de restituer in specie.** — Le commodataire doit être tenu de restituer, au terme fixé, l'objet même que lui a livré le commodant; son obligation ne porte pas *in genere*, mais *in specie ; non ita res datur ut ejus fiat, et ob id, de ea re ipsa restituenda tenetur.* A défaut de cette condition, il pourrait y avoir échange, vente, *mutuum*, contrat innommé; il n'y aurait pas commodat (*Inst.* L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, § 2).

§ II

Effets du commodat.

La *res* a pour résultat ici de consacrer et de rendre obligatoires les conventions formelles ou tacites des parties, non d'en limiter les conséquences. Par suite, le commodat ne saurait être unilatéral comme le *mutuum;* mais il n'est pas non plus synallagmatique comme la vente, le louage ou la société. Car au début, l'*accipiens* seul est engagé ; cependant il peut arriver que des faits accidentels et postérieurs, dont la cause se trouve dans le contrat, engagent le *tradens* à son tour. De là vient l'expression moderne de synallagmatiques imparfaits qu'on applique au commodat et aux contrats analogues.

Ce contrat engendre deux actions : l'une, l'action *commodati directa* à la charge du commodataire ; l'autre, l'action *commodati contraria* à la charge du commodant. Elles sont toutes deux *bonæ fidei*, civiles, personnelles et ordinairement *conceptæ in jus* (*Gaius*, IV, 47).

Obligations du commodataire. — Le commodataire est tenu de trois obligations principales :

1° Le commodataire ne peut retirer de la chose que l'usage convenu, sous peine d'avoir à réparer le préjudice causé. Si même il contrevient de mauvaise foi à ce devoir, il commet un *furtum usûs* et devient passible de l'action *furti* (L. 5, § 8, D. *Commodati*, 13-6. — *Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. ex delicto*, § 6. — *Conf.* C. C. art. 1880).

2° Débiteur et par suite gardien d'un corps certain, il est d'abord responsable de la perte ou détérioration provenue de son dol. En outre, par application d'un principe spécial aux débiteurs qui ont un intérêt personnel dans le contrat, il est responsable de la *culpa levis in abstracto ;* cette formule signifie qu'on exige du commodataire, à l'égard de la chose prêtée, les soins et la vigilance du père de famille le plus diligent, et qu'il répond de toute espèce de faute. Mais, en revanche, les risques des cas fortuits ne sont pas à sa charge, s'il ne les a lui-même occasionnés ou s'il ne s'en est pas chargé par une clause du contrat (*Inst.* L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, § 2).

Des conventions expresses ou des circonstances de fait peuvent modifier cette situation normale du commodataire. C'est ainsi qu'on le déclare comptable même des cas fortuits, si la chose a été estimée lors du contrat. A l'inverse, quand le contrat intéresse à la fois les deux parties, l'*accipiens* n'est en général tenu que de la *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire des négligences qu'il ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires. Enfin, sa responsabilité se limite au dol, dans les rares hypothèses où le commodat n'intéresse que le commodant (L. 5, § 3, 10 ; L. 18, D. *Commodati*, 13-6. — *Conf.* C. C. art. 1880, 1882).

3° Le commodataire doit restituer la chose à l'époque convenue et dans l'endroit désigné ; cette restitution ne comprend pas seulement la chose elle-même, mais encore les fruits et produits qu'elle lui a donnés (L. 38, § 1, D. *De usuris*, 22-1 ; L. 5, D. *Commodati*, 13-6) (1).

(1) Le commodant n'aurait pas le droit d'exiger la *res commodata* avant l'échéance du terme fixé pour la restitution, encore bien qu'il lui survîendrait un

Obligations du commodant. — Malgré certaines divergences de textes, le commodant ne répond jamais de sa faute, s'il n'a dans le contrat un intérêt personnel. Les obligations qui peuvent lui incomber sont au nombre de deux :

1° Il doit indemniser le commodataire des dommages qu'il lui a causés par son dol, par exemple, en lui prêtant sciemment des *tigna vitiosa* pour servir d'étais, ou des *vasa vitiosa* pour conserver des liquides. Dans cet ordre d'idées, il y aurait dol à retenir un enrichissement réalisé même de bonne foi aux dépens du commodataire ; ainsi le commodant qui a reçu de l'*accipiens* le prix de la chose perdue par ce dernier, et qui la recouvre ensuite, est contraint à restituer l'une ou l'autre des deux valeurs (L. 17, § 5 ; L. 18, § 3 ; L. 21, D. *Commodati*, 13-6. — *Conf.* C. C. art. 1891).

2° Le commodant doit, en second lieu, indemniser le commodataire des dépenses extraordinaires qu'a pu nécessiter la conservation de la chose ; il est tenu par exemple de rembourser les sommes consacrées à sauver l'esclave prêté d'une maladie grave, à le reprendre dans sa fuite, etc. Mais il va de soi que le commodataire supporte les dépenses ordinaires et qui sont la charge même de l'usage, par exemple, les frais de nourriture de l'esclave (L. 18, § 2, 3, D. *Commodati*, 13-6. — *Conf.* C. C. art. 1890).

Le commodant est passible de l'*actio commodati contraria ;* cette qualification laisse entendre que ses obligations, à la différence de celles du commodataire, ne sont qu'une suite accidentelle et médiate du contrat. Les deux actions directe et contraire ont d'ailleurs le même caractère de bonne foi. En conséquence, si le commodataire est poursuivi par le commodant, il a le droit de lui opposer ses propres réclamations ou créances, sous la forme d'exception ou de compensation. Il était néanmoins indispensable de l'investir à son tour d'une action, pour tous les cas où le commodant ne voudrait ou ne pourrait agir lui-même. De plus en supposant que la créance du commodataire fût supérieure à sa dette, la compensation n'eût pas été un remède suffisant ; car le juge, après l'avoir absous, n'aurait eu aucun moyen de lui procurer la différence, puisqu'il n'entrait jamais dans sa mission de prononcer de condamnation contre le demandeur (L. 18, § 4, D. *Commodati*, 13-6).

Le commodataire jouit du droit de rétention à l'encontre du com-

besoin pressant et urgent de la chose (L. 7, § 3, D. *Commodati*, 13-6. — *Contrà*, C. C. art. 1889).

modant, jusqu'à satisfaction complète; peut-être Dioclétien l'en a-t-il dépouillé par un texte assez obscur (L. 15, § 2 ; L. 59, D. *De furtis*, 47-2. — L. 4, C. *De commod.*, 4-23. — *Conf.* C. C. art. 1885).

§ III

Du précaire et de sa comparaison avec le commodat.

Le droit romain connut, à côté du commodat, une institution à la fois analogue et différente qu'on appelle *precarium* ou précaire et qu'il ne faudrait pas confondre avec la détention précaire du droit français (1).

Il y a *precarium* lorsque, sur la prière d'une personne, on lui livre une chose, pour en user gratuitement tant qu'il plaira au concédant. *Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur, tamdiu quamdiu is qui concessit patitur.* Le précaire résulte le plus souvent d'une demande expresse et d'une concession formelle, quelquefois d'une tolérance tacite ; il est tantôt isolé, tantôt l'accessoire d'un contrat (L. 1, pr. D. *De precario*, 43-26. — *Paul.* S. L. V, t. VI, § 11).

Ressemblances. — Le précaire et le commodat présentent plus d'une analogie. 1° Ils ont tous deux le même caractère de libéralité, puisqu'ils impliquent un usage gratuit ; mais, comme on n'y aperçoit aucune aliénation, ils n'appartiennent pas à la classe des donations proprement dites. 2° L'un et l'autre exigent la remise effective et la restitution *in specie*. 3° Enfin pour faire une concession précaire, comme pour faire un commodat, il n'est pas nécessaire d'être propriétaire, il suffit d'avoir la capacité généralement requise pour faire sa condition pire.

Dissemblances. — Mais il existe entre eux de nombreuses dissemblances.

1° Tandis que le commodat s'applique uniquement aux objets corporels, le précaire peut aussi se former par la quasi-tradition d'un droit susceptible de constituer une servitude personnelle ou prédiale (L. 15, § 2, D. *De precario*, 43-26).

2° A la différence du commodat, qui suppose un terme formel ou tacite pour la restitution, il est de l'essence du précaire de cesser *ad nutum concedentis*, si bien que la fixation d'un terme y serait non avenue. Le concédant ou *rogatus* n'est grevé d'aucune obligation,

(1) On pourrait cependant rapprocher du précaire romain les concessions provisoires de jouissances, faites à des particuliers par l'État, les départements ou les communes, sur les biens de leur domaine public.

et ne doit pas même le remboursement des impenses nécessaires (L. 12, D. *De precario*, 43-26).

3° Inférieur au commodataire sous ce dernier aspect, le précariste jouit à tous les autres points de vue d'une situation supérieure. C'est ainsi qu'il est investi d'une véritable possession, sinon à l'égard du concédant, au moins envers les tiers ; il en résulte qu'il pourra invoquer les interdits possessoires dès qu'il sera troublé dans sa possession. Il a en outre le droit d'employer la chose à tous les usages qu'elle comporte, et bénéficie des fruits tant que la restitution ne lui est pas réclamée. Jusqu'à cette demande, il ne répond que de son dol ou de la *culpa lata* équivalente au dol, non de ses fautes simples (L. 8 ; L. 17, D. *De precario*, 43-26).

4° Mais le trait saillant du précaire, c'est qu'il ne constitue pas un contrat : de là viennent deux conséquences originales : 1° le précariste n'était passible d'aucune action personnelle pour la restitution, et le *rogatus* se serait vu réduit à l'action réelle en revendication, si le préteur n'eût de bonne heure comblé cette lacune par la création de l'interdit *de precario ;* 2° le précaire était intransmissible aux héritiers du précariste, non seulement pour l'avenir comme un mandat, mais encore pour le passé ; ces héritiers n'étaient ni les ayants cause de leur auteur, ni les continuateurs de sa possession, ni responsables de son dol, ni tenus de l'interdit *de precario ;* on ne pouvait leur demander la restitution que par un interdit général *de clandestina possessione.*

Ces deux grandes règles de l'ancienne théorie disparurent dans le droit postérieur. Contre le précariste fut donnée une action proprement dite, *condictio incerti* aux yeux de Julien, *præscriptis verbis* et partant contractuelle aux yeux d'Ulpien. Contre ses héritiers fut donné l'interdit *de precario ;* peut-être, si la doctrine d'Ulpien resta fidèle à l'idée de contrat innomé qui l'inspirait, faut-il y joindre l'action *præscriptis verbis* (L. 2, § 2 ; L. 8, § 8 ; L. 19, § 2, D. *De precario*, 43-26. — L. 2, C. *De precario*, 8-9).

Origine du précaire. — D'après une conjecture assez vraisemblable, l'origine du précaire se trouverait dans l'habitude qu'avaient autrefois les patriciens de concéder à leurs clients des terres et des valeurs pécuniaires, comme les pères de famille à leurs enfants. Ce rapprochement du précaire et du pécule explique suffisamment les règles précédentes sur le droit de révocation du concédant, sur l'irresponsabilité du précariste, sur l'inexistence d'une action ci-

vile, etc. Il est d'ailleurs certain que le précaire du temps classique était sorti de sa sphère primitive, et que les parties l'appliquaient fréquemment dans les relations ordinaires de la vie; on en rencontrera les principales applications dans la vente et surtout dans le gage (*Festus*, v° *Patres*).

CHAPITRE XXIII

DÉPOT.

(*Inst.* L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, § 3.)

Le dépôt est un contrat réel, nommé, synallagmatique imparfait et de bonne foi, par lequel l'une des parties livre un meuble corporel à l'autre partie, qui prend gratuitement l'obligation de le garder et de le restituer *in specie* à première réquisition. La personne qui effectue le dépôt s'appelle déposant, *deponens;* celle qui le reçoit s'appelle dépositaire, *depositarius* (*Conf.* C. C. art. 1915-1963).

A l'origine, le dépôt s'effectuait par une aliénation accompagnée d'un contrat de fiducie; le déposant transférait la propriété au dépositaire, qui s'obligeait *contractâ fidueiâ* à la lui retransférer. Cette méthode avait l'avantage de mettre à la disposition du dépositaire, pour recouvrer la chose en cas de vol, deux armes efficaces, c'est-à-dire la revendication et la *condictio furtiva*. Cependant elle avait de graves inconvénients : car le déposant risquait de ne pouvoir, à l'heure choisie, obtenir la retranslation de propriété du dépositaire infidèle ou devenu incapable; l'*usureceptio ex deposito* avait bien été imaginée pour éviter ces inconvénients, mais ce n'était qu'un palliatif insuffisant (*Gaius*, II, 60. — *Suprà*, p. 177).

Aussi l'aliénation fiduciaire fut-elle remplacée par la simple remise matérielle de la chose déposée, de telle sorte qu'à l'époque classique, la tradition faite *depositi causâ* ne transfère plus la propriété (L. 17, § 1, D. *Depositi*, 16-3).

§ I

Éléments constitutifs du dépôt.

Le dépositaire, simple détenteur comme le commodataire, a de moins que celui-ci la faculté d'user de la chose. Pour la formation

du dépôt, soumis d'ailleurs aux mêmes règles de capacité que le commodat, il faut trois circonstances : il est indispensable en effet que la *res deposita* consiste en un meuble corporel, que le dépositaire ne soit pas rémunéré et qu'il s'engage à restituer *in specie*.

I. *Meuble corporel.* — Le dépôt exige d'abord que l'objet soit susceptible de déplacement ; en d'autres termes, ce doit être un meuble corporel. La garde d'un immeuble se rapprocherait plutôt du mandat (*Conf.* C. C. art. 1918).

II. *Gratuité.* — Le dépositaire ne doit recevoir aucun salaire ; toute rémunération fournie ou promise changerait l'opération en louage ou contrat innommé. Ce caractère assimile encore le dépôt au commodat ; mais si l'*accipiens* reçoit un service gratuit dans le commodat, c'est lui qui le rend dans le dépôt (L. 1, § 8, 10, D. *Depositi*, 16-3. — *Conf.* C. C. art. 1917).

III. *Nécessité de restituer in specie.* — Il est de l'essence du dépôt que le dépositaire soit obligé de restituer *in specie*, à première réquisition ; sinon, l'acte prendrait un tout autre caractère ; l'*accipiens* doit donc rendre *idem* et non par *tantumdem* (*Inst.* L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, § 3. — *Conf.* C. C. art. 1932).

§ II

Effets du dépôt.

Dans le même sens et pour les mêmes motifs que le commodat, le dépôt oblige l'une des parties et peut obliger l'autre ; il crée deux actions toutes deux *bonæ fidei*, personnelles, civiles et *conceptæ in jus ;* l'une, l'action *depositi directa* grève le dépositaire, l'autre l'action *depositi contraria* est à la charge du déposant.

Obligations du dépositaire. — Le dépositaire contracte, dès le début, trois engagements :

1° Il ne doit retirer de la chose aucun usage, sous peine de commettre un *furtum usûs* qui le rendrait passible de l'action *furti* (L. 29, D. *Depositi*, 16-3. — *Gaius*, III, 196, 197. — *Conf.* C. C. art. 1930).

2° Irresponsable des cas fortuits et de ses fautes simples, le dépositaire doit réparer tout préjudice causé par son dol ou sa faute grave. Si sa responsabilité l'engage moins que celle du commodataire, c'est qu'il n'a pas d'intérêt personnel dans le contrat. Il est clair que des conventions expresses peuvent modifier cet état de

droit ; mais par exception, et sans nulle clause formelle, le dépositaire répond de la *culpa levis in abstracto* lorsqu'il s'est offert de lui-même au dépôt, et supporte les risques des cas fortuits lorsqu'il est seul intéressé dans le contrat (*Inst.* L. III, t. XIV, *Quibus modis re*, § 3. — L. 1, § 35 ; L. 32 D. *Depositi*, 16-3 ; L. 4, D. *De rebus creditis*, 12-1. — *Conf.* C. C. art. 1926, 1927).

3° Le dépositaire doit enfin restituer la chose à première réquisition ; cette obligation porte également sur les fruits que la *res deposita* a pu lui donner ; il n'est pas d'ailleurs admis à se prévaloir du terme fixé par la convention et qui ne profite qu'au créancier (L. 1, § 45, 46, D. *Depositi*, 16-3. — *Paul*, S. II, t. XII, § 7. — *Conf.* C. C. art. 1944).

Ces trois engagements du dépositaire sont garantis par l'action *depositi directa*, essentiellement de bonne foi ; car les Romains considéraient le dépôt comme sacré, *res sacra depositum*. Par une conséquence qui ne lui est pas absolument spéciale, cette action entraîne l'infamie contre le dépositaire condamné. Mais à la différence de toute autre poursuite contractuelle, elle peut s'intenter, sans la condition d'un enrichissement, contre le pupille *doli capax* qui a reçu un dépôt *tutore non auctore*, et sanctionne après l'affranchissement le dépôt fait à l'esclave, s'il détient encore la chose (L. 1, § 15 ; L. 21, § 1, D. *Depositi*, 16-3).

Quand il y a plusieurs dépositaires, ils sont tous engagés *in solidum* (L. 1, § 43, D. *Depositi*, 16-3).

Obligations du déposant. — Deux obligations peuvent peser sur le déposant :

1° Il doit réparer les dommages provenus, non seulement de son dol, mais de sa faute quelconque, puisqu'il est seul intéressé dans le contrat (L. 5, pr., D. *Depositi*, 16-3).

2° Il doit rembourser toutes les dépenses ordinaires ou extraordinaires que le dépositaire a faites en vertu du contrat ou par nécessité, pour le soin ou la nourriture de l'animal déposé, etc. (L. 23, D. *Depositi*, 16-3. — *Conf.* C. C. art. 1947).

Ces obligations du déposant sont garanties par l'action *depositi contraria* qui présente tous les caractères ordinaires de l'action *depositi directa*, mais qui cependant n'est pas *famosa*.

Le dépositaire a-t-il également un droit de rétention ? Les textes ne sont pas d'accord sur ce point (L. 11, C. *Depositi*, 4-34. — *Paul.* S. L. II, t. XII, § 12. — *Coll. leg. Mos.*, t. X ch. 2, § 6. — C. C. art. 1948).

§ III

Variétés de dépôt.

Il y a trois cas dans lesquels les éléments essentiels du dépôt reçoivent des modifications plus ou moins profondes ; ces espèces particulières de dépôt sont : le dépôt *nécessaire*, le dépôt *irrégulier* et le *séquestre*.

Dépôt nécessaire. — Lorsque le dépôt a lieu sous la pression d'un péril imminent et d'une nécessité urgente, par exemple en cas de tumulte, d'incendie ou de naufrage, on l'appelle *depositum necessarium* ou *miserabile*. Le déposant n'a pas eu, dans cet événement, la liberté de son choix et mérite une protection plus énergique. Aussi quand le dépositaire nie le dépôt, ou quand il rend par son dol la restitution impossible, il est condamné *in duplum*, sévérité que les Douze Tables appliquaient jadis à tout dépôt, et que le préteur restreignit à cette hypothèse (L. 1, § 4, *Depositi*, 16-3. — *Paul.* S. L. II, t. XII, § 11).

Le *depositum miserabile* présente de plus cette règle spéciale, que les héritiers du dépositaire y sont tenus moins rigoureusement que leur auteur. Car non seulement son dol ne les fait pas condamner au double, mais ils n'en répondent au simple que durant une année, et ne restent débiteurs après ce terme que dans la mesure de leur enrichissement (L. 18, D. *Depositi*, 16-3. — *Conf.* C. C. art. 1949-1954).

Dépôt irrégulier. — Lorsque Titius confie à Séius une somme d'argent, en lui donnant le droit de s'en servir à la charge de rendre à première réquisition, non pas les mêmes écus, mais une somme égale, l'opération tient à la fois du *mutuum* et du dépôt.

Cependant les jurisconsultes ont fait pencher la balance en faveur du dépôt ; ils voient là ce qu'on appelle un *dépôt irrégulier*, parce que l'élément prédominant d'un tel contrat est la nécessité de restituer à première réquisition. Les conséquences de ce point de départ sont graves ; car un simple pacte, qui n'aurait pu créer une dette d'intérêts à côté du *mutuum*, en aura la force dans le dépôt, et les risques de l'argent livré pèseront sur le créancier tant que le débiteur ne s'en sera pas servi. Il paraît que le dépôt irrégulier se pratiquait surtout chez les banquiers, libres par ce moyen

de rentrer à volonté dans les fonds qu'ils plaçaient (L. 24; L. 25, § 1, D. *Depositi*, 16-3) (1).

Il ne faut pas confondre le dépôt irrégulier avec la conversion du dépôt en *mutuum;* pour qu'il y ait dépôt irrégulier, il faut que dès la formation du contrat, les parties soient convenues que le dépositaire pourra se servir de la chose et la restituer *in genere*. Si cette convention n'est intervenue que postérieurement, il y a conversion du dépôt en *mutuum* et le débiteur est tenu non pas de l'*actio depositi*, mais de la *condictio ex mutuo* (L. 9, § 9; L. 10, D. *De rebus creditis*, 12-1).

Séquestre. — Le séquestre, *sequestrum*, *sequestratio*, est un dépôt qui a pour but de sauvegarder les intérêts contraires de plusieurs personnes. Il ne suppose pas nécessairement un procès, mais il s'applique presque toujours en fait à des choses litigieuses; de là vient qu'il est tantôt volontaire et tantôt nécessaire, c'est-à-dire ordonné en justice. Le tiers chargé de ce dépôt s'appelle *sequester*, et l'action dont il est passible *actio depositi sequestraria* (L. 110, D. *De verb. sign.*, 50-16. — *Conf.* C. C. art. 1955-1963). Le séquestre diffère à plusieurs points de vue du dépôt ordinaire:

1° Il est susceptible d'avoir pour objet un immeuble aussi bien qu'un meuble (*Conf.* C. C. art. 1959).

2° Il émane nécessairement de plusieurs déposants; mais la créance de chacun d'eux est conditionnelle, et la condition, qui consiste d'ordinaire dans le gain du procès, ne s'accomplira pas au profit de l'un sans défaillir au préjudice de l'autre. En attendant, ni l'un ni l'autre ne peut exiger ou recevoir la chose déposée (L. 17, pr.; L. 5, § 2, D. *Depositi*, 16-3. — *Conf.* C. C. art. 1960).

3° Le *sequester* est admis à toucher un salaire, et, pour des causes graves, à réclamer du magistrat décharge de son obligation (L. 1, § 9, D. *Depositi*, 16-3. — *Conf.* C. C. art. 1657).

4° La possession juridique est souvent attribuée au *sequester;* elle profite alors, en fin de compte, à la partie victorieuse, qui aura pu usucaper par l'intermédiaire du *sequester*. Quand il n'est pas possesseur, personne ne possède (L. 17, § 1, D. *Depositi*, 16-3; L. 39, D. *De acq. vel am. poss.*, 41-2. — L. 5, C. *Depositi*, 4-34).

(1) Le droit romain accordait un privilège à ceux qui avaient déposé de l'argent chez un banquier; mais les textes ne sont pas d'accord sur le rang et sur le classement de ce privilège (L. 7, § 2, 3, D. *Depositi*, 16-3; L. 24, § 2, D. *De rebus auct. jud.*, 42-5).

CHAPITRE XXIV

GAGE.

(*Inst.* L. III, t. XIV. *Quibus modis re*, § 4.)

Dans les textes, le mot *pignus* a plusieurs significations ; il désigne, tantôt la chose livrée en gage, tantôt le droit réel de gage ou d'hypothèque constitué sur cette chose, tantôt le contrat même de gage et les liens personnels d'obligation qu'il produit entre les parties. Le droit réel de gage ou d'hypothèque fera l'objet d'une étude ultérieure ; il n'est ici question que du contrat et des engagements qui en dérivent.

A ce point de vue, le gage est un contrat réel accessoire, nommé, synallagmatique imparfait et de bonne foi, par lequel l'un des contractants reçoit de l'autre une chose corporelle, avec le droit de la retenir jusqu'à parfait payement d'une créance, et de l'aliéner, en cas de non-payement à l'échéance, pour se payer sur le prix, mais à la charge de la restituer *in specie*, s'il est payé, ou l'excédant du prix, s'il la vend (*Conf.* C. C. art. 2071-2091).

Ici l'*accipiens* est un créancier ; on le nomme créancier gagiste ; le *tradens* peut être le débiteur ou même un tiers. A la différence des contrats précédents, le gage est accessoire en ce sens que, dans l'intention des parties, il présuppose toujours l'idée d'une dette qu'il s'agit de garantir. Il n'importe que cette dette soit civile, prétorienne, présente, conditionnelle ou future ; ne naquît-elle jamais, il suffit que les contractants l'aient eue en vue, et le contrat n'en subsistera pas moins. On verra que le droit réel de gage ou d'hypothèque implique au contraire, de toute nécessité, l'existence d'une obligation (L. 11, § 2, D. *De pignerat. act.*, 13-7).

Le gage se constituait primitivement comme le dépôt à l'origine, par une aliénation fiduciaire ; mais les inconvénients déjà signalés firent tomber ce procédé en désuétude (*Gaius*, II, 60. — *Paul*, S. II, t. XIII).

§ I

Éléments constitutifs du gage.

La formation du gage exige des conditions faciles à déterminer. Il faut que la chose donnée en gage soit corporelle ; il faut ensuite

que le constituant transfère au créancier la possession juridique du *pignus* avec le droit conditionnel de vendre ; il faut enfin que le créancier rende la chose *in specie*.

I. **Chose corporelle.** — On se rappelle d'abord que, suivant la règle commune à tous les contrats *re*, l'objet doit en être corporel. Il peut bien arriver qu'une chose incorporelle, par exemple une créance, serve à garantir une dette qui prend naissance ; mais cette sûreté particulière n'est pas un gage dans le sens technique du mot, et se confond plutôt avec le mandat (*procuratio in rem suam*). Du reste, le gage porte aussi bien sur un immeuble que sur des meubles bien que la question ait fait quelques difficultés à l'époque classique (L. 238, § 2, D. *De verb. sign.*, 50-16 ; L. 3, C. *De pigner. act.*, 4-24. — *Conf.* C. C. art. 2072, 2075) (1).

II. **Possession juridique et droit de vendre.** — Il faut, de la part du constituant, l'abandon au profit du créancier gagiste de la possession juridique et du droit conditionnel de vendre. En conséquence, le gage suppose chez le constituant la capacité d'aliéner. Quand le *tradens* n'est pas propriétaire de ce qu'il livre, aucun droit réel de *pignus* ne grève la chose ; mais le contrat existe et se manifestera par un recours en garantie. Le *non dominus* qui engage de mauvaise foi se rend d'ailleurs coupable de stellionat et passible d'une poursuite *extrà ordinem* (L. 22, § 2, D. *De pigner act.*, 13-7 ; L. 3, § 2, D. *Stellionatus*, 47-20).

La possession passant au créancier, celui-ci avait le droit d'invoquer les interdits à l'encontre des tiers pour se maintenir en possession et pour faire respecter son droit. Les inconvénients pratiques de cette dépossession du constituant étaient à peu près corrigés au moyen du précaire. Du reste, au point de vue spécial de l'usucapion, le constituant continuait à posséder par l'intermédiaire du gagiste (L. 16, D. *De usurp. et usucap.*, 41-3).

Droit de vente. — Le droit de vendre ne fut pendant longtemps qu'un élément accidentel du contrat de gage, et ne s'y attachait qu'en vertu d'une convention expresse. Il devint ensuite un élément naturel, c'est-à-dire sous-entendu, sauf réserve contraire. Enfin, sous les derniers jurisconsultes classiques, il acquit le rôle d'un élément essentiel et supérieur à la volonté des parties ; seule-

(1) Constantin, dans un but facile à comprendre, défendit de donner à gage les esclaves, les animaux et les instruments employés à l'agriculture (L. 7, C. *Quæ res pign.*, 8-17).

ment, s'il provenait d'un pacte formel, le créancier pouvait procéder à la vente, après une seule sommation de payer; s'il était prohibé ou passé sous silence, trois sommations devaient précéder la vente (*Gaius*, II, 64. — L. 73, D. *De furtis*, 47-2; L. 4, D. *De pign. act.*, 13-7).

Dans tous les cas, le droit de vendre ne s'exerce jamais qu'après l'échéance du terme fixé par le contrat ou par une convention postérieure. Depuis Justinien, l'aliénation présuppose, soit une signignification ou *denuntiatio* au débiteur, soit un jugement qui le condamne, puis l'expiration d'un délai de deux ans, et se fait nécessairement aux enchères et sur affiches (*Paul*, S. L. II, t. V, § 1. — L. 3, C. *De jure dom. imp.*, 8-34).

Lorsque le créancier ne trouvait pas d'acheteur il pouvait s'adresser à l'empereur qui était maître de lui accorder la possession *animo domini* sur sa demande, et par là de le mettre à même d'usucaper, si le débiteur ne le désintéressait et ne reprenait la chose avant l'accomplissement de l'usucapion. Justinien organisa la procédure lente et compliquée de l'*impetratio dominii;* elle aboutissait à la concession faite par l'empereur de la propriété même de l'objet, sans ôter au débiteur le droit de la recouvrer, dans un délai de deux ans à partir du rescrit, en payant le capital et les intérêts de la créance, avec une indemnité légitime pour le retard (L. 1; L. 2; L. 3, C. *De jure dom. impet.*, 8-34. — F. V, § 9).

III. **Obligation de restituer.** — Le créancier gagiste doit restituer, soit la chose *in specie* s'il est payé, soit l'excédant du prix s'il la vend; si le créancier s'obligeait à rendre autre chose que ce qu'il a reçu, l'opération changerait de caractère et ne constituerait plus un gage. Il suit de là que le gagiste est par rapport au constituant un débiteur de corps certain, ce qui veut dire que la *res pignorata* n'est pas à ses risques (*Inst.* L. III, t. XIV, *Quibus modis*, § 4).

§ II

Effets du gage.

Le gage, comme le commodat et le dépôt, oblige le gagiste *ab initio* et peut obliger le constituant *ex post facto*.

Obligations du créancier gagiste. — Le gagiste est tenu de trois obligations.

1° Il ne doit retirer de la chose aucun usage, sous peine de

commettre un *furtum usûs* quand elle est mobilière (L. 54, D. *De furtis*, 47-2. — *Inst*. L. IV, t. I, *De oblig. ex delicto*, § 6).

2° Assimilé au commodataire, il ne répond pas des cas fortuits, mais répond de son dol et de sa faute appréciée *in abstracto;* cette doctrine, sujette à des contestations sérieuses, s'appuie néanmoins sur des textes probants. Il en résulte, par exemple, que le gagiste devrait une indemnité pour avoir vendu la chose avant l'échéance, ou sans les formalités prescrites. Cette deuxième obligation du gagiste a besoin de se combiner avec la première; car s'il lui est interdit d'user de la chose à son profit, il a pourtant le devoir de sauvegarder l'intérêt du constituant, notamment de percevoir les fruits, et d'exercer les servitudes pour en prévenir l'extinction par le non-usage (L. 13, § 1; L. 14; L. 15, D. *De pign. act.*, 13-7. — L. 19, C. *De pignoribus*, 8-14. — *Inst*. L. III, t. XIV, *Quibus modis*, § 4).

3° Le créancier doit restituer la chose *in specie* dès qu'il a été payé de sa créance ou lorsqu'il a reçu satisfaction, c'est-à-dire éteint son droit réel de gage par une novation, une transaction, une remise de dette, etc. Une constitution de l'empereur Gordien a néanmoins décidé que le créancier, quoique payé, pourrait retenir le *pignus*, à raison de créances étrangères au contrat de gage, antérieures ou postérieures; seulement il ne fut investi de ce droit qu'envers le débiteur et non pas à l'égard des tiers (L. 9, § 3, D. *De pign. act.*, 13-7. — L. 1, C. *Etiam ob. chir.*, 8-27. — *Conf.* C.C. art. 2082).

Les fruits donnés par la chose s'imputent sur les intérêts de la créance et subsidiairement sur le capital, de telle sorte que le créancier ne rend que l'excédant (L. 11, § 1, D. *De pignoribus*, 20-1; L. 8, D. *In quibus causis*, 20-2. — *Conf.* C. C. art. 2081).

Après la vente régulière, le gagiste n'est plus tenu que de restituer, s'il y a lieu, l'excédant du prix de vente sur sa créance; tant qu'il ne l'a pas touché, il s'acquitte en cédant son action pour l'obtenir. (L. 24, § 2, D. *De pign. act.*, 13-7).

Ces trois obligations sont sanctionnées par l'action *pigneratitia directa* qui est de bonne foi, civile, personnelle et *concepta in jus.*

Obligations du constituant. — Deux obligations prennent naissance, le cas échéant, contre le constituant.

1° Assimilé au déposant, il répond de tout dol et de toute faute, à moins qu'il n'ait engagé sa chose pour autrui; car sa responsabi-

lité s'arrête alors au dol, puisqu'il n'a pas d'intérêt dans le contrat (L. 16; L. 22, D. *De pign. act.*, 13-7).

2° Il doit au créancier gagiste le remboursement des impenses nécessaires, et même des impenses utiles qu'il n'avait point prohibées (L. 25, D. *De pign. act.*, 13-7. — *Conf.* C. C. art. 2080).

Pour la sanction de cette double obligation, le gagiste est armé contre le constituant de l'action de bonne foi *pigneratitia contraria*, et peut, à l'instar du commodataire, se prévaloir aussi d'un droit de rétention (L. 8, pr. D. *De pign. act.*, 13-7.)

§ III

Pactes adjoints au gage.

Les parties pouvaient joindre au contrat de gage des pactes ou conventions accessoires qui avaient pour conséquence d'en modifier plus ou moins profondément les effets et les règles ordinaires. Les pactes les plus usités dans la pratique étaient : 1° le pacte commissoire; 2° le pacte d'antichrèse.

I. **Pacte Commissoire.** — La *lex Commissoria* était la clause par laquelle les parties convenaient, en constituant le gage, que si le créancier ne recevait pas payement à l'échéance, il deviendrait propriétaire du *pignus* pour un prix d'achat égal à sa créance. Cette convention fut longtemps considérée comme licite et par suite, comme régulière; elle était même, parait-il, très fréquente. Mais Constantin la prohiba expressément pour ce motif qu'elle était trop désastreuse pour le débiteur et qu'elle permettait trop facilement de dissimuler des prêts usuraires (*F. V.* § 9. — *Paul*, S. L. II, t. XIII. — L. 3, C. *De pactis pign.*, 8-35. — *Conf.* C. C. art. 2078, 2088).

Toutefois la prohibition de Constantin ne mettrait nul obstacle à la validité de la clause qui autoriserait le créancier impayé à garder la chose d'après une estimation à faire lors de l'échéance, *justo pretio tunc æstimiandam*. Car, dans l'espèce, le débiteur devant être admis à débattre le prix, ne peut alléguer ni lésion ni contrainte (L. 16, § 9, D. *De pign. et hyp.*, 20-1).

II. **Pacte d'antichrèse.** — Le pacte d'anthichrèse (ἀντι χρῆσις) était une clause à forfait, une convention aléatoire qui permettait au créancier de prendre les fruits que produisait le gage pour lui tenir lieu des intérêts de sa créance. Cette clause était aléatoire en ce sens que si les fruits perçus étaient supérieurs aux intérêts de la

dette, le créancier faisait un gain ; il subissait une perte dans le cas contraire (L. 33, D. *De pign. act.*, 13-7. — *Conf.* C. C. art. 2085, 2098).

Ordinairement, l'antichrèse résultait d'une convention formelle; mais elle pouvait être tacite. Ainsi, quand une chose frugifère avait été donnée en gage pour garantir un capital ne portant pas intérêt, le créancier avait le droit de retenir les fruits jusqu'à concurrence du taux légal (L. 8, D. *In quibus causis pignus*, 20-2).

CONTRATS CONSENSUELS

(*Inst.* L. III, t. XXII, *De consensus obligatione.*)

Tous les contrats impliquent le consentement des parties et sont consensuels à ce point de vue. Mais il y a certains contrats chez lesquels le consentement (*consensus*) joue un rôle prépondérant et pour lesquels il remplace la *causa civilis obligandi*.

Ces contrats sont au nombre de quatre principaux : la vente, le louage, la société et le mandat. On les nomme *consensuels* parce qu'ils se forment *solo consensu*, par le seul consentement, sans que les parties aient besoin de recourir à la *tradition* comme dans les contrats réels, aux *verba* comme dans les contrats verbaux ou aux *litteræ* comme dans les contrats littéraux. En réalité, les contrats consensuels ne sont que de simples conventions que la loi romaine, à cause de leur grande utilité pratique, a élevées au-dessus des autres conventions, en les munissant d'une action.

Ils ont pour caractère exclusivement propre de pouvoir se former *per epistolam* ou *per nuntium*, c'est-à-dire par correspondance ou par l'entremise d'un tiers chargé de porter à l'une des parties le consentement de l'autre. En outre, comme tous les contrats autres que la stipulation, ils sont possibles entre absents. Enfin, de même que les trois derniers contrats réels, ils sont synallagmatiques, et partant de bonne foi. Il faut observer seulement que la vente, le louage, la société sont synallagmatiques parfaits, et que le mandat est synallagmatique imparfait ; dans la société, les rôles et les noms de toutes les parties sont identiques, tandis qu'ils sont divers dans la vente, le louage et le mandat (*Gaius*, III, 136, 137, 138. — *Inst.* L. III, t. XXII, *De cons. oblig.*, pr.).

CHAPITRE XXV

VENTE.

(*Inst.*, L. III, t. XXIII, *De emptione-venditione.*)

La vente (*emptio-venditio*) tire son origine de l'échange : *origo emendi vendendique a permutationibus cœpit*. Elle devint possible le jour où les besoins de la civilisation firent créer la *monnaie* comme valeur représentative de tous les objets susceptibles de commerce (L. 1, pr., *De cont. empt.*, 18-1).

On peut la définir : un contrat consensuel, nommé, synallagmatique parfait et de bonne foi, par lequel l'une des parties s'oblige à transférer tous ses droits sur une chose, y compris même la possession, à l'autre partie qui s'engage en retour à payer une somme d'argent déterminée.

La partie qui doit procurer la chose s'appelle vendeur, *venditor;* elle est investie de l'*actio venditi*. Celle qui doit payer le prix se nomme acheteur, *emptor;* elle est pourvue de l'*actio empti*. La chose vendue prend le nom de *res* ou de *merx* et la somme fournie par l'acheteur est appelée *pretium*. Quant au contrat lui-même, on le nomme *emptio-venditio* pour indiquer qu'il crée deux situations différentes pour chacune des parties appelées à jouer des rôles distincts (*Conf.* C. C. art. 1582-1701).

PREMIÈRE SECTION

ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA VENTE.

Le contrat de vente requiert quatre éléments constitutifs : le consentement des parties, la capacité des contractants, une chose vendue, un prix.

Les deux premiers éléments ne nous arrêteront pas, il suffit d'appliquer les principes généraux. Cependant, nous devons noter ici quelques incapacités spéciales à la vente. Ainsi, la femme en tutelle ne peut vendre ses *res mancipi* sans se pourvoir de l'*auctoritas* de son tuteur (*Ulpien*, R, t. XI, § 27).

Les administrateurs des biens d'autrui, comme le tuteur, le curateur, le mandataire, n'achètent valablement, ni par eux-mêmes

ni par l'intermédiaire de personnes interposées, les choses dont ils ont la gestion ; la loi romaine a voulu prévenir un conflit dangereux entre leur devoir et leur intérêt (L. 34, § 7, D. *De cont. empt.*, 18-1).

Les gouverneurs de province ne peuvent acheter des fonds de terre situés dans le ressort de leur juridiction. Les militaires sont incapables d'acquérir des *prædia rustica* dans les provinces où ils sont cantonnés. Enfin, les Juifs et tous les hérétiques ne peuvent, depuis Justinien, acheter des esclaves chrétiens (L. 46 ; L. 62, pr., D. *De cont. empt.*, 18-1 ; L. 9 ; L. 13, D. *De re militari*, 49-16. — L. 2. C. *Ne Christ.*, 1-10. — *Conf.* C. C. art. 1594, 1596).

De la merx ou chose vendue. — La vente ne porte valablement que sur des choses susceptibles d'entrer dans le patrimoine de l'acheteur ; par conséquent, moins large que la stipulation, elle ne saurait avoir de simples faits pour objet (L. 8, pr.; L. 34, § 1, D. *De cont. empt.*, 18-1).

Le domaine de la vente peut donc embrasser : des choses corporelles, des choses incorporelles, ou même, tout ou partie d'un patrimoine (*universitas juris*).

1° *Choses corporelles.* — Toutes les *res corporales in commercio*, actuelles ou futures, corps certains ou quantités, peuvent régulièrement figurer dans une vente, que le vendeur en soit ou non propriétaire. La vente de la chose d'autrui est en effet licite, comme la *promissio* de la chose d'autrui ; car, dans l'un et l'autre cas, le but immédiat, l'effet propre du contrat n'est pas de transférer la propriété, mais d'obliger seulement à la transférer, or cette obligation n'a rien d'inexécutable même quand elle porte sur une *res aliena* (L. 28, D. *De contr. empt.*, 18-1. — *Contrà*, C. C. art. 1599) (1).

2° *Choses incorporelles.* — Les *res incorporales*, c'est-à-dire les droits réels, les créances et les actions peuvent également faire l'objet d'une vente valable.

Quant aux droits réels, les suppose-t-on constitués et démembrés de la propriété, la vente n'en est pas toujours possible ; ainsi l'usufruit se vend librement et se livre par quasi-tradition, tandis

(1) La vente portant sur une chose future est en principe conditionnelle, soumise à la condition tacite que la chose naîtra. Mais les parties auraient le droit de convenir que le prix sera dû alors même que la *res futura* ne prendrait pas naissance ; dans ce cas la vente est aléatoire et porte sur une chance, il y a *emptio spei* (L. 8, § 1, D. *De cont. emp.*, 18-1).

que l'usage ne se vend pas. S'agit-il, au contraire de droits réels à constituer et qui n'ont pas encore une existence distincte de la propriété, la vente en est toujours possible ; car on ne saurait empêcher un propriétaire de s'obliger, moyennant un prix, à les établir par l'un ou l'autre des procédés légaux, *in jure cessio*, *mancipatio*, etc.

Pour les créances et les actions, la vente n'est qu'une des faces de la théorie générale de la cession ; il en sera traité plus loin.

1° *Universitas juris*. — Enfin la vente peut s'appliquer à un ensemble de droits actifs et passifs, à une *universitas juris* telle qu'une hérédité ou un pécule ; l'objet du contrat est alors complexe, et renferme des biens et des dettes. Les successions futures, c'est-à-dire non ouvertes, ne sont pas valablement vendues, à moins que le maître, depuis Justinien, n'y consente et ne persévère dans cette volonté jusqu'à sa mort (L. 30, C. *De pactis*, 2-3. — *Conf*. C. C. art. 1600).

Différence entre la vente et la stipulation. — La vente, plus étroite dans son objet que la stipulation, est en revanche moins rigide. Ainsi l'une et l'autre excluent les *res extrà commercium*, en ce sens que le débiteur est impuissant à les transférer au créancier. Mais le créancier aura-t-il au moins des dommages-intérêts? On les refuse au stipulant dans la stipulation, qui demeure nulle et de nul effet. Dans la vente, l'acheteur peut au contraire les obtenir, à la seule condition d'être de bonne foi, c'est-à-dire de n'avoir pas connu la nature de la chose vendue ; il n'importe aucunement d'ailleurs, quoique semblent dire les Institutes, que le vendeur ait été de bonne ou de mauvaise foi. Il est évident au surplus qu'une erreur inexcusable ne profiterait pas à l'acheteur. Cette différence entre la vente et la stipulation tient à leur essence même ; l'une est *stricti juris* et l'autre *bonæ fidei* (*Inst*. L. III, t. XIX, *De inut. stip*., § 2 ; L. III, t. XXIII, *De empt. vend*., § 5. — L. 15, § 1 ; L. 70, D. *De cont. empt*., 18-1).

Du prix. — Le prix est un élément essentiel de la vente ; sans prix pas de vente, *nulla emptio sine pretio esse potest*. Il doit présenter trois caractères rigoureusement exigés ; il faut qu'il consiste en numéraire, qu'il soit certain, qu'il soit sérieux (*Inst*. L. III, t. XXII, *De empt. vend*., § 1).

1° *En argent*. — Il doit consister en numéraire, *pretium in numeratâ pecuniâ consistere debet*. Rien n'empêche au reste d'y comprendre, accessoirement à la somme d'argent, des prestations d'une

autre nature (*Inst.* L. III, t. XXIII, *De empt. vend.*, § 2. — L. 6, § 1, D. *De actionibus empti*, 19-1).

Cette nécessité d'un prix en numéraire fut longtemps la règle incontestée, et nulle contestation ne l'ébranlait plus au temps de Justinien. Mais dans une période intermédiaire, les Sabiniens enseignèrent énergiquement qu'une chose quelconque, immobilière ou mobilière, pouvait servir de prix; c'était ramener la vente à l'échange, et sacrifier les différences juridiques de ces opérations à leur communauté d'origine économique. Or il est essentiel de distinguer ces deux contrats, puisque le premier est consensuel, et le second innommé. Les Proculiens devaient donc triompher, parce qu'en exigeant un prix monnayé pour constituer la vente, ils fournissaient l'infaillible moyen de reconnaître l'acheteur et le vendeur, et de les maintenir l'un et l'autre dans leurs situations si diverses (L. 1, § 1, D. *De cont. empt.*, 18-1 ; L. 5, § 1, D. *De præscript verbis*, 19-5. — *Gaius*, III, 141. — L. 3; L. 7, C. *De rer. permut.*, 4-64).

2° *Certain.* — Le prix doit être certain, *certum pretium;* en d'autres termes, il faut que le contrat le rende désormais indépendant de la volonté des parties, c'est-à-dire le détermine ou règle la manière de le déterminer. Ainsi le prix peut être certain, sans qu'on en connaisse le chiffre arithmétique, par exemple, *quantum in arcâ habeo*. A l'inverse, le prix n'est pas certain ni la vente valable, quand la fixation en est abandonnée à l'une des parties, ou confiée à l'arbitrage d'une tierce personne qu'elles se réservent de choisir plus tard (L. 7, pr. § 1; L. 35, § 1, D. *De cont. empt.*, 18-1. — *Inst.* L. III, t. XXIII, *De empt.*, § 1).

Pour l'hypothèse très régulière où le contrat investit de ce rôle un tiers actuellement et individuellement désigné, Justinien tranche avec raison d'anciennes controverses, et déclare la vente conditionnelle; la condition sera que le tiers indiqué puisse et veuille fixer le prix (*Inst.* L. III, t. XXIII, *De empt.*, § 1. — L. 15, C. *De cont. empt.*, 4-38. — *Conf.* C. C. art. 1591, 1592).

3° *Sérieux.* — Le prix doit être sérieux, *verum pretium esse debet;* on veut dire par là qu'il ne doit être ni fictif ni dérisoire. Or le prix serait fictif si les parties n'avaient pas l'intention, l'une de l'exiger, l'autre de le payer. Il serait dérisoire s'il était de nulle valeur, comparé avec la chose; ainsi, la vente du fonds Cornélien faite *uno nummo* serait nulle comme ayant un prix dérisoire. Dans tous ces cas, la vente ne se formerait pas et l'opération serait au fond, mal-

gré les apparences, une véritable donation (L. 3 ; L. 9, C. *De cont. empt.*, 4-38) (1).

On verra plus loin qu'il ne faut pas confondre le prix sérieux avec le juste prix.

Formation de la vente. — La vente est *perfecta*, c'est-à-dire formée, définitive et productive d'obligations, dès l'instant même où les parties, déterminées à s'engager réciproquement, s'accordent sur la chose et sur le prix. Il n'en peut être autrement, puisque la vente figure au nombre des contrats consensuels. La perfection de la vente est donc indépendante de son exécution ; il n'est pas nécessaire, pour que le contrat existe, que le prix ait été payé ou que la chose ait été livrée (*Gaius*, III, 139. — *Inst.* L. III, t. XXIII, *De empt. vend.*, pr. — *Conf.* C. C. art. 1583).

De l'écrit. — Justinien modifia cette règle dans les ventes par écrit, c'est-à-dire pour le cas où l'intention des parties est de rédiger un écrit. Dans cette hypothèse, l'accord des volontés ne suffit plus à parfaire le contrat ; tant que l'acte n'est pas dressé, signé des contractants, et même, s'il est public, signé des *tabularii* qui le reçoivent, il n'y a qu'un projet que chaque partie peut abandonner impunément. Le but de l'empereur était ici de prévenir les procès. Cette décision, étendue par Justinien à toute espèce de contrats, n'aboutit point à faire de la vente un contrat littéral ; la rédaction de l'écrit n'est, en réalité, qu'une condition suspensive apposée par les parties à la conclusion du contrat (*Inst.* L. III, t. XXIII. *De emp. vend.*, pr. — L. 17, C. *De fide instr.*, 4-21).

Arrhes. — Dans la pratique, en attendant l'exécution, l'une des parties remettait parfois des arrhes à l'autre. Elles consistaient d'habitude en une somme d'argent, et c'était le plus souvent l'acheteur qui les donnait. Au temps des jurisconsultes classiques, elles avaient en thèse générale, sauf clause contraire, pour but et pour effet de prouver le contrat, non de le former ; elles n'étaient que le signe de l'entente définitive, *argumentum emptionis*, et son obligation une fois exécutée, le contractant qui les avait données les imputait sur le prix ou les répétait, soit par l'action de la vente,

(1) La vente *uno nummo* serait cependant valable dans le cas où elle servirait de moyen pour arriver à un but voulu par les parties et permis par la loi ; tel serait, par exemple, le cas de la *venditio hereditatis* faite *uno nummo* pour parvenir à la transmission d'un fidéicommis universel, avant le sénatus-cousulte Trébellien (*Gaius*, II, 252).

soit par une *condictio sinè causâ* (*Gaius*, III, 139. — L. 7, pr. D. *De cont. empt.*, 18-1 ; L. 11, § 6, D. *De act. empt.*, 19-1).

Mais, à l'époque de Justinien, les arrhes changent de caractère. Elles ne sont plus un moyen de preuve, mais un moyen de dédit ; l'acheteur en les perdant, ou le vendeur en les restituant au double, est maître de se départir du contrat, *recedere ab emptione*. Cette innovation est applicable aux ventes sans écrit comme aux ventes faites ou à faire par écrit, *sive in scriptis*, *sive sinè scriptis ;* tel est du moins le langage formel d'une constitution de Justinien, littéralement reproduite à cet égard par les Institutes. Cet accord des deux textes doit nécessairement prévaloir, quoiqu'on ait pu dire, sur des obscurités de rédaction qu'on reproche au passage des Institutes, et qui proviennent surtout d'une copie maladroite de la règle posée pour d'autres siècles par Gaius (*Inst.* L. III, t. XXIII, *De emptione*, *pr.* — L. 17, C. *De fide instr.*, 4-21. — *Conf.* C. C. art. 1590).

DEUXIÈME SECTION

EFFETS DE LA VENTE.

La vente, en sa qualité de contrat, ne peut transférer par elle-même aucun droit réel ; la transmission de propriété résultera du mode d'acquisition qu'emploieront les parties, tradition, mancipation, *cessio in jure*. Le contrat sera une *justa causa acquirendi* si le vendeur est propriétaire ou une *justa causa usucapiendi* dans le cas contraire. Mais si la vente romaine est impuissante à réaliser le transfert de propriété, elle produit au moins des obligations à la charge des deux parties, *ultrò citròque*. L'acheteur est armé de l'action *empti*, *ex empto ;* le vendeur, de l'action *venditi*, *ex vendito* (L. 20, C. *De pactis*, 2-3. — *Contrà*, C. C. art. 1583).

§ I

Obligations du vendeur.

Le vendeur est tenu de trois obligations principales, que l'analyse décompose en plusieurs autres. Il doit : 1° s'abstenir de tout dol, *purgari dolo malo ;* 2° faire avoir la chose à l'acheteur, *rem præstare habere licere ;* 3° garantir à l'acheteur la paisible et utile possession de la chose, *ob evictionem se obligare* (L. 1, pr. D. *De rerum permut.*, 19-4).

I. **Obligation de s'abstenir de tout dol.** — La bonne foi du vendeur est la règle essentielle de la vente, et l'on y doit rattacher de remarquables conséquences. On a souvent l'habitude de dire et d'enseigner que le vendeur n'est pas tenu, dans la loi romaine, de transférer la propriété, et qu'il lui suffit de procurer à l'acheteur la paisible et libre possession de la chose. Ainsi présentée sans distinction, cette doctrine reproduit inexactement la conception qu'eurent de la vente les lois et les jurisconsultes de Rome. Trois observations vont en fournir la preuve.

A. *Du cas où le vendeur est propriétaire.* — Le vendeur, obligé à ne commettre aucun dol, doit transférer à l'acheteur tous ses droits sur la chose, conséquemment la propriété quand il l'a. Car, en la gardant, il tromperait l'intention manifestée par le contrat, ce qui serait un dol. Des textes péremptoires confirment ce raisonnement. 1° Paul dit expressément que le vendeur est tenu de livrer ou de manciper la chose ; en d'autres termes, il ne peut se contenter de la simple tradition, quand elle ne suffit pas à transférer la propriété ; il lui faut employer à sa place la *mancipatio* ou l'*in jure cessio* pour les *res mancipi* (*Paul*, S. L. I, t. XIII[a], § 4). 2° D'un autre côté, Gaius indique à l'acheteur un moyen d'arriver à la translation de propriété de la chose vendue, sans en obtenir du même coup la possession qu'il ne désire pas encore ; ce moyen de procédure, qu'on appréciera plus tard sous le nom de *præscriptio de fundo mancipando*, suppose clairement que l'engagement de rendre l'acheteur propriétaire est distinct, pour le vendeur, de l'engagement de procurer la possession (*Gaius*, IV, 131). 3° Enfin les Institutes imposent au vendeur la nécessité de céder à l'acheteur son action en revendication, c'est-à-dire ce qui lui reste de la propriété, quand la chose a été volée sans sa faute (*Inst.* L. III, t. XXIII, *De emptione*, § 3) (1).

B. *Du cas où le vendeur vend de mauvaise foi la chose d'autrui.* — Le vendeur qui vend sciemment la chose d'autrui, et qui n'en avertit pas l'autre contractant, viole par ce fait même son obligation de s'abstenir de dol. Aussi l'action *ex empto* est-elle immédiatement ouverte à l'acheteur, avant toute éviction ou trouble, alors même que tout recours ultérieur en garantie deviendrait impos-

(1) Le texte d'Ulpien qu'on oppose à cette doctrine, la loi 11, § 2, D. *De actionibus empti*, 19-1, est loin d'être concluant ; d'ailleurs, il a du être altéré par les rédacteurs du Digeste.

sible par la perte fortuite de la chose (L. 30, § 1, D. *De actionibus empt.*, 19-1; L. 21, D. *De evictionibus*, 21-2).

C. *Du cas où le vendeur vend de bonne foi la chose d'autrui.* — Au contraire, quand le vendeur vend la chose d'autrui sans le savoir, ou qu'il en avertit l'autre contractant, il n'est coupable d'aucun dol. L'acheteur ne saurait le poursuivre actuellement à raison de l'obligation *purgari dolo malo* qui n'est pas violée ; il n'aura l'action *empti* qu'après la violation du second engagement principal du vendeur, c'est-à-dire après une éviction ou trouble (L. 25, § 1, D. *De contr. empt.*, 18-1).

Donc, en résumé, la vente est à l'abri de toute attaque immédiate lorsque le vendeur a vendu de bonne foi la chose d'autrui; c'est en ce sens, et uniquement en ce sens qu'on peut dire que la vente de la chose d'autrui est valable dans le droit romain, et que le vendeur n'est pas obligé à transférer la propriété de la chose vendue. Tous les textes, d'où l'on a voulu conclure en général que le vendeur doit uniquement la jouissance à l'acheteur, ne visent au fond que cette hypothèse spéciale (*Contrà*, C. C. art. 1599).

II. **Obligation de livrer la chose.** — Le vendeur doit livrer la chose à l'acquéreur ; il doit, en d'autres termes, comme disent les textes, *rem præstare habere licere.*

Cette obligation s'exécute par toutes les formes possibles de la tradition, depuis la remise effective jusqu'au constitut possessoire. Mais une simple remise matérielle ne libère nullement le vendeur; il est tenu de fournir la possession libre, *vacua possessio*, c'est-à-dire de mettre l'acheteur au-dessus de toute entreprise qui lui disputerait la possession par le moyen d'un interdit (L. 2, § 1 ; L. 3 ; L. 11, § 10, D. *De actionibus empt.*, 19-1. — *Conf.* C. C. art. 1604-1611).

Pour que la délivrance soit complète et régulière, il faut lui appliquer les trois règles suivantes.

1° Le vendeur doit exactement délivrer tout ce qu'il a vendu; s'il livrait moins, le surplus lui serait demandé par l'action *empti*; s'il livrait davantage, il serait investi de la *condictio sine causâ* pour réclamer ce qu'il a transmis en trop (L. 18, § 3, D. *De dolo malo*, 4-3. — *Conf.* C. C. art. 1606-1620).

2° Il doit livrer outre la chose elle-même les accessoires qui s'y trouvent tacitement attachés, d'après l'intention probable des parties ou d'après les usages (L. 14; L. 18, D. *De contr. empt.*, 18-1. — *Conf.* C. C. art. 1615).

3° Enfin la délivrance doit encore comprendre les fruits et produits que la chose vendue a donnés depuis le jour du contrat, s'il n'y a clause contraire; car ils sont représentés par les intérêts du prix dans la vente pure et simple, et par la surélévation du prix dans la vente à terme; la question offrira plus de difficultés pour la vente conditionnelle (*F. V.* § 15. — *Paul*, S. L. II, t. XVII, § 7. — L. 47; L. 49, D. *De contr. empt.*, 18-1. — *Conf.* C. C. art. 1614).

Par une conséquence nécessaire de l'obligation de livrer, le vendeur est tenu de garder et de conserver la *res vendita* jusqu'à la tradition; il répond de la *culpa levis in abstracto*, c'est-à-dire de toutes les fautes que ne commettrait pas un bon père de famille (L. 3; L. 11, D. *De periculo*, 18-16. — L. 13, § 16, D. *De act. empti*, 19-1. — *Conf.* C. C. art. 1137).

III. **Obligation de garantir.** — Le vendeur doit enfin garantir à l'acheteur la libre et paisible possession de la chose vendue et livrée. Cette troisième obligation se décompose en deux autres; elle astreint d'une part le vendeur à garantir l'acheteur contre toute éviction; elle l'oblige d'autre part à répondre des vices graves qui suppriment ou diminuent notablement l'utilité de la chose.

Garantie de l'éviction. — Le vendeur n'est pas quitte de son obligation *rem habere licere*, en livrant à l'acheteur la *vacua possessio;* il doit en outre l'y maintenir. Cette nouvelle face des devoirs du vendeur, c'est la garantie. Elle n'est pas spéciale à la vente; car elle pèse sur tous les débiteurs à titre onéreux de corps certains, et justifie la promesse *de evictione* qu'on a le droit de leur imposer. Mais l'obligation de garantie présente dans la vente ce caractère propre, qu'elle existe sans clause expresse, et qu'elle ne se borne pas nécessairement à réparer le dommage causé; elle peut avoir un effet préventif (L. 13, § 1, D. *De verb. oblig.*, 45-1).

A l'inverse, l'obligation de garantie n'est pas de l'essence de la vente, et cesse par l'effet d'une convention formelle, soit spéciale à des cas déterminés d'éviction, soit générale et sans distinction. Le vendeur est alors autorisé à retenir le prix bien qu'on l'ait contesté, mais à tort suivant nous (L. 39, D. *De pactis*, 2-14; L. 11, § 18, D. *De actionibus empti*, 19-1).

On a défini l'éviction : *rei emptæ ablatio per judicem jure facta.* C'est le fait de perdre la chose en vertu d'une sentence rendue sur le fond, ou de ne la conserver que par l'effet d'un titre nouveau-

L'acheteur est donc évincé, soit qu'il échoue comme demandeur ou défendeur à la revendication, soit qu'il reste possesseur à la suite d'un arrangement pris avec le tiers réclamant. Le vendeur, en qualité de garant, doit le mettre à l'abri de tels événements, ou l'en indemniser (*Conf.* C. C. art. 1625-1649).

Des actions attachées à la garantie. — L'obligation de garantie trouve sa sanction naturelle dans l'action *ex empto*. Mais de bonne heure, dans les ventes d'esclaves, les édiles prescrivirent de stipuler en vue de l'éviction une peine pécuniaire, ordinairement le double du prix (1). Cette promesse s'étendit aux autres ventes importantes, et finit par devenir obligatoire, en ce sens qu'il fallut une convention expresse pour en dispenser le vendeur. De plus, omise au moment du contrat, l'acheteur put l'exiger par l'action *ex empto*, ou mieux encore la tenir pour sous-entendue. Il faut donc établir, en définitive, que l'acheteur évincé se trouve toujours armé de l'action *ex empto* et le plus souvent aussi de l'action *ex stipulatu duplæ* (*F. V.* § 8. — *Paul*, S. L. II, t. XVII, § 2. — L. 2; L. 37, D. *De evictionibus*, 21-2. — L. 6, C. *De evictionibus*, 8-45).

Conditions d'exercice des actions en garantie. — Certaines conditions sont d'abord exigées indistinctement pour l'une ou l'autre de ces actions; l'action *ex stipulatu* requiert en outre trois conditions spéciales.

Conditions communes. — 1° L'éviction doit avoir pour cause un défaut de droit chez le vendeur. En d'autres termes, il faut que le vendeur ait livré une chose que lui-même ou quelqu'un de ses prédécesseurs, avant ou depuis la vente, avait aliénée au profit d'un tiers. Par conséquent, si l'éviction provient de l'erreur, de l'injustice ou de la vénalité du juge, c'est au juge que l'acheteur devra s'en prendre; aucun recours ne lui est ouvert contre le vendeur (*F. V.* § 10. — L. 51, D. *De evictionibus*, 21-2).

2° L'acheteur doit n'avoir pas connu la cause d'éviction au moment du contrat; sinon elle serait mise à ses risques, hors le cas de clause contraire. On irait même jusqu'à lui refuser la répétition du prix; en dépit d'une controverse qu'on a tentée sur ce point, cette

(1) La *stipulatio de evictione*, bien que ce point ait été contesté, pourrait aller jusqu'au triple ou quadruple; elle pourrait aussi se restreindre à la restitution du prix ou même rester au-dessous (L. 56, pr.; L. 74, pr., D. *De evict.*, 21-2).

règle nous paraît certaine (L. 9 ; L. 27, C. *De evictionibus*, 8-45. — *Conf.* C. C. art. 1629).

3° L'acheteur doit n'avoir aucun reproche à se faire. Parmi les nombreuses conséquences de ce principe, il faut mentionner que l'acheteur poursuivi est tenu d'appeler son vendeur en cause, avant que l'affaire soit en état ; autrement il encourt une déchéance, justifiée par cette considération que le vendeur aurait pu lui indiquer de bons moyens de défense. Cette obligation de faire la *litis denunciatio* ne cesse qu'en présence d'une convention formelle ou si le vendeur la rend inexécutable, par exemple en se cachant (L. 29, § 2 ; L. 55, § 1 ; L. 63, D. *De evictionibus*, 21-2. — *Conf.* C. C. art. 1640).

4° L'acheteur doit avoir intérêt à se prévaloir de l'obligation de garantie. La perte fortuite de la chose dans ses mains, avant toute tentative de l'en dépouiller, rendrait donc l'éviction impossible et donnerait pleine sécurité au vendeur (L. 21 ; L. 25 ; L. 51, § 2, D. *De evictionibus*, 21-2).

Conditions spéciales à l'action ex stipulatu. — Outre ces quatre conditions qu'elle partage avec l'action *empti*, l'action *ex stipulatu* en requiert trois autres qui lui sont propres.

1° L'éviction doit provenir d'une sentence judiciaire, qui tranche la question de droit contre l'acheteur, et qui lui enlève directement et définitivement la chose ou la valeur. Cette sentence interviendra d'habitude sur une action réelle en revendication ; il n'importe nullement qu'elle frappe l'acheteur en personne ou ses ayants cause, soit généraux, soit à titre particulier. Elle le dépouille de la chose elle-même ou de sa valeur, *corpus aut pecuniam*, suivant qu'il est forcé de la restituer en nature ou d'en payer l'estimation ; on appréciera plus tard cette différence dans l'étude de la revendication (L. 21, § 2 ; L. 22, § 1 ; L. 34, § 1 ; L. 35, D. *De evict.*, 21-2).

Cette première particularité se rattache étroitement à l'étymologie du mot *evictio* (*ex vincere*, expulser par une victoire judiciaire). Elle assigne à l'action *ex stipulatu* une application moins large qu'à l'action *empti*. Car si l'acheteur conserve la chose en vertu d'un titre nouveau, ou comme ayant cause ultérieur du propriétaire, il sera préservé d'une défaite en justice, et ne pourra plus se prévaloir que de l'action *ex empto* (L. 9 ; L. 24 ; L. 29, D. *De evict.*, 21-2).

2° Au jour de la sentence, l'acheteur doit avoir rempli toutes les conditions qui lui eussent procuré la propriété, si son titre fût émané du propriétaire. Autrement dit, il faut qu'il y ait eu tradition ou mancipation de la part du vendeur, et payement du prix ou satisfaction quelconque de la part de l'acheteur. Sinon le jugement n'enlèverait aucun droit précis à ce dernier, qui ne pourrait user que de l'action *empti* (*Paul*, S. L. II, t. XVII, § 1, 3).

3° La sentence doit porter sur la *res vendita* entendue strictement, c'est-à-dire sur la chose principale tout entière. Pour parler plus net, ni l'éviction partielle ni l'éviction des accessoires ou produits n'accomplissent la condition suspensive de l'*actio ex stipulatu*, et par suite elles ne donnent ouverture qu'à l'action *empti* (L. 5; L. 8; L. 16; L. 42; L. 56, § 2, D. *De evict.*, 21-2).

Nature et effets des actions en garantie. — L'action *ex stipulatu*, née du contrat unilatéral de stipulation, est *stricti juris;* l'action *ex empto*, née du contrat synallagmatique de vente, est *bonæ fidei*. De là naissent deux séries de règles opposées, qui seront décrites dans la comparaison générale des actions de droit strict et de bonne foi. En attendant, il en résulte ici d'intéressants contrastes.

L'action *ex stipulatu* ne laisse au juge aucune liberté d'appréciation; y a-t-il ou n'y a-t-il pas éviction? c'est la seule question qu'il ait à résoudre. L'action *empti* lui attribue, au contraire, la faculté de peser les faits en conscience et d'en écarter la logique brutale, si l'équité l'y invite.

En outre, l'action *ex stipulatu* est *certa*, c'est-à-dire a pour objet une somme fixe, ordinairement le double, quelquefois le triple ou le quadruple du prix; le juge ne peut rien ajouter ou retrancher; cette voie procure donc un bénéfice ou fait subir une perte à l'acheteur, selon que le montant de sa stipulation s'élève au-dessus ou reste au-dessous de l'intérêt qu'il avait à n'être pas évincé. Au contraire, par l'action *empti*, l'acheteur obtient exactement *id quod interest*, la réparation du préjudice causé par l'éviction. En conséquence, il recouvre d'abord la valeur de la chose à cet instant, valeur inférieure ou supérieure au prix de vente. De plus, il a droit à la valeur des fruits et de toutes les acquisitions par lui réalisées à l'occasion de la chose, et que l'éviction lui enlève. Enfin le vendeur devra lui rembourser les impenses qu'il n'aura pu, suivant les principes généraux, réclamer au propriétaire (L. 8; L. 70, D.

De evictionibus, 21-2 ; L. 45, § 1, D. *De actionibus empti*, 19-1 ; L. 9 ; L. 23, C. *De evictionibus*, 8-45) (1).

En deux mots, les réparations à donner sur l'action *empti* s'apprécient au jour de l'éviction, tandis que le juge de l'action *ex stipulatu* ne doit rien changer à la somme déterminée lors du contrat. Mais, en vertu des règles générales sur le concours des actions, l'acheteur reste maître, après l'action *ex stipulatu*, d'intenter l'action *empti* pour ce qu'elle fait obtenir de plus.

Quand la promesse du double est sous-entendue dans le dernier état du droit, l'action *empti* suffit à l'acheteur pour obtenir le double; mais il est toujours prudent de joindre à la vente une stipulation expresse ; car le silence pourrait passer pour une renonciation.

Eviction partielle. — L'action *ex empto*, ainsi que nous l'avons dit, est seule ouverte à l'acheteur évincé pour partie. L'éviction est-elle d'une part indivise (*pro indiviso*) ? l'indemnité se calcule *pro quantitate ;* par exemple, si cette part est d'une moitié ou d'un tiers de la chose, les dommages-intérêts seront d'une moitié ou d'un tiers de la valeur totale de la chose lors de l'éviction. Au contraire, est-elle d'une part divise (*pro diviso*) ? l'indemnité se calcule *pro qualitate*, c'est-à-dire en estimant la part évincée, comme si elle eût été vendue seule (L. 1, D. *De evictionibus*, 21-2. — *Conf.* C. C. art. 1636, 1637).

Garantie des servitudes passives. — Sans vendre la chose d'autrui, on peut vendre une chose grevée d'un ou de plusieurs droits réels au profit de tiers. Si le cas n'a pas été prévu dans le contrat, le vendeur doit-il garantie, par application des règles précédentes, au moyen des actions *ex empto vel ex stipulatu ?*

De graves difficultés se sont élevées sur la question, mais la négative est admise en principe, à moins : 1° que le vendeur n'ait expressément vendu un fonds comme franc et quitte de toute servitude prédiale, *uti optimus maximusque ;* 2° qu'il ne s'agisse

(1) Malgré les termes bien précis de la loi 70, D. *De evict.*, 21-1, nos anciens commentateurs et parmi eux, Dumoulin et Pothier avaient prétendu que l'acheteur, recourant en garantie par l'action *empti*, avait toujours droit à la répétition intégrale de son prix, alors même que la chose avait diminué de valeur au point d'être inférieure au montant du prix. Cette théorie manifestement erronée est passée dans le Code civil où, d'ailleurs, elle peut s'expliquer par les principes nouveaux qui régissent la vente française (Dumoulin, *De eo quod interest*, n°s 68, 69. — Pothier, *Vente*, n° 69. — *Conf.* C. C. art. 1630, 1631).

d'un de ces droits réels dont l'exercice supprimerait nécessairement la jouissance de l'acheteur ; comme un usufruit, une hypothèque, un droit de superficie ou d'emphytéose (L. 35, D. *De actionibus empti*, 19-1 ; L. 34, § 2 ; L. 62, § 2 ; L. 75, D. *De evictionibus*, 21-2. — *Conf.* C. C. art. 1638) (1).

Responsabilité pour vices de la chose. — L'ancien droit civil ne rendait le vendeur responsable que de ses déclarations formelles ; les jurisconsultes allèrent plus loin en décidant que le *venditor* serait tenu à raison de tous les vices connus de lui et qu'il n'aurait pas déclarés. Cette législation notoirement insuffisante fut complétée par les édiles curules. Leur édit, restreint dans son texte aux ventes d'esclaves, de bêtes de somme et de troupeaux, fut étendu par l'interprétation à toute espèce de ventes immobilières ou mobilières (L. 1 ; L. 63, D. *De ædilitio edicto*, 21-1).

Trois grands principes s'en dégagent :

1° *Défaut de déclaration des vices graves.* — Le vendeur qui ne déclare pas les vices graves de la chose peut en être responsable. Cette responsabilité suppose que le vice existait avant la vente, n'a pas disparu depuis, et n'était ni apparent ni connu en fait de l'acheteur. Une fois encourue, sa responsabilité expose le vendeur à l'une ou l'autre de deux actions édilitiennes, qui ne peuvent se cumuler ; 1° l'une, appelée *redhibitoria*, tend à résoudre la vente, est éteinte au bout de six mois utiles, et s'épuise définitivement par son triomphe ; 2° l'autre, appelée *quanti minoris* ou *æstimatoria*, ne tend qu'à une diminution du prix ; elle dure une année utile, et se renouvelle librement à chaque découverte d'un nouveau vice. Il est clair qu'une aliénation totale ou partielle de la chose mettrait l'acheteur dans l'impossibilité d'exercer la première de ces deux actions (L. 31, § 16 ; L. 48, § 2, 5 ; L. 54, D. *De ædil. edicto*, 21-1).

Lorsque le vendeur a connu le défaut qu'il n'a point déclaré, la violation de son obligation *purgari dolo malo* investit en outre l'acheteur de l'action *empti*, par application des règles du droit civil sur la vente ; cette action a sur les deux précédentes l'avantage d'être perpétuelle. On finit par la donner même contre le vendeur de bonne foi, mais en la réduisant alors à la durée des actions édilitiennes (L. 2, C. *De ædilitiis actionibus*, 4-58).

2° *Promesse d'indemnité pour vices non déclarés.* — Le vendeur

(1) Nous dirons quelques mots de la garantie dans les ventes de créance lorsque nous aurons à traiter de la *cession des créances*.

est obligé de promettre indemnité pour tous les vices, connus ou ignorés de lui, qu'il ne déclare pas et qui sont indiqués dans l'édit des édiles, *cavere debet de his quæ in edicto ædilium continentur*. Le refus de cette promesse le placerait immédiatement sous le coup de l'*actio redhibitoria* pour deux mois continus, et de l'action *quanti minoris* pour six mois continus. Quand la promesse est faite, l'acheteur a le choix entre les actions édilitiennes et l'action *ex stipulatu*. Celle-ci lui assure dans tous les cas une indemnité complète, et, dans le cas particulier d'une vente d'esclaves, le double du prix comme s'il y avait éviction. Rien ne prouve que cette dernière décision ait été généralisée (L. 28; L. 58, § 1, D. *De ædilitio edicto*, 21-1).

3° *Déclarations faites par le vendeur*. — Quant aux déclarations et promesses que le vendeur aurait spontanément faites à propos des vices ou qualités de la chose, il va de soi que le droit civil l'en a toujours reconnu responsable. Les édiles donnèrent également à l'acheteur les actions *redhibitoria* et *quanti minoris*, lorsqu'il les préférait à l'action *empti* (L. 18; L. 19, § 2, D. *De ædilitio edicto*, 21-1. — *Conf.* C. C. art. 1641-1649. — L. du 20 mai 1838).

§ II

Obligations de l'acheteur.

Paiement du prix. — L'obligation principale de l'acheteur est de payer le prix convenu. Mais ce payement ne consiste pas dans une simple remise des deniers, et nécessite absolument la translation de propriété. La dette de l'acheteur a donc pour objet un *dare*, *Emptor autem nummos venditoris facere cogitur*. Le payement doit se faire au lieu et à l'époque désignés dans le contrat (L. 11, § 2, D. *De act. empti*, 19-1; L. 1, pr. D. *De rerum permut.*, 19-4. — *Conf.* C. C. art. 1650, 1651).

De même que le vendeur n'est pas tenu de faire tradition à l'acheteur qui n'offre pas le prix, de même l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix au vendeur qui ne fait pas tradition; cette corrélation suppose, bien entendu, qu'un terme n'a pas été accordé à l'une ou l'autre des parties. En conséquence, chaque contractant jouit contre l'autre d'un droit de rétention (L. 13, § 8; L. 25, D. *De actionibus empti*, 19-1. — *Conf.* C. C. art. 1612, 1613).

Bien plus, le vendeur eût-il offert ou réalisé la tradition, l'acheteur qui a juste sujet de craindre une éviction peut refuser le

payement du prix. Si le danger provient de ce fait qu'un tiers est propriétaire de la chose, ou titulaire d'une servitude qui la grève, l'acheteur n'a la faculté de retenir le prix qu'en supposant ce droit du tiers déjà manifesté dans la pratique, *quæstione motâ*. Si le danger provient d'une hypothèque, l'acheteur peut refuser le prix jusqu'au dégrèvement. Du reste, tout au moins depuis une constitution de Dioclétien, le vendeur est maître d'obtenir le payement quand même, s'il fournit des garanties suffisantes (L. 5 ; L. 24, C. *De evictionibus*, 8-45. L. 18, § 1, D. *De periculo et commodo*, 18-6. — *F. V.* § 12. — *Conf.* C. C. art. 1653).

Si le vendeur avait livré la chose avant d'avoir été payé, il aurait en principe la revendication pour reprendre sa chose, car la tradition *venditionis causa* ne transfère la propriété qu'autant que le prix a été payé. Cependant dans le cas où le vendeur aurait suivi la foi de l'acheteur, par exemple en lui accordant un terme, il serait dépouillé de la propriété et n'aurait plus qu'une action personnelle et chirographaire, l'action *venditi;* il n'aurait même pas le droit de faire résoudre la vente pour défaut de payement, à moins qu'il n'ait eu le soin d'ajouter à la vente le *pactum legis Commissoriæ* dont il sera parlé plus loin (*Inst.* L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 41. — *Contra*, C. C. art. 1654 et s. — *Supra*, p. 160).

Obligations accessoires. — Outre son obligation essentielle, l'acheteur est tenu de quelques obligations accessoires qui se déduisent toutes de l'équité.

C'est ainsi qu'à partir de la vente, il doit l'impôt foncier et le remboursement des impenses faites de bonne foi par le vendeur. Depuis la tradition, il doit sans mise en demeure les intérêts du prix alors même que la chose ne produirait pas de fruits. Il doit enfin prendre livraison au jour indiqué, sinon le vendeur pourrait se libérer de la garde de la chose en consignant (*F. V.* § 2. — *Paul*, *S.* L. II, t. XVII, § 9. — L. 13, § 20, D. *De actionibus empti*, 19-1. — L. 13; L. 16, C. *De actionibus empti*, 4-49. — *Conf.* C. C. art. 1652).

TROISIÈME SECTION

La vente, comme la stipulation et tous les autres contrats, peut être pure et simple ou affectée de certaines modalités (*Inst.* L. III, t. XXIII, *De emptione*, § 4).

Les principales modalités qui peuvent être apposées à une vente sont : le terme, la condition suspensive et la condition résolutoire. Nous n'avons rien à dire du *terme*, il suffira de rappeler ici l'influence qu'il exerce sur l'effet translatif de la *traditio rei venditæ* (*Inst.* L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 41. — *Supra*, p. 160).

§ I

Vente sous condition suspensive.

Le propre de la condition suspensive dans la vente, comme dans le louage, c'est d'affecter nécessairement les deux obligations, ne fût-elle apposée qu'à l'une d'entre elles. Car il ne peut y avoir de vendeur sans acheteur, ni d'acheteur sans vendeur. Puisque les deux dettes se servent réciproquement de cause, toute condition suspensive les affecte ensemble, soit pour leur donner naissance en s'accomplissant, soit pour les annéantir dans leur germe en défaillant.

Pendente conditione, la vente sous condition suspensive ne produit aucun effet immédiat ; le vendeur ne livre pas la chose et l'acheteur garde son prix. Si même, la tradition intervenait alors, elle ne serait pas translative de propriété. Dans la même période l'acheteur n'usucaperait pas, et serait admis à répéter le prix qu'il aurait payé par erreur (L. 8, pr. D. *De periculo et commodo rei vend.*, 18-6).

Lorsque la condition s'accomplit, elle produit les conséquences générales qui nous sont déjà connues (*Supra*, p. 302). Mais faut-il, en vertu de son effet rétroactif, attribuer à l'acheteur les fruits que la chose a produits *pendente conditione?* Les textes les laissent formellement au vendeur, *fructus medii temporis venditoris sunt.* Cette décision n'a d'ailleurs rien de choquant; la rétroactivité de la condition accomplie amène bien à considérer, en droit, les rapports d'obligation comme noués dès l'origine ; mais elle n'empêche pas qu'en fait l'exécution n'en ait été reportée au temps de l'accomplissement. La rétroactivité n'est en effet qu'une fiction juridique, or, comme toutes les fictions, elle peut bien toucher aux droits, *res juris*, mais elle ne peut avoir aucune prise sur les faits, *res facti* (L. 8, D. *De periculo et com. rei vend.*, 18-6).

Les Institutes donnent, comme exemple de vente sous condition suspensive, la vente à l'essai, *ad comprobationem*, c'est-à-dire subor-

donnée à la condition que la chose vendue sera du goût de l'acheteur : une telle clause a son utilité pour les objets dont les qualités ou les défauts ne se manifestent pas à première vue. Il est probable qu'en fait la vente à l'essai fixait toujours à l'acheteur un délai pour se prononcer; sinon, il eût pu tenir indéfiniment le vendeur à sa discrétion. Mais l'absence de cette précaution annulait-elle le contrat? Bien que l'affirmative ne soit pas absolument certaine il est néanmoins permis de croire que l'indication d'un délai préfixe, d'un *certum tempus*, devait être indispensable (L. 7, D. *De contr. emptione*, 18-1. — L. 13, C. *De contr. empt.*, 4-38. — *Conf.* C. C. art. 1587).

§ II

Vente sous condition résolutoire.

Dans le langage des jurisconsultes romains, lorsque la vente est affectée d'une condition résolutoire, elle reste pure et simple, et les deux parties peuvent en poursuivre immédiatement l'exécution; la résolution seule est conditionnelle. *Pura emptio, quæ sub conditione resolvitur* (L. 2, D. *De in diem add.*, 18-2).

Principaux exemples. — Parmi les principaux exemples de conditions résolutoires dans la vente, on doit signaler : le *pactum displicentiæ*, le *pactum de retrò vendendo*, le *pactum addictionis in diem* et le *pactum legis commissoriæ*.

1° *Pactum displicentiæ*. — C'est là une nouvelle forme de vente à l'essai, qui subordonne le maintien du contrat à la condition que la chose vendue ne cessera pas de plaire à l'acheteur, dans un délai déterminé. *Si intra certum tempus res tibi displicuerit, res erit inempta.* Cette clause, plus souple que la législation des Édiles sur les vices de la chose vendue, dispensait l'acheteur de faire la preuve d'un vice quelconque (L. 3, D. *De contr. empt.*, 18-1. — L. 4, C. *De ædilitiis actionibus*, 4-58) (1).

2° *Pactum de retrò vendendo*. — Cette clause, qu'il ne faudrait pas confondre avec le *pactum præemptionis*, constitue une véritable condition résolutoire et non pas simplement une revente. Le réméré

(1) C'est une question discutée que celle de savoir si l'indication d'un délai préfixe était nécessaire dans le *pactum displicentiæ*; on doit probablement admettre l'affirmative pour que l'acheteur ne soit pas tenu sous une condition potestative de sa part (*Contrà*, L. 31, § 22, D. *De ædil. edict.*, 21-1).

permet en effet au vendeur de résoudre le contrat et d'exiger la restitution de sa chose, dans un temps préfixe ou même quand il voudra, sous la seule charge de restituer lui-même le prix (L. 2, C. *De pactis inter.*, 4-54. — *Conf.* C. C. art. 1659-1673) (1).

3° *Addictio in diem.* — Cette clause réserve au vendeur la faculté de vendre la chose à tout autre acheteur qui, dans un délai déterminé, lui proposerait de meilleures conditions, telles qu'un prix plus élevé, un terme plus proche, des garanties plus sûres, etc. Le *pactum addictionis in diem* n'opère pas de plein droit, car le vendeur peut refuser les offres nouvelles, et l'acheteur, s'il lui convient de les réaliser lui-même, est maître de conserver la chose ; mais il ne la conserve qu'en vertu d'un titre nouveau, d'une seconde vente (L. 2 ; L. 4, § 5 ; L. 5 ; L. 6 ; L. 7, D. *De in diem add.*, 18-2).

4° *Lex commissoria.* — Le *pactum legis commissoriæ* est une clause par laquelle les contractants conviennent que la vente sera résolue, si l'une des parties contrevient à son obligation. Dans l'usage, on la fait le plus souvent au profit du vendeur ; elle lui donne le choix de résoudre le contrat, ou de l'exécuter en poursuivant le prix ; son option est irrévocable, une fois manifestée par une action en justice. Cette condition résolutoire n'est jamais sous-entendue de plein droit au profit du vendeur, comme en droit français, elle doit être formellement inscrite dans le contrat (L. 2 ; L. 4, § 2, 4, D. *De lege commiss.*, 18-3. — *Conf.* C. C. art. 1184, 1654) (2).

Effets de la condition résolutoire. — Lorsque la condition résolutoire vient à défaillir, le contrat reste définitivement pur et simple. Mais s'accomplit-elle au contraire? alors de deux choses l'une, ou bien le contrat n'avait pas reçu d'exécution, et les obligations qu'il a produites sont désormais éteintes ; ou bien l'exécution avait précédé la résolution, et ce dernier cas, plus ordinaire que les autres, soulève une triple question. Que deviennent les obligations mises à la charge des parties? Qu'arrive-t-il de la propriété transférée à la suite du contrat? Que devient la possession de la *res vendita* ?

I. *Effets de la condition résolutoire accomplie sur les obligations.*

(1) Le Code civil exige que la clause de réméré soit stipulée pour un terme n'excédant pas cinq années (C. C. art. 1660).

(2) Les interprètes controversent le point de savoir si la *lex commissoria* ne peut pas être ajoutée à la vente sous forme de condition suspensive (L. 1, D. *De lege commissoriâ*, 18-3 ; L. 38, § 2, D. *Ad legem falcid.*, 35-2 ; L. 2, § 3, D. *Pro emptore*, 41-4).

— L'accomplissement de la condition résolutoire oblige les parties à faire disparaître tous les effets de la vente.

L'acheteur doit donc restituer la chose, *rem*, avec ses accessoires, *cum omni causâ*. Les accessoires comprennent ici : 1° tous les bénéfices procurés à l'acheteur par la vente, notamment les fruits qu'il a perçus depuis la tradition et les actions qu'il a pu acquérir à l'occasion de la chose ; 2° le préjudice quelconque qu'il a causé au vendeur, par exemple les détériorations provenues de son fait (L. 4, § 4 ; L. 6 ; L. 14, § 1, D. *De in diem addict.*, 18-2).

De son côté, le vendeur doit la restitution du prix ou de la portion qu'il en a touchée, et le remboursement des impenses nécessaires régulièrement faites par l'acheteur ; peut-être doit-il aussi le remboursement des impenses utiles, au moins dans la mesure de la plus value. Quant aux intérêts du prix, il en est certainement redevable, malgré le silence des textes; ces intérêts, en effet, représentent l'équivalent des fruits qui lui reviennent. Exceptionnellement, si la vente est résolue en vertu d'une *lex commissoria*, le vendeur ne rend rien ; car la résolution n'est imputable qu'à l'acheteur, dont on adoucit alors la situation rigoureuse en le dispensant de la restitution des fruits (L. 16, D. *De in diem addict.*, 18-2 ; L. 4, § 1 ; L. 6, D. *De lege commiss.*, 18-3).

Pour la poursuite de ces obligations réciproques les contractants furent toujours munis de la *condictio sine causâ* fondée sur ce que les prestations faites en vertu de la vente étaient devenues sans cause (L. 1, § 2, D. *De cond. sine causâ*, 12-7).

Mais bientôt, on reconnut la nécessité d'accorder aux parties une action contractuelle plus large dans ses effets et plus souple dans son application. Seulement les deux Écoles ne s'entendirent pas sur l'action qu'il convenait d'accorder. Les Sabiniens donnaient l'action même de la vente, *empti* ou *venditi ;* ils la fondaient sur le principe que tout pacte, fait au moment de la formation d'un contrat de bonne foi, en devient partie intégrante et participe à sa force obligatoire, fût-ce pour le dissoudre. Les Proculiens, fidèles à leur tendance accoutumée, donnaient l'action *præscriptis verbis*, car pour eux la vente, une fois résolue, laissait apparaître à sa place un contrat innommé, qui s'était formé par une aliénation consentie sous la charge d'une retranslation ultérieure. La controverse fut tranchée par Alexandre Sévère qui laissa aux parties le choix entre ces deux sortes d'actions (L. 6, § 1, D. *De contr. empt.*, 18-1 ; L. 4, D. *De*

lege comiss., 18-3 ; L. 6, D. *De rescind. vend.*, 18-5. — L. 2, C. *De pactis inter empt.*, 4-54).

II. *Effets de la condition résolutoire sur la translation de propriété.* — La condition résolutoire peut, en s'accomplissant, faire disparaître le contrat et anéantir les obligations qu'il avait engendrées, mais elle ne peut en principe exercer aucune influence sur le transfert de propriété qui a eu lieu à titre de vente. Aussi tant que l'acheteur n'a pas exécuté son obligation de restituer la chose, il en reste propriétaire, et le vendeur n'en recouvre pas la propriété par le seul accomplissement de la condition résolutoire.

C'est l'application de la grande règle du pur droit romain, que la propriété ne peut être transférée *ad tempus* (*Suprà*, p. 142).

Cette ancienne doctrine, en n'ouvrant au vendeur qu'une action de créance, l'exposait à de graves inconvénients. Car il se trouvait désarmé contre les constitutions de droits réels ou les aliénations consommées par l'acheteur sur la chose ; fût-elle même restée libre dans ses mains, ce dernier pouvait être insolvable, et le vendeur subissait alors la nécessité de venir en concours avec d'autres créanciers sur le prix de son bien. Aussi, vers la fin de l'époque classique, deux jurisconsultes proposèrent-ils, au cas où la condition résolutoire était établie dans l'intérêt du vendeur, de tenir la propriété pour résolue de plein droit en même temps que la vente et d'accorder au vendeur une action *in rem* pour reprendre la chose entre les mains des tiers détenteurs. Ulpien se fit le champion, timide encore, de cette innovation, qui n'avait pas été complétement étrangère à Marcellus ; mais cette théorie était trop contraire aux principes pour prévaloir immédiatement ; elle fut condamnée par les rescrits impériaux et notamment par une constitution de Dioclétien. Cependant, elle finit par triompher dans le dernier état du droit, et Justinien, plus hardi que ses devanciers, n'hésita pas à sacrifier le rigorisme du droit civil à l'intérêt des parties et à leur intention bien évidente. Aussi décida-t-il que l'accomplissement de la condition résolutoire ferait revenir *ipso jure* la propriété de la tête de l'acheteur sur la tête du vendeur (L. 41, D. *De rei vind.*, 6-1 ; L. 29, D. *De mortis causâ donat.*, 39-6 ; L, 4, § 3, D. *De in diem add.*, 18-2. — *F. V.* § 283. — L. 2, C. *De donat. quæ suo modo*, 8-55).

Dès lors, par cela seul que la condition résolutoire s'est accomplie, l'acheteur perd la propriété, le vendeur la recouvre, et l'ac-

tion en revendication passe du premier au second. Ce résultat s'opère d'ailleurs sans effet rétroactif ; cette remarque n'intéresse aucunement les actes faits par l'acheteur, qui sont en toute hypothèse effacés du même coup que sa propriété ; car il n'a pu transmettre plus de droit qu'il n'en avait. Le défaut de rétroactivité signifie seulement que les aliénations totales ou partielles, consenties par le vendeur depuis la tradition jusqu'à l'événement de la condition résolutoire, demeurent inefficaces (L. 4, § 3, D. *De in diem add.*, 18-2).

Il ne faut pas croire, du reste, que la nouvelle théorie ait supprimé pour le vendeur toute l'utilité de l'action personnelle *venditi* ou *præscriptis verbis*. D'abord la revendication n'appartient qu'au vendeur qui avait la propriété lors de la tradition ; car on ne concevrait pas qu'il redevînt propriétaire sans l'avoir jamais été ; cette restriction vise surtout l'hypothèse où l'acheteur a usucapé *pendente conditione*. Ensuite, la revendication ne saurait procurer au vendeur les restitutions ou les indemnités qui lui sont dues en vertu de faits antérieurs à la résolution ; les pouvoirs du juge de cette action ne remontent jamais au delà du jour qui a vu le demandeur acquérir ou recouvrer le *dominium*.

La retranslation *ipso jure* de la propriété ne s'attache avec certitude qu'à celles des conditions résolutoires qui sont consenties dans l'intérêt exclusif du vendeur, comme la *lex commissoria*, l'*addictio in diem*, etc. Il est seulement probable que les jurisconsultes l'étendirent aux conditions résolutoires dont les deux parties pouvaient se prévaloir. Mais il n'eût pas été logique d'en investir les résolutions organisées au profit de l'acheteur seul, et les textes résistent à cette extension (L. 3, D. *Quibus modis pignus*, 20-6).

III. *Effets de la condition résolutoire sur la possession.* — Le vendeur, redevenu ou non propriétaire par l'accomplissement de la condition, n'en a pas moins cessé de posséder pendant toute la durée de la possession de l'acheteur. D'un autre côté, l'acheteur n'a pu posséder pour le compte du vendeur, puisqu'il avait lui-même l'*animus domini*. De là sort un problème intéressant. Supposons qu'une usucapion, commencée par le vendeur avant la vente, n'ait pas été consommée par l'acheteur ; le vendeur demeuré de bonne foi la continue-t-il en reprenant la chose après la résolution ? en d'autres termes, peut-il joindre à sa possession actuelle la possession intérimaire de l'acheteur et son ancienne possession ? L'affirma-

tive était certaine dans le droit classique ; car le vendeur ne recouvrait la chose qu'en vertu d'une rétrocession, et dès lors avait envers l'acheteur la situation d'un ayant cause ; il suffisait d'appliquer ici les principes de l'*accessio temporis*. Dans le système nouveau, la réponse doit être la même ; car le vendeur invoquera les anciennes règles, puisque la résolution ne peut lui retransférer *ipso jure* une propriété qu'il n'avait pas lors de la tradition. Aussi Justinien a-t-il conservé la décision donnée par les jurisconsultes de l'époque classique (L. 19, D. *De usurp. et usuc.*, 41-3).

QUATRIÈME SECTION

RISQUES DANS LA VENTE.

La question des risques ne se comprend qu'à l'égard de la chose vendue, et dans l'hypothèse où la vente porte sur un corps certain (1). Cette question suppose, en effet, que la chose vendue a subi par cas fortuit ou force majeure une destruction totale ou partielle, dans l'intervalle de la vente à la tradition. On se demande alors si l'acheteur, qui ne reçoit rien ou qui ne reçoit qu'un objet détérioré, voit en retour sa dette du prix s'éteindre ou diminuer.

Il faut donc éliminer de la question des risques deux solutions qui lui sont étrangères : 1° si la perte provient de la faute du vendeur, il en est responsable comme gardien de la chose, et l'on connaît déjà l'étendue de cette responsabilité ; 2° si les contractants, par une convention formelle, ont mis à la charge du vendeur les cas fortuits ou de force majeure, leur volonté doit naturellement prévaloir ; c'est une clause de ce genre que prévoit Justinien, lorsqu'il dit que le vendeur peut aggraver sa responsabilité de droit commun, en promettant la *custodia* jusqu'à la tradition (*Inst.* L. III, t. XXIII, *De emptione*, § 3. — L. 35, § 1, D. *De cont. empt.*, 18-1. — *Suprà* p. 386).

En dehors de ces circonstances, sur qui pèsent les risques ? Le droit romain distingue suivant que la vente est conditionnelle ou suivant qu'elle ne l'est pas.

Ventes non conditionnelles. — Dans les ventes non conditionnelles, c'est-à-dire pures et simples ou à terme, les risques de la

(1) Si la vente s'appliquait à un genre ou à une quantité, la question des risques ne se poserait pas par suite de la maxime : *genera non pereunt*.

perte totale ou partielle sont pour l'acheteur, en ce sens qu'il devra quand même payer tout le prix. Telle est certainement la véritable doctrine romaine ; malgré quelques divergences moins réelles qu'apparentes, elle a pour elle les principes généraux et l'autorité des textes (*Inst.* L. III, t. XXIII, *De emptione*, § 3. — L. 5, § 2, D. *De rescind. vend.*, 18-5 ; — L. 11, pr. D. *De evictionibus*, 21-2 — L. 6, C. *De periculo et comm.*, 4-48. — *Conf.* C. C. art. 1138).

Il est facile de comprendre que l'acheteur subisse les risques de la perte partielle, parce qu'il avait la chance contraire de profiter, sans augmentation de prix, des améliorations et des accroissements survenus à la chose dans l'intervalle de la vente à la tradition ; on applique la règle : *Ubi emolumentum, ibi onus esse debet.* Quant aux risques de la perte totale, il les supporte pour une raison plus générale et qui s'applique aux deux cas : c'est que, s'il est nécessaire dans la vente que chacune des parties s'oblige pour obliger l'autre ; une fois les deux obligations formées, elles sont indépendantes et distinctes. Dans le cours de leurs destinées divergentes, celle de l'acheteur ne peut s'éteindre par la perte de l'objet, puisque *genera non pereunt ;* celle du vendeur, au contraire, est susceptible de ce mode d'extinction, puisque *debitor liberatur interitu rei debitæ* (1).

Il est évident d'ailleurs que si le vendeur est libéré de ses obligations par la perte fortuite de la *res vendita*, il doit au moins livrer ce qui lui reste de la chose ainsi que les actions qui ont pu naître à son occasion (L. 35, § 4, D. *De cont. emp.*, 18-1. — *Inst.* L. III, t. XXIII, *De empt.*, § 3 *in fine.* — *Conf.* C. C. art. 1303).

Ventes sous condition suspensive. — Si la vente est sous condition suspensive, et que la condition s'accomplisse, les risques de la perte survenue *pendente conditione* pèsent tantôt sur l'une, tantôt sur l'autre des parties.

L'acheteur supporte la perte partielle, en ce sens qu'il doit tout le prix, pour les motifs précédemment indiqués.

Mais la perte totale est à la charge du vendeur, en ce sens qu'il n'a pas droit au prix. Car, au moment où la condition s'est réalisée,

(1) On a objecté à cette doctrine : la maxime *res perit domino*, un texte d'Africain, la loi 33 D. *Locati* 19-2 et la loi 14, pr., D. *De periculo et comm.* 18-6. — Il suffit de répondre que la règle *res perit domino* n'est pas romaine ou que plutôt elle n'a pas le sens qu'on lui attribue. Le texte d'Africain s'explique par les principes spéciaux régissant la théorie de la confiscation. Quant à la loi 14, pr., D. *De peric.*, 18-6, elle suppose le vendeur en faute.

elle n'a pu, faute d'objet, donner naissance à l'obligation du vendeur ; par conséquent l'obligation corrélative de l'acheteur n'a pu se former, faute de cause. Opposer ici l'effet rétroactif de la condition serait une pétition de principe ; car, pour rétroagir, il aurait fallu que la condition pût se réaliser (L. 8, pr. D. *De periculo et commodo*, 18-6. — L. 14, D. *De novat.*, 46-2. — *Conf.* C. C. art. 1182).

Ventes sous condition résolutoire. — Quand la chose vendue sous condition résolutoire périt ou se détériore *pendente conditione*, et que la condition vient ensuite à défaillir, l'acheteur supporte indubitablement les risques ; car la vente est réputée avoir toujours été pure et simple dès l'origine, et le restera désormais sans retour. Il est non moins certain que, si la condition s'accomplit, le vendeur subit les risques de la perte partielle, et doit restituer tout le prix en échange de la chose diminuée qu'on lui rend.

Mais, dans le cas où la condition s'accomplit, la plupart des auteurs infligent à l'acheteur les risques de la perte totale. Cette doctrine s'appuie sur ce que la résolution ne peut plus s'opérer, attendu que la chose n'existe plus ; l'acheteur n'a plus dès lors aucun droit à retenir ou réclamer le prix. Le vendeur sous condition résolutoire, dit-on, est dans la même situation qu'un acheteur sous condition suspensive ; car l'un et l'autre sont créanciers conditionnels de la chose. En conséquence, le premier n'a pas à souffrir des risques plus que le second.

Ce raisonnement pèche par la base. Il part de ce principe inexact que la résolution de la vente est une revente ; mais ce principe n'est pas établi. Dans le cas de condition suspensive, il s'agit de former le contrat, et tout le monde comprend que la formation en soit impossible, s'il n'y a plus d'objet à l'avènement de la modalité. Dans le cas de condition résolutoire, il s'agit de détruire le contrat, et personne ne démontre que l'existence de l'objet soit indispensable à cette destruction. Assimiler les deux conditions suspensive et résolutoire, c'est exiger les mêmes éléments pour détruire un contrat que pour le faire naître.

De plus, si l'on se place au point de vue de l'intention des parties, il est clair qu'elles ont entendu revenir, par l'accomplissement de la condition résolutoire, à leur point de départ, qui était l'inexistence de la vente. Or, s'il n'y avait pas eu de vente, c'est manifestement au préjudice du vendeur que périrait la chose.

Enfin les textes ne laissent la perte totale au compte de l'acheteur qu'en l'hypothèse où cette perte entraîne de toute nécessité la défaillance de la condition résolutoire. C'est dire clairement que le vendeur la supporte dans les autres cas. Par conséquent et pour conclure, toutes les fois que la condition résolutoire s'accomplit, les risques de la perte totale ou partielle pèsent sur le vendeur, en ce sens qu'il est sans droit pour exiger ou conserver le prix (L. 2, § 1 ; L. 3, D. *De in diem add.*, 18-2 ; L. 2, D. *De lege commissoria*, 18-3).

APPENDICE

RESCISION DE LA VENTE POUR LÉSION.

On sait déjà qu'il n'y a pas de vente sans un prix réel et sérieux ; mais le prix sérieux ne doit pas se confondre avec le juste prix. Le prix n'est pas sérieux, *pretium verum*, quand il est fictif ou dérisoire, la vente alors ne prend pas naissance ; le prix n'est pas juste, *pretium justum*, quand il ne représente pas exactement la valeur de la chose vendue, cette circonstance n'empêche pas la formation du contrat. Il est donc possible qu'en dépit d'une inégalité profonde entre la valeur de la chose et le prix que l'acheteur en donne, c'est-à-dire nonobstant un prix vil, la vente reste valable.

Tantôt, en effet, le vendeur s'est volontairement contenté du prix vil. L'acte est alors vente et donation tout ensemble, et soumis aux règles qu'entraînent ces deux caractères ; mais il se forme, comme une vente, par le simple consentement entre toutes personnes réciproquement capables de se faire des libéralités (L. 38, D. *De contr. empt.*, 18-1).

Tantôt, au contraire, c'est par nécessité, et sous la pression d'un vif besoin d'argent, que le vendeur accepte le prix vil. L'acte est alors une vente sans mélange. Bien que le vendeur s'y trouve lésé, la législation classique ne lui a jamais permis de l'attaquer ; car le droit ne peut défendre aux contractants à titre onéreux de chercher à qui mieux mieux leur avantage dans le contrat, pourvu qu'ils s'abstiennent de dol ; les Romains appellent même *bonus dolus* l'habileté qui réussit à se procurer une bonne affaire juridiquement irréprochable.

Ces principes furent modifiés par Dioclétien ; cet empereur décida que, toutes les fois que le prix serait inférieur à la moitié de la valeur réelle de la chose, le vendeur pourrait obtenir la rescision du contrat

et recouvrer son bien, en rendant ce qu'il a reçu. L'acheteur échappe d'ailleurs à la rescision, s'il préfère payer tout le supplément du juste prix (1). On décide généralement que la rescision pour lésion d'outre-moitié s'applique indistinctement aux ventes de meubles aussi bien qu'aux ventes d'immeubles, bien que le rescrit de Dioclétien ne vise textuellement que la vente d'un fonds. Mais on n'a jamais songé à gratifier l'acheteur du droit à la rescision pour lésion, parce qu'on ne pourrait le fonder, à son égard, sur le même motif de détresse pécuniaire (L. 2; L. 8, C. *De rescind. vend.*, 4-44. — *Conf.* C. C. art. 1674-1685). (2)

CHAPITRE XXVI

LOUAGE.

(*Inst.*, L. III, t. XXIV, *De locat. conduct.*)

Le louage (*locatio-conductio*) est un contrat consensuel, nommé, synallagmatique parfait et de bonne foi, qui engendre pour l'une des parties, moyennant un prix en argent que l'autre doit payer, l'obligation de procurer à celle-ci la jouissance temporaire d'une chose, ou de lui fournir temporairement ses services, ou de faire pour son compte un ouvrage déterminé. Les textes l'appellent *locatio-conductio* pour faire entendre qu'à l'instar de la vente, il est complexe, crée des situations juridiques différentes pour chacune des parties et produit des engagements réciproques.

Le louage a d'ailleurs la plus grande analogie avec la vente, comme le constatent Gaius et Justinien ; mais il en diffère par ce point essentiel, qu'il n'y est jamais question de déplacer la propriété, *non solet locatio dominium mutare* (*Gaius*, III, 142. — *Inst.* L. III, t. XXIV, *De locatione*, pr. — L. 39, D. *Locati, conducti*, 19-2).

On distingue trois espèces de louages tirées de la nature de la prestation fournie en échange du prix : 1° le louage de choses, *locatio-conductio rerum;* 2° le louage de services, *locatio-conductio opera-*

(1) L'art. 1681 du Code civil autorise, dans ce cas, l'acheteur à retenir un dixième du prix total (*Contrà*, art. 891).

(2) Faut-il étendre le principe de la rescision pour cause de lésion à tous les contrats de bonne foi ? Le silence des textes et la nature tout exceptionnelle de la rescision pour lésion ne semblent pas justifier une pareille extension.

rum; 3° le louage d'ouvrage, *locatio-conductio operis* (*Conf.* C. C. art. 1713-1799).

§ I

Notions générales sur le louage.

On rencontre dans le louage les quatre éléments constitutifs qui figurent dans la vente : 1° le consentement des parties; 2° la capacité des contractants; 3° un objet possible et licite; 4° un prix (*merces*).

Les deux premiers éléments relèvent des règles générales applicables à tous les contrats ; l'objet sera étudié à propos de chaque espèce de louage; quant à la *merces*, il nous suffira d'indiquer les caractères qu'elle présente.

Cependant, il faut remarquer que certaines incapacités spéciales avaient été attachées par la loi romaine au louage de choses; c'est ainsi que le tuteur ou curateur ne peut prendre à bail les biens de l'empereur ou du fisc, avant d'avoir rendu ses comptes; les militaires ne sont pas admis à devenir fermiers de fonds de terre pendant la durée de leur service ; enfin les *curiales* ne peuvent pas devenir locataires d'immeubles (L. 49; L. 50, D. *Locati, conducti*, 19-2. — L. 30; L. 31; L. 35; C. *De Locato, conducto*, 4-65).

Caractères de la merces. — Les caractères de la *merces* du louage reproduisent ceux du *pretium* de la vente :

1° La *merces* doit consister en argent. Supposons que je vous laisse jouir de ma chose, à la condition que vous me laisserez jouir de la vôtre; cette convention n'est pas un commodat, puisqu'elle contient une rémunération; elle n'est pas un louage, puisque la rémunération n'y consiste pas en argent; elle constitue donc un contrat innomé et produit l'action *præscriptis verbis* (*Gaius*, III, 144. — *Inst.* L. III, t. XXIV, *De locatione*, § 2. — L. 17, § 3, D. *De præscr. verbis*, 19-5).

2° La *merces* doit être réelle et sérieuse, *vera*. Si la *merces* était fictive, il n'y aurait pas louage, mais commodat ou donation, suivant l'hypothèse. La rescision pour cause de lésion serait d'ailleurs inapplicable ici et le louage serait valable quelle que fût la disproportion entre la prestation et le prix (L. 23; L. 46, D. *Locati*, 19-2).

3° La *merces* doit être *certa*, dans le même sens que le *pretium*. Si les parties s'en remettent à l'arbitrage d'un tiers déterminé, Justinien reproduit la décision déjà donnée pour la vente, et subordonne

le louage à la condition que le tiers voudra et pourra remplir sa mission. Dans le cas où les parties conviennent de ne fixer le prix qu'une fois la jouissance finie ou le travail exécuté, il se forme, non pas un louage, puisque la *merces* n'est pas *certa*, mais un contrat innomé qui entraîne l'action *præscriptis verbis*. Il existe entre eux cette grave différence, que le louage serait obligatoire dès l'accord des volontés, et que le contrat innommé le devient seulement par l'exécution (*Gaius*, III, 143. — *Inst.* L. III, t. XXIV, *De locatione*, § 1).

Formation du louage. — Comme la vente, le louage se forme, en sa qualité de contrat consensuel, par l'accord des volontés sur l'objet des deux obligations, c'est-à-dire sur le prix et sur la *res locata;* il peut donc se former *inter absentes* par correspondance ou *per nuntium*.

Mais il faut étendre au louage les distinctions que fit Justinien entre les ventes par écrit et les ventes sans écrit (*Inst.* L. III, t. XXIV, *De locatione*, pr. — L. 17, C. *De fide instrum.*, 4-21. — *Suprà*, p. 383).

§ II

Louage de choses.

Il y a louage de choses, *locatio-conductio rerum*, lorsque l'une des parties livre à l'autre, en échange de la *merces* qu'elle reçoit, la jouissance temporaire d'une chose. La partie qui doit fournir la jouissance de la chose se nomme bailleur, *locator* ou *dominus;* on lui donne ce dernier nom alors même qu'il ne serait pas propriétaire; car on le répute tel dans ses rapports avec l'autre partie. Le preneur ou locataire s'appelle *conductor* en général, et spécialement *inquilinus* pour une maison, *colonus* pour un fonds rural.

Objet de la locatio rerum. — Ce louage peut avoir pour objet toute chose corporelle, immobilière ou mobilière, pourvu qu'elle soit dans le commerce et considérée comme corps certain. Parmi les choses incorporelles, les servitudes prédiales, l'usage, et jusqu'à Justinien le droit d'habitation, ne sont pas valablement loués à titre principal ; mais la location d'un immeuble comprend à titre d'accessoires les servitudes actives dont il est investi (L. 11, § 2, D. *Locati*, 19-2).

On ne peut devenir locataire de sa propre chose, à moins que le *locator* n'ait sur la chose un droit de possession ou de quasi-possession opposable au *conductor ;* tel est par exemple le cas de l'usu-

fruitier et du créancier gagiste (L. 20, C. *De locato, conducto*, 4-65).

Effets de la locatio rerum. — En l'absence de clauses qui règlent les obligations réciproques des parties, les effets du louage sont déterminés par l'usage et l'équité. Il engendre l'action *locati* en faveur du bailleur, l'action *conducti* en faveur du preneur; ces deux actions sont personnelles et de bonne foi.

Un principe applicable aux deux contractants, c'est qu'ils répondent de leur dol et de toute espèce de faute, considérée *in abstracto;* car ils sont l'un et l'autre intéressés au contrat (*Inst.* L. III, t. XXIV, *De locatione*, § 5. — L. 28, C. *De locato*, 4-65).

Obligations du locator. — Deux obligations principales grèvent le bailleur.

I. — La première et la principale, c'est de procurer au preneur la jouissance de la chose pour toute la durée du bail; il doit *præstare frui licere*, c'est-à-dire mettre le preneur en possession de la chose de manière à ce qu'il puisse en user et en percevoir les fruits. Le *conductor* gagne les fruits, comme l'usufruitier, par la perception : du reste, il importe peu qu'il jouisse par lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers; il lui est donc permis de sous-louer toutes les fois qu'une clause du bail ne s'y opposera pas (L. 6, C. *Locato*, 4-65. — *Conf.* C. C. art. 1717).

Cette obligation est fertile en conséquences. Car elle oblige le bailleur : 1° à livrer la chose avec ses accessoires; 2° à l'entretenir en bon état de réparations; 3° à dédommager le preneur des vices, ignorés ou connus du *locator*, qui mettent obstacle à sa jouissance; 4° à le garantir de toute éviction. Si le preneur est évincé, soit par un propriétaire antérieur au bail, soit en vertu d'une aliénation consentie par le bailleur depuis le contrat, il peut avoir le choix entre deux actions, ou l'action *ex stipulatu* avec ses conséquences rigoureuses, ou, dans tous les cas, l'action *conducti* qui lui fait obtenir la réparation complète du préjudice éprouvé, avec la décharge de ses propres engagements pour l'avenir (L. 7; L. 8; L. 9; L. 15, § 1; L. 19, § 2, D. *Locati*, 19-2. — *Conf.* C. C. art. 1719 et s.) (1).

(1) Le bailleur étant obligé de procurer au preneur la paisible jouissance de la *res locata* devrait évidemment s'abstenir de tous actes qui seraient de nature à troubler cette jouissance. Toutefois, si la maison louée avait besoin de réparations urgentes, le preneur serait obligé de les supporter sans indemnité pourvu qu'elles ne fussent pas de longue durée et que le trouble apporté à la jouissance ne fût pas excessif (L. 15, § 8; L. 27, pr. D. *Locati*, 19-2. — *Conf.* C. C. art. 1724).

II. — Le bailleur est encore tenu d'une seconde obligation plus accidentelle et moins importante que la précédente. Il doit en effet rembourser au preneur les impenses nécessaires ou utiles qu'il a faites sur la chose, à moins que le locataire ne préfère enlever les impenses utiles sans commettre aucune dégradation (L. 55, § 1, D. *Locati*, 19-2).

Obligations du conductor. — Le preneur supporte de son côté trois obligations.

I. — Il doit payer aux termes convenus la *merces*, qui prend ordinairement dans les textes le nom de *reditus* ou de *pensio* pour marquer qu'elle est payable périodiquement. Les colocataires d'une même chose, s'ils n'ont convenu que la dette se divisera entre eux, sont tenus *in solidum* (L. 13, C. *De locato*, 4-65).

II. — Le *conductor* doit, pendant tout le cours de sa jouissance, maintenir la destination de la chose et l'exploiter en bon père de famille ; sa responsabilité s'apprécie *in abstracto*. On en conclut notamment qu'il serait responsable des servitudes actives qu'il aurait laissé s'étendre par le non-usage (L. 11, § 2, D. *Locati*, 19-2. — *Conf*. C. C. art. 1768).

III. — Hormis le cas d'une perte fortuite, le preneur doit restituer la chose à la fin du bail ; il ne peut s'y dérober même en se prétendant investi du droit de propriété, qu'il sera libre d'invoquer seulement après la restitution (*Inst*. L. III, t. XXIV, *De locatione*, § 5 ; — L. 25, C. *De locato*, 4-65).

Risques dans le louage de choses. — La question des risques est loin de recevoir dans le louage la même solution que dans la vente ; car les obligations du vendeur et de l'acheteur, une fois constituées, deviennent étrangères l'une à l'autre, tandis que les obligations du bailleur et du preneur sont toujours dans un état de corrélation étroite et de mutuelle dépendance ; dès que l'une des obligations disparaît, l'autre s'éteint par voie de conséquence.

En effet, le bailleur n'a promis que la jouissance de la chose louée ; il est débiteur, non d'un corps certain, mais d'un *facere* et, dès lors, il ne peut se prévaloir de la maxime *debitor rei certæ interitu ejus liberatur*. Sans doute, si la chose louée vient à périr fortuitement, la continuation du fait dû se trouvera désormais irréalisable, et le bailleur n'en sera plus tenu. Mais, en revanche, il ne pourra plus exiger la continuation d'un salaire qui manquerait dorénavant de cause. Bref, du moment que l'obligation de

fournir la jouissance est successive, l'obligation de payer la *merces* l'est aussi, et les risques de la perte totale de la chose louée pèsent sur le bailleur. On va même jusqu'à permettre au preneur la répétition des termes payés d'avance (L. 19, § 6, D. *Locati*, 19-2).

Il faut régler de la même manière les risques de la perte partielle. Si quelque cause fortuite ou de force majeure diminuait sensiblement pour le locataire l'utilité de la jouissance, il aurait droit à une diminution proportionnelle du loyer. Tel est, dans un bail urbain, le cas où le *dominus* gêne le locataire par de grandes réparations. Tel est, dans un bail rural, le cas où la récolte d'une année se trouve, avant la perception, anéantie ou considérablement réduite ; seulement la remise n'est que provisoire en cette hypothèse, et si les récoltes suivantes compensent la perte, le preneur devra payer le terme dont il avait été momentanément déchargé (L. 15, § 2-7 ; L. 27, *pr.*, D. *Locati*, 19-2. — *Conf.* C. C. art. 1769-1771).

Fin de la locatio rei. — Remarquons d'abord que la *locatio rei* ne prend pas fin à la mort de l'une des parties contractantes; toutes les conséquences du bail se transmettent héréditairement (*Inst.* L. III, t. XXIV, *De locat.*, § 6. — *Conf.* C. C. art. 1742).

Ce contrat peut finir de six manières principales : 1° l'expiration du terme convenu ; 2° le mutuel dissentiment ; 3° la perte totale de la chose ; 4° l'aliénation de la *res locata* par le bailleur ; 5° la résolution du droit du *locator* ; 6° la sentence du juge.

I. — Le louage de choses cesse d'abord régulièrement par l'expiration du terme convenu. Si le preneur, à cette échéance, continue à jouir sans opposition du bailleur, cet assentiment réciproque engendre un nouveau bail, qu'on appelle *tacite reconduction*. Ce nouveau bail suppose évidemment que les parties se retrouvent capables de consentir, et que les mêmes conditions restent en vigueur. Cependant il diffère du précédent à deux égards : 1° pour les biens ruraux, la tacite reconduction est présumée d'un an, et s'achève au gré de chaque partie pour les maisons; 2° les sûretés réelles ou personnelles, que des tiers avaient pu attacher à l'ancienne obligation de l'un des contractants, ne garantissent pas l'obligation nouvelle (L. 13, § 11, D. *Locati*, 19-2. — L. 7, C. *De locato*, 4-65. — *Conf.* C. C. art. 1738, 1740) (1).

(1) La loi 13, § 11, D. *Locati*, 19-2, relative à la tacite reconduction des maisons, contient une phrase sans doute altérée et dont l'obscurité a donné lieu à de sérieuses difficultés d'interprétation.

II. — Le mutuel dissentiment, *mutuus dissensus*, peut également anéantir le louage, par application des principes généraux sur les contrats consensuels.

III. — La perte totale de la chose louée en faisant disparaître l'objet du louage en produit naturellement l'extinction.

IV. — La *locatio rei* prend encore fin lorsque le bailleur aliène la chose louée; ceci revient à dire que le tiers acquéreur n'est pas obligé de respecter le bail portant sur la chose qui lui a été vendue, à moins qu'il ne s'y soit engagé par une clause expresse. Cette décision conforme aux principes généraux ne s'appliquait pas aux baux consentis par le fisc ou par l'empereur (Loi *Emptorem.*, L. 9, C. *De locato*, 4-65. — L. 50, D. *De jure fisci*, 49-14; — L. 3, C. *De mancipiis*, 11-62. — *Contrà*, C. C. art. 1743).

V. — Le louage doit également tomber lorsque le droit du *locator* est résolu rétroactivement, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

VI. — Enfin la *locatio rei* peut s'éteindre par sentence du juge. La résolution judiciaire est prononcée à la requête du *conductor* ou du *locator*. Le locataire peut la demander lorsque sa jouissance est empêchée ou sensiblement diminuée par le fait du bailleur ou d'un tiers (L. 25, § 2; L. 33, D. *Locati*, 19-2).

Le bailleur peut de son côté faire résilier le bail lorsque le locataire commet des abus de jouissance ou reste deux années sans payer la *merces* (L. 54, § 1; L. 56, D. *Locati*, 19-2).

Une disposition curieuse de la loi romaine autorise même le *dominus* à demander la résiliation du louage dans le cas spécial où il aurait un besoin indispensable de la maison qu'il avait louée, pour l'habiter lui-même ou pour la rebâtir (Loi *Æde locata;* L. 3, C. *De locato*, 4-65. — *Contrà*, C. C. art. 1761).

Comparaison du louage et de l'usufruit. — La situation juridique du locataire offre plusieurs points de ressemblance avec la position de l'usufruitier. Par exemple, l'un et l'autre jouissent de la chose d'autrui, et les fruits ne leur sont acquis que par perception, tandis que le possesseur de bonne foi en devient propriétaire par la séparation (*Inst.* L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 36).

Mais de profondes différences sont à signaler :

1° L'usufruitier est investi d'un droit réel qui manque au *conductor;* en conséquence, il a contre les tiers une action réelle, il peut avoir des interdits quasi-possessoires, et ne redoute rien des

aliénations postérieures à la constitution de son usufruit. Ces avantages font défaut au preneur; si le bailleur aliène la chose après le louage, l'acquéreur est maître d'expulser le locataire, à moins d'avoir promis, par une clause formelle de son acquisition, de respecter le bail (L. 9, C. *De locato*, 4-65).

2° A l'inverse, le locataire est investi contre le *dominus* d'une créance qui manque à l'usufruitier. Par conséquent, ce dernier ne saurait exiger l'entretien de la chose, ni recourir pour éviction contre le nu-propriétaire à moins que l'usufruit n'ait été établi en exécution d'une obligation à titre onéreux. De plus, l'extinction de l'usufruit par la perte de la chose ne libère pas l'usufruitier des engagements qu'il a pris pour l'acquérir, etc. A tous ces points de vue, le *conductor* est plus favorisé.

3° L'usufruit peut se constituer par testament ou à la suite d'une convention ou d'un contrat; d'ailleurs il peut s'établir à titre gratuit. Le louage exige au contraire l'accord contractuel des volontés et ne peut pas être gratuit.

4° Enfin l'usufruit se termine nécessairement avec la vie de l'usufruitier; le droit du locataire est au contraire transmissible à ses héritiers (*Inst.* L. III, t. XXIV, *De locatione*, § 6. — *Conf.* C. C. art. 1742).

§ III

Louage de services.

Il y a louage de services, *locatio-conductio operarum*, lorsqu'une partie s'engage à fournir à l'autre des services, *operæ*, moyennant un prix en argent qui sera proportionné à l'importance et à la durée des services fournis.

La partie qui donne ses services et reçoit l'argent se nomme *locator;* celle qui paye est le *conductor*. Il existe donc une analogie profonde entre ce louage et la *locatio conductio rerum*, dont les principes généraux lui sont applicables. Indiquons-en seulement les particularités.

Objet de la locatio-conductio operarum. — Tout fait n'est pas susceptible de devenir l'objet d'un louage de services; par exemple, les textes en excluent les services de l'avocat, du professeur, du médecin, des nourrices, et permettent au contraire d'y comprendre les services d'un peintre; la réclamation des honoraires se

fera par l'action *præscriptis verbis* ou par une *cognitio extraordinaria* (L. 1, *De extra. cogn.*, 50-13).

La doctrine romaine paraît exiger quatre conditions pour que la *locatio operarum* soit possible : 1° le fait doit porter sur une chose corporelle, soit qu'il s'agisse de la toucher directement en vue d'une réparation ou modification, soit qu'il s'agisse de la garder, de la voiturer, etc. ; en conséquence, n'est pas un louage la convention de faire un voyage dans votre intérêt, moyennant salaire ; 2° le fait doit comporter une estimation précise ; ce caractère accompagnera d'habitude le précédent ; 3° le fait ne doit pas rentrer dans la sphère des actes juridiques ; ainsi, quand je vous charge d'affranchir un esclave, ou de postuler en justice pour moi, il peut y avoir mandat en l'absence de rémunération convenue, contrat innomé dans le cas de salaire ; mais il ne saurait y avoir louage ; 4° le fait ne doit pas s'appliquer à l'objet principal d'un autre contrat ; par exemple, quand un orfèvre s'engage à me fabriquer, pour un prix déterminé, des anneaux d'or ou d'argent dont il fournit lui-même la matière, y a-t-il vente du métal et louage du travail ? Des jurisconsultes le pensèrent, mais leur opinion fut repoussée, et l'on ne vit dans l'opération qu'un contrat unique, la vente (L. 5, § 2, D. *De præscrip. verb.*, 19-5 ; L. 20, D. *De cont. empt.*, 18-1 ; L. 5, D. *De condict. caus. dat.*, 12-4. — *Gaius*, III, 146, 147. — *Inst.* L. III, t. XXIV, *De locat.*, § 4).

Effets du louage de services. — Les obligations genérales d'exécuter les services, de payer la *merces*, et de répondre de toute espèce de faute restent dans la *locatio-conductio operarum* soumises aux principes du louage de choses. A titre de règle spéciale, il faut noter que le *locator* a le droit d'exiger la *merces*, alors même qu'un cas fortuit l'a empêché de fournir le travail convenu, et pourvu qu'il n'ait pas eu le moyen de s'indemniser en louant ailleurs ses services. En d'autres termes, les risques ne pèsent pas ici sur le *locator*, mais sur le *conductor ;* cette dérogation se fonde sur une évidente raison d'humanité (L. 19, § 9, 10 ; L. 38, D. *Locati*, 19-2).

Fin du louage de services. — La *locatio operarum* finit, comme le louage de choses, par le terme, le *mutuus dissensus*, la sentence du juge et par l'achèvement du travail convenu. Cesse-t-elle aussi par la mort du *locator operarum ?* Si nulle intention contraire ne ressort du contrat, l'affirmative doit prévaloir ; car le louage de

services étant intervenu le plus souvent *intuitu personæ*, la chose louée périt en quelque sorte avec la personne qui a loué ses services (*Conf.* C. C. art. 1780).

§ IV

Louage d'ouvrage.

Le louage d'ouvrage, *locatio-conductio operis*, n'est qu'une modification intéressante du louage de services. Il se produit dans le cas où l'une des parties s'oblige, moyennant une *merces*, à confectionner un ouvrage donné, *opus*, à réaliser une œuvre déterminée, par exemple, à construire une maison, à conduire un navire à tel endroit, à vendanger telle vigne, etc. Ce louage se rapproche de notre entreprise à la tâche ou à forfait (*Conf.* C. C. art. 1787-1799).

Terminologie. — Par une interversion bizarre, les Romains appellent ici *locator* celui qui paye la *merces*, et *conductor* celui qui la touche. Il n'est pas difficile d'assigner des motifs plus ou moins subtils à ce renversement de termes. On peut d'abord considérer ce que l'entrepreneur reçoit du propriétaire comme le prix de fruits civils qu'il a perçus et qu'il lui vend; telle serait la situation d'un fermier qui devrait dix écus d'or au bailleur, et qui lui vendrait, pour vingt écus d'or, les moissons récoltées ; c'estlui seul évidemment, quoique *conductor*, qui aurait à recevoir des deniers. On doit peut-être préférer une autre conjecture plus simple et toute de fait. Dans la *locatio operarum*, type principal du louage, le *conductor* ou locataire a la détention de la chose louée, que lui livre le *locator;* le même nom de *conductor* s'est étendu par inadvertance dans la *locatio operis*, à celle des parties que son travail met en contact avec la chose, et le nom de *locator* à celle qui s'en est matériellement dessaisie. Mais ni l'une ni l'autre de ces explications ne justifie la terminologie romaine, qui fait tache dans le langage ordinairement si pur et si précis des textes classiques.

Les jurisconsultes en étaient arrivés à s'égarer eux-mêmes dans ces appellations détournées du sens véritable. Ainsi, quand on charge des marchandises sur mon navire qui doit les transporter dans un certain lieu, suis-je *locator navis* ou *conductor mercium vehendarum?* faudra-t-il me poursuivre par l'action *conducti* ou par l'action *locati?* Labéon y perdit son latin, et se tira spirituellement

d'embarras en conseillant l'emploi de l'action *præscriptis verbis* (L. 1, § 1, D. *De præscriptis verbis*, 19-5).

Conditions, effets et fin. — Du reste, la confusion des noms ne trouble ni la distinction des rôles ni la netteté des droits et devoirs réciproques. La *locatio-conductio operis* relève des règles déjà tracées pour les conditions, les effets et la fin du louage de services. Toutefois, quand le *conductor operis* est empêché par un cas fortuit de terminer l'ouvrage, il ne semble pas avoir droit à la *merces* d'où il résulterait que les risques sont en principe pour l'entrepreneur de l'ouvrage (L. 30, § 3, D. *Locati*, 19-2).

Si le travail n'est payable qu'après l'achèvement complet, les risques pèsent jusqu'à la livraison sur le *conductor*. Si le travail est entrepris à tant la mesure, l'entrepreneur peut exiger qu'on prenne livraison, même avant la fin de l'entreprise, et les risques passent au maître pour toutes les portions déjà reçues, ou qu'il était en demeure de recevoir (L. 36 ; L. 37, D. *Locati*, 19-2. — *Conf.* C. C. art. 1789, 1790, 1791).

§ V

Superficie et emphytéose.

Le louage de choses offrant plus d'une analogie avec les droits de superficie et d'emphytéose, il convient de dire ici quelques mots de ces deux droits réels prétoriens.

Superficie. — Les Romains entendent par *superficies* toute construction élevée sur le sol ; dans le droit civil, elle appartient au maître du terrain, *omne quod inædificatur solo cedit*. Mais le préteur permet de faire échec à ce principe, au moyen d'un droit réel particulier que le propriétaire consent sur la *superficies*, et qui en prend le nom.

Constitution de la superficie. — Ce droit s'établit, soit à titre gratuit, par legs ou donation, soit à titre onéreux, par convention suivie d'une quasi-tradition. Au second cas, la rémunération peut consister dans un prix unique, ce qui assimile l'opération à la vente, ou dans une redevance périodique, *solarium*, *pensio*, ce qui nous rapproche du louage. Les termes de l'Édit ne prévoyaient d'ailleurs que ce dernier mode d'établissement (L. 1, D. *De superficiebus*, 43-18).

Effets de la superficie. — Le superficiaire est dans une situation mixte. A l'égard du propriétaire du sol, il est créancier par suite

de la convention ; il peut donc le poursuivre en garantie dans le cas d'éviction. Mais, à l'égard des tiers, il jouit d'un véritable *jus in re* pourvu que la concession lui ait été faite à long terme, *ad non modicum tempus*, il est alors armé contre tous du droit réel de superficie, productif d'une action *in rem utilis;* il a de plus la quasi-possession, avec l'interdit spécial *de superficiebus* (L. 1, § 1, 3, D. *De superficiebus*, 43-18).

Fin de la superficie. — Le droit de superficie s'éteint, comme le louage, par le *mutuus dissensus*, par l'arrivée du terme, par la ruine des édifices, par un défaut prolongé de payement du *solarium*, etc. Les constructions appartiennent au *dominus soli*, mais il doit probablement en payer la valeur.

Emphytéose. — Une autre convention, dont les caractères ne se distinguaient pas très nettement de ceux de la vente ou du louage, finit par constituer un contrat indépendant et distinct sous le nom de contrat emphytéotique.

Contrat emphytéotique. — Les cités Italiennes, Rome, et l'on peut dire en général les *universitates*, eurent de bonne heure l'habitude de donner à bail leurs immeubles; ces concessions étaient faites à perpétuité, ou du moins pour un terme fort long, ordinairement de cent ans. Les fonds ainsi affermés s'appelaient *agri vectigales*, parce que la redevance était nommée *vectigal* (L. 1 ; L. 2; L. 3; D. *Si ager vectigalis*, 6-3) (1).

Vers le règne de Constantin, au quatrième siècle de notre ère, le même mode d'exploitation fut étendu par les empereurs à leurs domaines privés, *fundi patrimoniales*, *fundi fiscales*, *fundi rei privatæ*. Les particuliers eux-mêmes finirent par l'adopter. Dans cette même période, se répandit et se généralisa le nom d'emphytéose, dont l'origine grecque (εμφύτεύειν) révèle l'objet et la destination de ces concessions appliquées à des terres qui ont besoin, pour être mises en valeur, que le cultivateur s'y attache et les cultive comme son bien propre (L. 3, § 4, D. *De rebus eorum*, 27-9. — L. 1; L. 2, C. *De fundis patrim.*, 11-61).

La convention d'emphytéose fut toujours considérée comme obligatoire; mais ce fut une question longtemps débattue que d'en pré-

(1) Les concessions vectigaliennes faites par Rome présentaient ce caractère particulier qu'elles étaient révocables *ad nutum*; les autres duraient au contraire tant que le vectigal était payé (L. 15, § 2, D. *De rei vind.*; 6-1; L. 11, D. *De evict.*, 21-2).

ciser la nature propre : était-ce une vente ? était-ce un louage ? Comme la vente, cette convention procurait à l'acquéreur un droit perpétuel et réel après la mise en possesssion ; comme le louage, elle ne rendait pas le concessionaire propriétaire et l'obligeait à payer, non pas un prix unique, mais une série de redevances périodiques. L'intérêt de la controverse offrait une grande importance, lorsque la chose venait à périr par cas fortuit ; s'il y avait louage, l'emphytéote ne devait plus rien ; s'il y avait vente, il devait continuer le payement des termes. Les jurisconsultes classiques, pour écarter cette dernière décision, inclinaient vers l'idée de louage (*Gaius*, III, 145).

A la fin du cinquième siècle, l'empereur Zénon trancha les doutes en faisant de l'emphytéose un cinquième contrat consensuel, bien individualisé. Il n'en traça ni les conditions ni les effets, qui ne soulevaient pas de difficultés dans la pratique. Il se contenta de décider qu'en l'absence de convention entre les parties, la perte totale serait à la charge du propriétaire ou concédant, comme dans la vente, et la perte partielle à la charge de l'emphytéote ou preneur, comme dans le louage. Le contrat était sanctionné probablement par les actions *locati et conducti*. Du reste l'emphytéote ne pouvait pas exiger l'entretien de la chose, et supportait l'impôt foncier (*Inst.* L. III, t. XXIV, *De locatione*, § 3. — L. 1 ; L. 2, C. *De jure emphyteutico*, 4-66).

Droit réel d'emphytéose. — Le contrat emphytéotique ne produit par lui-même que des obligations ; mais un droit réel de même nom résulte de la tradition qui le suit ou l'accompagne; le droit réel d'emphytéose peut encore s'établir par testament et même, d'après certains auteurs par *præscriptio longi temporis*. (L. 71, § 6, D. *De legatis* 1°, 30; L. 12, § 2, D. *De publiciana*, 6-2).

Entre autres avantages, ce droit réel procure à l'emphytéote contre tout le monde une action *in rem* utile et engendre, non plus la simple quasi-possession, mais une véritable possession protégée par des interdits. Les fruits lui sont acquis dès leur séparation, comme au possesseur de bonne foi (L. 15, § 1, D. *Qui satisdare cog.*, 2-8; L. 1, § 1, D. *Si ager vectigalis*, 6-3; L. 25, § 1, D. *De usuris*, 22-1).

L'emphytéote peut transmettre son droit, soit à titre universel dans sa succession, testamentaire ou *ab-intestat*, soit même à titre particulier par vente, donation ou legs. Dans le second cas, le

propriétaire a le choix entre deux partis. Ou bien il accepte l'aliénation et n'a plus désormais d'autre débiteur que le cessionnaire, qui est tenu de lui payer, en retour de son consentement, le cinquantième du prix ou de la valeur du fonds (*laudemium*). Ou bien il exerce un droit de préemption, c'est-à-dire reprend la concession et la pleine propriété en payant à l'emphytéote, soit la somme offerte par le tiers, soit peut-être, en cas de cession gratuite, la valeur estimative du fonds. Deux mois lui sont donnés pour faire son option, à partir de la notification des offres proposées à l'emphytéote. Ces règles de la transmission à titre particulier datent de Justinien (L. 3, C. *De jure emphyteutico*, 4-66).

L'emphytéose s'éteint par le mutuel consentement des parties, par la perte totale de la chose, par l'arrivée du terme et par l'usucapion accomplie au profit du concessionnaire. Le concédant peut encore faire tomber l'emphytéose en exerçant le retrait ou droit de *commise*, dans le cas où l'acquéreur à titre particulier ne paie pas le *laudemium*. Enfin, l'emphytéote peut être déchu de son droit, lorsqu'il a cessé de payer la redevance ou l'impôt foncier, pendant trois ans pour les biens ordinaires, pendant deux ans pour les biens ecclésiastiques (L. 2, C. *De jure emphyteutico*, 4-66. — Nov. 120, ch. 8) (1).

CHAPITRE XXVII

SOCIÉTÉ.

(*Inst.*, L. III, t. XXV, *De societate.*)

On définit la société : un contrat consensuel, nommé, synallagmatique parfait et de bonne foi, qui produit entre deux ou plusieurs personnes l'obligation de mettre en commun certaines valeurs, pour en retirer un bénéfice. Ce contrat n'atteignit jamais à Rome, les gigantesques développements qu'il a pris de nos jours, car les Romains ne connurent jamais les sociétés de capitaux (L. 63. pr. D. *Pro socio*, 17-2. — *Conf.* C. C. art. 1832-1873).

(1) Le Code civil ne parlant pas de l'emphytéose, c'est une question encore controversée parmi les auteurs que celle de savoir si ce droit réel existe en droit français. (*Conf.* C. C. art. 543).

§ I

Éléments constitutifs de la société.

Les éléments constitutifs de la société se divisent en éléments généraux applicables à tous les contrats, et en éléments spéciaux à la société.

Les éléments généraux exigés de tous les contrats sont : 1° le consentement des parties; 2° la capacité des contractants; 3° un objet licite et possible. Il est bien clair en effet que la société qui aurait un but illicite, contraire aux lois ou aux bonnes mœurs ne pourrait pas se former; *nulla societas ex maleficio.* (L. 57, D. *Pro socio*, 17-2).

La société requiert en outre deux éléments qui lui sont propres; il faut d'abord que tous les associés fassent un apport; il faut ensuite que tous les contractants aient l'intention de faire un bénéfice, qu'ils aient l'*animus lucri.* Dès que ces divers éléments se trouvent réunis, la société se constitue par cela seul que les parties sont tombés d'accord sur les apports respectifs, et sur la répartition des gains et des pertes; car la société étant un contrat consensuel, n'exige ni tradition, ni écrit, ni paroles solennelles. (L. 4, D. *Pro socio*, 17-2).

Apport. — La société ne saurait exister sans une mise à fournir par chacune des parties, et qu'on nomme l'apport. A défaut de cette base indispensable, l'acte constituerait une donation. Du reste, aucune égalité de valeur, aucune identité de nature n'est requise entre les apports. Ils se composent le plus souvent de choses corporelles, de droits réels ou de créances; mais il est assez fréquent qu'un associé n'apporte que son industrie, *industria*, son travail, *opera*, ou même son crédit et son nom, *gratia.* (*Gaius*, III, 149. — *Inst.* L. III, t. XXV, *De societate*, § 2. — L. 5, § 2; L. 80, D. *Pro socio*, 17-2).

Animus lucri. — La société suppose aussi de toute nécessité une idée de bénéfice, une communauté d'intérêts et d'efforts, dont le but ultérieur et définitif est un gain à répartir. Il n'importe aucunement que le fait trompe l'espérance des associés et leur inflige une perte; elle sera commune également. Mais le bénéfice poursuivi ne résulte pas toujours d'une spéculation commerciale; il peut tout aussi bien consister dans une diminution de frais procurée aux contractants par l'association; c'est ainsi que deux voisins font

valablement une *societas alicujus rei* pour la réparation d'un ruisseau commun qui les borne (L. 52, § 12; L. 67, D. *Pro socio*, 17-2).

C'est par cet *animus lucri* que le contrat de société se distingue clairement du simple état d'indivision, qui n'est qu'un résultat au lieu d'être un moyen, et qui a pour but immédiat le partage; il en sera traité plus loin.

Personnalité civile de la société. — On n'a donc nul besoin pour séparer le contrat de société du quasi-contrat d'indivision, de recourir à l'idée que la société forme une personne morale à Rome. La règle, c'est qu'une personne morale ne peut pas se constituer sans une autorisation législative; *neque societas, neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus haberi conceditur.* Or cette autorisation n'était accordée qu'à certaines sociétés qui touchaient à de grands intérêts publics, telles que les associations pour la perception des impôts, *sociétas vectigalis*, ou pour l'exploitation des mines ou salines, *argentifodinarum, aurifodinarum, salinarum.* Par conséquent, la personnalité manque en thèse générale aux sociétés romaines, et les textes où l'on a voulu puiser la doctrine contraire reçoivent une fausse interprétation ou se réfèrent aux cas exceptionnels, où la société revêt la personnalité juridique (L. 1, pr. D. *Quod cujuscumque*, 3-4; L. 65, § 14; L. 68, pr; L. 74, D. *Pro socio*, 17-2; L. 3, § 4, D. *De bon. poss.* 37-1; L. 22, D. *De fidejuss.*, 46-1. — *Conf.* C. C. art. 529) (1).

§ II

Diverses espèces de sociétés.

Les sociétés peuvent se diviser au point de vue de l'étendue du fonds social en sociétés à titre particulier et en sociétés à titre universel. (*Conf.* C. C. art. 1835).

Sociétés à titre particulier. — Le droit romain connaît trois sociétés à titre particulier, la société *alicujus negotiationis*, la société *alicujus rei* et la société *vectigalis*. (L. 5, pr; L. 7, D. *Pro socio*, 17-2).

I. — *Société alicujus negotiationis.* Elle a pour objet une série

(1) La question de savoir si une société forme ou ne forme pas une personne morale présente notamment deux intérêts pratiques. Si la société forme un *corpus*, le fonds social lui appartient en propre et les créanciers sociaux pourront se payer sur l'actif commun par préférence aux créanciers personnels des associés. Les conséquences inverses se produiront si la société ne constitue pas une personne juridique.

d'opérations du même genre rentrant toutes dans une branche déterminée d'affaires; telles sont les sociétés qui se forment entre banquiers, entre marchands d'esclaves, entre marchands de vins ou de blé (*Inst.* L. III, t. XXV, *De societate*, pr.).

II. — *Société alicujus rei.* — C'est la société restreinte à une seule opération, à l'exploitation d'un seul objet ou de quelques objets déterminés, par exemple, d'un esclave comédien, de la cargaison d'un vaisseau, d'une hérédité, etc. (*Inst.* L. III, t. XXV, *De societate*, § 6. — L. 52, § 6, D. *Pro socio*, 17-2. — L. 2, C. *Pro socio*, 4-37).

III. — *Société vectigalis.* — C'est la société formée entre les publicains ou fermiers d'impôts. Bien qu'elle ne constitue au fond qu'une sorte de *societas alicujus negotiationis*, les textes la classent à part, d'abord, parce qu'elle forme une personne morale, ensuite parce qu'elle présente certaines particularités qu'on relèvera bientôt (L. 3, D. *Pro socio*, 17-2; L. 1, § 1, D. *De publicanis*, 39-4).

Dans ces sociétés à titre particulier, le passif ou l'actif social ne comprend ni les pertes ni les bénéfices étrangers à ce qui est exploité.

Sociétés, à titre universel. — Les sociétés à titre universel sont au nombre de deux : la société de tous biens et la société d'acquets. (*Conf.* C. C. art. 1836).

I. — *Société totorum bonorum.* — Elle a pour objet la mise en commun de tous les biens présents et futurs des contractants, même de leurs acquisitions gratuites par legs ou donation, et du profit qu'ils peuvent retirer d'une action pénale. En revanche, si tel est son actif, elle a pour passif toutes les dettes présentes et futures des associés. On n'exclut de l'actif et du passif que les gains provenus ou les obligations résultées de faits illicites, par exemple, le profit ou la peine du vol, *quia delictorum turpis atque fœda communio est* (L. 52, § 16, 17, 18; L. 53-57, D. *Pro socio*, 17-2. — *Conf.* C. C. art. 1837, 1840).

Trois remarques importantes doivent être faites sur cette société.

1° La société *totorum bonorum* offre un moyen facile d'éluder la prohibition des pactes sur succession future, puisque l'associé en contractant une pareille société y fait tomber même les hérédités qui ne sont pas encore ouvertes à son profit (L. 3, § 1, D. *Pro socio*, 17-1. — *Contrà*, C. C. art. 1837).

2° Cette société, possible entre époux, leur permet d'établir une sorte de communauté et par conséquent de constituer un régime intermédiaire entre la constitution de dot, qui est dangereuse pour

la femme, et l'absence de dot, qui est onéreuse pour le mari (L. 16. § 3, D. *De alimentis legatis*, 34-1. — *Suprà*, p. 48).

3° Enfin, la société *totorum bonorum* rend indivis entre les associés, sans l'emploi d'aucune tradition, la propriété et les droits réels qui appartiennent à chacun d'eux lors du contrat. *In societate omnium bonorum, omnes res quæ coeuntium sunt, continuo communicantur*. C'est là une exception remarquable au grand principe romain, que les conventions ne transfèrent ni la propriété ni les autres droits réels. Elle est sans doute fondée sur la crainte que, par dol ou par oubli, quelqu'un des contractants ne comprenne pas tous ses biens dans la tradition; mais elle ne s'applique, ni aux créances, ni aux droits réels survenus dans la suite (L. 1, § 1; L. 2; L. 3, pr. D. *Pro socio*, 17-2. — L. 20, C. *De Pactis*, 2-3 (1).

II. — *Société omnium quæstuum*. Cette société comprend tous les gains réalisés par les associés, c'est une société universelle d'acquêts. Elle exclut tous les biens qu'ont les associés au moment du contrat, ou qui leur adviennent par la suite à titre gratuit; son actif ne comprend que le produit de leur travail, leurs acquisitions à titre onéreux dans le cours de la société, et les revenus des capitaux exclus. Le passif est correspondant, et n'embrasse que les dettes relatives aux acquisitions dont elle a le profit (L. 8-12. D, *Pro socio*, 17-2. — *Conf.* C. C. art. 1838).

Présomption légale. — Lorsque les parties n'ont pas indiqué l'espèce de société qu'elles forment, on présume la *societas omnium quæstuum*. D'une part en effet la société *totorum bonorum* aurait des conséquences trop graves pour qu'on pût la présumer; d'autre part, il est impossible de présumer une société à titre particulier puisque les parties n'ont pas déterminé quel serait le but de l'entreprise sociale (L. 7, D. *Pro socio*, 17-2. — *Conf.* C. C. art. 1839).

§ III

Effets de la société.

Les effets de la société prennent date au jour de l'accord des volontés, si les parties n'en ont reculé le point de départ. Ce contrat se prête en effet à toutes les modalités, y compris la condition; Justinien nous apprend qu'il y avait eu doute sur ce dernier point, et

(1) Il est incontestable, malgré l'avis contraire de certains commentateurs, que cette règle spéciale doit se restreindre aux sociétés universelles de tous biens.

qu'il juge bon de le trancher. Il est assez difficile d'expliquer la raison de ce doute ; d'ailleurs on peut induire d'un texte de Gaius que la même hésitation s'était produite pour l'admissibilité de la condition dans tous les contrats consensuels (*Gaius*, III, 146. — L. 1, pr. D. *Pro socio*, 17-2. — L. 6, C. *Pro socio*, 4-37. — *Conf.* C. C. art. 1843).

La société présente trois particularités : 1° Elle se forme *intuitu personæ*, ce qui veut dire que chaque associé en contractant prend en considération les qualités personnelles et les aptitudes de ses coassociés; on verra que ce point de vue n'est pas sans influence sur la dissolution de la société. 2° Elle établit entre les associés un lien si intime, qu'ils sont en quelque sorte considérés comme des frères; la bonne foi règne donc plus souverainement dans ce contrat qu'en tout autre, et nous aurons à tirer plusieurs déductions pratiques du beau principe d'Ulpien, *societas jus quodammodo fraternitatis in se habet*. 3° Enfin, la société n'est pas un contrat simple et qui se suffise à lui-même; c'est pour ainsi dire un contrat auxiliaire et mulliple, qui en prévoit et qui en prépare d'autres à passer avec des tiers, dans la vue du bénéfice poursuivi. (L. 63, D. *Pro socio*, 17-2).

Les effets de la société doivent s'envisager successivement dans les rapports respectifs des associés et dans les rapports des associés avec les tiers.

Rapports respectifs des associés. — Les associés ont tous le même nom et le même rôle; on ne distingue pas ici des situations diverses, comme dans la vente et le louage; aussi, la société n'engendre-t-elle qu'une seule action, l'action *pro socio*.

Deux obligations principales pèsent sur les associés; ils doivent réaliser l'apport promis et veiller aux intérêts sociaux.

1° *Réaliser l'apport.* — La première obligation de chaque associé c'est de réaliser l'apport. En laissant de côté la règle spéciale à la société *totorum bonorum*, on constate que cette obligation s'exécute par les procédés ordinaires, c'est-à-dire au moyen des modes d'acquérir pour les droits réels, de *procurationes in rem suam* ou de délégations pour les créances.

Il résulte de cette première obligation, que chaque associé doit garantie, soit de l'éviction totale ou partielle de ses apports, soit des vices qui en diminuent notablement l'utilité. Mais cette garantie ne saurait exister dans les sociétés à titre universel, qui portent

sur le patrimoine tel quel. De plus, elle n'a rien des effets de la *cautio duplæ* dans la vente (*Conf.* C. C. art. 1845, 1846).

Risques. — Pour trancher la question des risques, il faut distinguer suivant que l'apport porte sur un corps certain, sur la jouissance d'une chose, ou sur un genre. L'associé a-t-il promis un corps certain, il sera libéré par la perte fortuite de la chose promise, qu'elle ait péri avant ou après la réalisation de l'apport; les risques seront toujours pour la société, telle est du moins l'opinion généralement acceptée aujourd'hui, elle se base sur les textes et sur la situation juridique de l'associé qui est *loco venditoris*. L'associé a-t-il promis d'apporter la jouissance d'une chose, les risques seront pour lui; car son obligation analogue à celle du bailleur consiste en prestations *successives*, aussi la perte de l'objet en rendant cette obligation inexécutable, entraîne-t-elle la dissolution de la société. Enfin l'apport porte-t-il sur un genre ou sur une quantité, la perte survenue *ante collationem*, avant la réalisation de la mise, sera pour l'associé, survenue *post collationem*, elle rejaillira sur la société. (L. 58, pr. § 1, D. *Pro socio*, 17-2. *Conf.* C. C. art. 1851, 1867).

2° *Veiller aux intérêts de la société.* — A défaut de toute clause contraire, chacun des associés peut et doit veiller aux intérêts communs et gérer les affaires sociales. Cette gestion procure-telle des bénéfices, ils se répartissent entre tous. Entraîne-t-elle des pertes ou des dépenses, tous les associés solvables les supporteront. En conséquence, chaque *socius* doit communiquer à ses coassociés tous les bénéfices qu'il a réalisés à l'occasion de l'entreprise sociale de même qu'il doit se faire indemniser proportionnellement à raison des obligations qu'il a contractées *societatis causa* (L. 60. § 4; L. 61 ; L. 67, D. *Pro socio*, 17-2).

De là vient que les associés sont mutuellement responsables de leur dol et de leur faute. Bien qu'intéressés au contrat, ils ne répondent pas de la *culpa levis in abstracto*, mais seulement de la *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire de la faute qu'ils n'auraient pas commise dans l'administration de leurs propres affaires. Les principes généraux fléchissent ici devant le *jus fraternitatis*, et surtout devant l'idée que la chose sociale est aussi la chose de chacun. Il va sans dire d'ailleurs que l'associé coupable de dol ou de négligence ne pourrait pas compenser les dommages-intérêts qu'il doit de ce chef à la société avec les bénéfices qu'il aurait pu procurer dans d'autres affaires (L. 23, § 1, D. *Pro socio*, 17-2. — *Inst.* L. III,

t. XXV, *De societate*, § 9. — *Conf.* C. C. art. 1137, 1850).

Rapports des associés avec les tiers. — Le principe de la non-représentation par autrui ne permet pas de penser que les associés se représentent les uns les autres, dans leurs rapports avec les tiers. Dès lors, l'acte réalisé par un des associés ne rejaillit pas sur ses collègues; lui seul devient propriétaire ou possesseur, créancier ou débiteur, lui seul exerce ou subit l'action, sous la réserve de communiquer ensuite le résultat actif ou passif à ses coassociés, en vertu des obligations précédemment étudiées (L. 74; L. 82, D. *Pro socio*, 17-2. — *Conf.* C. C. art. 1859).

Lorsque les associés ont agi tous ensemble, la créance ou la dette se partage entre eux dès l'origine proportionnellement à l'intérêt de chacun dans la société, à moins que la corréalité ou solidarité n'ait été convenue. On a prétendu que dans ce cas, le partage devait se faire par tête, *pro parte virili;* mais, cette proposition est contredite par un texte précis de Paul. (L. 44, § 1, D. *De ædilitio edicto*, 21-1. — *Conf.* C. C. art. 1862, 1863). (1)

La théorie du mandat éclaircira cette situation, et donnera la clef de certaines exceptions qui furent apportées à ces règles générales par la jurisprudence civile ou prétorienne.

§ IV

Détermination des parts dans les gains ou les pertes.

La question du règlement des parts offre une importance spéciale. On distingue trois cas : suivant que la détermination a été faite par les associés, suivant qu'elle a été laissée à l'arbitrage d'un tiers ou suivant que le contrat de société garde le silence.

I. — *Règlement conventionnel.* — Si les associés ont fait des conventions sur ce point, il faudra les observer en principe (*Inst.* L. III, t. XXV, *De societate*, pr.)

Or les associés sont censés fixer les parts à supporter dans la perte, lorsqu'ils fixent les parts à revenir dans le gain, et réciproquement. (*Gaius*, III, 150. — *Inst.* L. III, t. XXV, *De societate*, § 3.)

Cependant les conventions des parties ne sont pas absolument libres et doivent respecter le *jus fraternitatis*. De là trois questions,

(1) Les règles seraient les mêmes si la société était représentée par un gérant *socius* ou non ; c'est sur la tête seul du gérant que se produisaient les résultats pratiques de tous les actes passés avec les tiers.

dont la dernière seule se résout par la négative : 1° Il fut toujours permis sans conteste aux associés de répartir inégalement les gains, pourvu que la même inégalité présidât à la répartition des pertes; c'est ainsi qu'un associé peut avoir deux tiers dans le gain et la perte, l'autre un tiers seulement. 2° Après controverse, il fut aussi permis aux associés d'établir une inégalité relative entre les parts dans les gains et les parts dans les pertes; par exemple, Titius et Séius peuvent, en s'associant, convenir que Titius aura deux tiers du gain, un tiers de la perte, et Séius un tiers du gain, deux tiers de la perte. On va même dans cette voie jusqu'à valider la clause qui attribue à l'un des associés une part dans le gain et l'affranchit de toute part dans la perte, à la condition qu'il ait apporté plus que les autres contractants en industrie, travail ou crédit. 3° Mais, il ne fut jamais permis aux associés de convenir que l'un d'entre eux ne participerait aucunement aux gains, *alter lucrum, alter damnum sentiret;* cette association prohibée reçut du jurisconsulte Cassius le nom qui lui est resté de société léonine (*Gaius*, III, 149. — *Inst.* L. III, t. XXV, *De societate*, § 1, 2. — L. 29, pr. § 1 2, D. *Pro socio*, 17-2. — *Conf.* C. C. art. 1855.

Une remarque essentielle, c'est que le gain ou la perte s'apprécie, non sur chaque opération bonne ou mauvaise, mais d'après le résultat définitif de l'ensemble des opérations sociales. On fait le compte général, la balance des affaires profitables ou désavantageuses ; la différence donne, soit un bénéfice net, soit une perte sèche, et c'est à cette différence qu'on applique les calculs précédents (*Inst.* L. III, t. XXV, *De societate*, § 2. — L. 30, D. *Pro socio*, 17-2).

En définitive, il est de l'essence du contrat que chaque associé ait une participation quelconque, sinon aux pertes, du moins aux bénéfices.

II. — *Règlement fait par un tiers.* — Les associés, au lieu de faire eux-mêmes et dans le contrat la détermination des parts dans les bénéfices et dans les pertes, ont pu convenir que ce règlement serait fait par l'un d'entre eux ou par un tiers.

Notons d'abord cette première différence qui sépare la société de la vente ou du louage, c'est que les parties ne pourraient pas abandonner à l'une d'entre elles la fixation du *pretium* ou de la *merces* tandis que rien ne s'oppose à ce que le règlement des parts sociales soit effectué par l'un des associés. Notons encore cette autre diffé-

rence qui découle de la première c'est que, tandis que la décision du tiers chargé de fixer le prix dans la vente ou dans le louage est absolument inattaquable, celle de la personne qui procède à la détermination des parts sociales peut au contraire être réformée par le juge saisi de l'action *pro socio,* toutes les fois qu'elle sera évidemment contraire à l'équité. (L. 6; L. 76-80; D. *Pro socio*, 17-2. — L. 15, C., *De cont. empt.*, 4-35. — *Conf.* C. C. art. 1854).

II. — *Règlement légal.* — Si les contractants ne se sont pas expliqués, ils prendront tous des parts égales dans le gain et la perte. Il ne s'agit pas ici d'une égalité proportionnelle aux mises, comme on l'a prétendu à tort, mais d'une égalité arithmétique et absolue. *Si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit æquales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur.* Les textes sainement interprétés ne peuvent laisser aucun doute à cet égard; d'ailleurs, cette règle n'a rien d'injuste ni d'illogique; en gardant le silence sur le règlement des parts, les associés reconnaissent eux-mêmes l'équivalence de leurs apports. Il serait de plus très difficile, lors de la répartition, d'apprécier exactement la différence entre les mises effectuées depuis longtemps peut-être. Enfin, la loi romaine n'ayant pas évalué l'apport en industrie, ce que le Code civil a pris soin de faire, il serait complètement impossible de faire dans ce cas une répartition proportionnelle (*Inst.* L. III, t. XXV, *De societate,* § 1. — *Gaius*, III, 150. — L. 5, ℰ 1; L. 29; L. 80, D. *Pro socio*, 17-2. — *Contrà*, C. C. art. 1853).

§ V

Dissolution de la société.

La société dissoute ne produira plus d'effets à l'avenir; mais les effets produits dans le passé restent irrévocables.

Cette matière est dominée par une règle capitale. Bien que la société soit un contrat à titre onéreux, elle se forme *intuitu personæ;* la loi s'inspire ici du fait, et reconnaît que les contractants ont mutuellement pris en considération leurs qualités et leurs aptitudes. Cette observation est fertile en conséquences.

Causes de dissolution. — On peut ramener à quatre principales les causes de dissolution : la société se termine *ex tempore, ex re, ex personis, ex voluntate* (L. 63, § 10, D. *Pro socio*, 17-2).

I. — *Ex tempore.* — La société finit ainsi par l'arrivée du terme

qu'ont fixé les contractants ; du reste, l'expiration du terme ne dissout pas *ipso jure* la société, elle permet seulement à chaque associé de se retirer impunément de l'association (L. 1, pr ; L. 65. § 6, D. *Pro socio*, 17-2. — *Conf.* C. C. art. 1865).

II. — *Ex re.* — La société se termine ainsi : 1° par tout événement qui rend impossible la continuation des opérations de la société, notamment par la perte fortuite du fonds social ; 2° par l'achèvement de l'entreprise ou de l'affaire qui avait déterminé la formation du contrat ; ce mode est spécial à la *societas unius rei* (*Inst.* L. III, t. XXV, *De societate*, § 6. — L. 63, § 10, D. *Pro socio*, 17-2. — *Conf.* C. C. art. 1845).

III. — *Ex personis.* — Toute circonstance qui supprime ou diminue la personnalité d'un associé fait disparaître la société, même entre les autres ; car la société qu'on forme avec tous, on ne la formerait peut-être pas avec chacun, ni même avec plusieurs séparément. En conséquence, la société prend fin : 1° par la mort ; 2° par toute *capitis deminutio* au temps classique ; mais la *maxima* et la *media* produisent seules ce résultat sous Justinien alors même qu'elles ne sont pas accompagnées de confiscation ; 3° par toute confiscation générale, même non accompagnée de *capitis deminutio* ; 4° par la *bonorum venditio* poursuivie au nom de l'État ou de particuliers, et sous Justinien par la *bonorum cessio* qui est une preuve manifeste de la déconfiture de l'associé (*Gaius*, III, 153. — *Inst.* L. III, t. XXV, *De societ.* § 5, 7, 8. — L. 63, § 10 ; L. 65, § 9, 12, D. *Pro socio*, 17-2).

De ces divers cas de dissolution, les trois derniers, à raison même de la déchéance d'état ou de la déconfiture qu'ils impliquent, n'ont pu faire dans le contrat l'objet d'une clause qui les prévît. Seulement, après la dissolution, un nouvel accord de volontés aura la force de ressusciter la société entre les mêmes personnes, si l'associé atteint est resté libre et capable de contracter (*Gaius*, III, 153, 154. — *Inst.* L. III, t. XXV, *De societate*, § 8, L. 52 ; L. 59. pr. D. *Pro socio*, 17-2).

Quant à la dissolution par la mort naturelle de l'un des contractants, rien n'empêche de la prévoir dans le contrat, et de convenir que la société persistera quand même entre les survivants. Mais on ne saurait décider à l'avance que les héritiers du prédécédé prendront sa place dans la société ; il répugne en effet à la nature de ce contrat d'admettre des inconnus. Du reste, il va de soi que les

héritiers de chaque associé succèdent toujours aux conséquences actives et passives de toute opération antérieure à la mort de leur auteur, ne se fussent-elles réalisées qu'après son décès (*Inst.* L. III, t. XXV, *De societate*, § 5, — L. 35 ; L. 37, D. *Pro socio*, 17-2. *Conf.* C. C. art. 1868). (1)

IV. — *Ex voluntate*. — La société se dissout par le *mutuus dissensus* de tous les associés, conformément au principe général des contrats consensuels, soit par la volonté d'un seul. Il faut alors que ce dernier fasse connaître son intention à ses coassociés, au moyen d'une signification que les textes appellent *renuntiatio*. Aucune clause contraire inscrite au contrat (*pactum ne abeatur*) ne peut supprimer ni suspendre l'exercice de cette faculté. La rupture du contrat en est toujours la conséquence (L. 14 ; L. 65, § 6. D. *Pro socio*, 17-2).

Mais la *renuntiatio* est parfois intempestive ou frauduleuse : 1° intempestive, *intempestive*, c'est lorsque je renonce, soit avant le terme fixé pour la dissolution de la société, et dont l'échéance m'aurait rendu la liberté sans risques, soit à contre-temps, c'est-à-dire dans un moment où la suppression de la société porte préjudice aux associés ; 2° frauduleuse, *callide*, c'est lorsque je renonce pour profiter seul d'une acquisition que je suis d'ores et déjà maître de réaliser. Dans ces divers cas, la *renuntiatio* dégage les associés envers le renonçant et ne dégage pas envers eux ; il devra donc, jusqu'au terme, participer à leurs pertes sans partager leurs gains, ou leur communiquer les avantages de l'opération qu'il voulait se réserver, et dont les conséquences mauvaises lui restent exclusivement propres. On dit alors que le renonçant *socios liberat à se, non se à sociis* (*Inst.* L. III, t. XXV, *De sociatate*, § 4. — L. 65, § 2, D. *Pro socio*, 17-2. — *Conf.* C. C. art. 1869, 1870). (2)

Conséquences de la dissolution. — A compter de la dissolution, les anciens associés n'ont plus rien de commun. C'est le moment de liquider leurs droits et dettes réciproques, et de procéder au

(1) La société *vectigalis* offre en ce point deux règles spéciales : 1° on y peut valablement convenir que la société continuera aves les héritiers d'un membre prédécédé ; 2° même en l'absence de cette clause, l'héritier du défunt devient *socius* dans un sens plus restreint ; il participe aux profits et pertes, mais est exclu de l'administration. (L. 59, pr. L. 63, § 8, D. *Pro socio*, 17-2).

(2) D'après Ulpien, la société se dissout encore *ex actione*. On doit conjecturer que cette expression trop obscure vise le cas où l'un des associés agit pour demander son compte, ce qui n'est au fond qu'une *renuntiatio*. (L. 63, § 10 ; L. 65, pr. D. *Pro socio*, 17-2).

partage, s'il y a des biens indivis. Deux actions principales sont dans ce but ouvertes aux associés : l'action *pro socio* et l'action *communi dividundo*.

Pro socio. — L'action *pro socio* est l'action personnelle et de bonne foi née du contrat de société; elle ne tend qu'à la poursuite des obligations qu'il a produites (*Suprà*. p. 423). Elle offre le double caractère spécial d'imprimer la note d'infamie au défendeur condamné, et de n'entraîner envers chacun des associés qu'une condamnation *in quantum facere potest ;* c'est le bénéfice de compétence fondé sur le *jus fraternitatis*, et dont il sera traité plus tard (*Inst.* L. IV, t. VI. *De actionibus*, § 38 ; t. XVI *De pœna temere litig.*, § 2).

Communi dividundo. — Quant à l'action *communi dividundo*, habituellement exercée après la dissolution, elle tend au partage des objets corporels qui sont en indivision, et subsidiairement au règlement des comptes qui peuvent s'y rattacher entre parties (L. 30; L. 38, § 1; L. 63, § 15, D. *Pro socio*, 17-2).

C'est une question irrésolue que de savoir si le partage embrasse les apports en propriété dans la même proportion que le gain, ou si les associés qui les ont faits peuvent en prélever la valeur sur la masse indivise du capital social et des bénéfices réalisés (L. 58, p. D. *Pro socio*, 17-2) (1).

Il est donc évident que les deux actions *pro socio* et *communi dividundo* dérivent des causes différentes et ne tendent pas aux mêmes fins. Aussi le choix n'en est-il pas facultatif, et l'une peut-elle survivre à l'autre (L. 1, D. *Communi dividundo*, 10-3 ; L. 43, D. *Pro socio*, 17-2)

CHAPITRE XXVIII

MANDAT.

(*Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*.)

On doit distinguer, dans le droit romain, la représentation par l'entremise de personnes *in potestate*, et la représentation par l'en-

(1) On conjecture que le prélèvemment des apports devrait être autorisé, par ce motif que les textes qui visent la règlementation des parts ne parlent jamais que des parts dans le gain et dans la perte *in lucro et in damno* ; c'est donc que le fonds social doit toujours se diviser proportionnellement aux apports.

tremise d'étrangers, *per extraneam personam*. La première pourrait s'appeler naturelle et la seconde artificielle. En laissant de côté la matière spéciale de la possession, où l'une et l'autre produisent des résultats identiques (*Suprà*, p. 151), on relève entre elles une différence capitale.

Le *paterfamiliâs* est juridiquement représenté par les personnes soumises à sa puissance. Comme on le sait déjà, cette règle signifie que toutes les acquisitions des individus *alieni juris* sont réputées émaner du maître ou du père, et qu'elles augmentent son patrimoine, même à son insu. Mais on ne va pas au delà, et les aliénations ou les obligations de ces mêmes individus ne l'engagent en principe que de son assentissement.

Au contraire, on n'est pas représenté juridiquement par un étranger. Tous les actes qu'il fait, soit pour acquérir, soit pour aliéner ou pour obliger, lui restent personnels dans leurs conséquences immédiates et directes. Au regard des tiers, c'est absolument comme s'il eût agi pour son propre compte, et lui seul existe à leurs yeux. Tel est le sens technique et la véritable portée du célèbre principe, tant de fois signalé jusqu'ici, de la non-représentation par autrui dans les actes juridiques.

Cette importante règle reçut des tempéraments progressifs ; mais comment s'expliquer l'existence d'une prohibition que ne connaît pas notre droit moderne et qui devait paraître bien gênante dans la pratique? On en peut donner un motif satisfaisant. Les Romains des premiers temps n'avaient guère d'autres occupations que les armes et l'agriculture; les transactions compliquées étaient rares, et pour les petites opérations ou les faciles négociations de la vie courante, ils avaient sous leurs mains un groupe de mandataires naturels, leurs enfants ou leurs esclaves. Dès lors ils sentaient peu le besoin de recourir à des représentants étrangers, et la vraie notion de la représentation ne devait pas venir au jour. Quant au tuteur, on a vu qu'à l'origine il exerçait la tutelle dans son propre intérêt plutôt qu'au profit du pupille ; il n'est donc pas étonnant qu'on ait arrêté sur sa tête les conséquences positives ou négatives des actes qu'il accomplissait lui-même par la *tutelæ gestio*, lorsqu'il ne lui convenait pas d'en attribuer la réalisation et les effets au pupille en personne, à l'aide de l'*auctoritas*.

La représentation *per extraneam personam* est *légale* ou *conventionnelle*. Légale, elle constitue la tutelle ou la curatelle, dont il

n'est plus question ici. Conventionnelle, elle constitue le mandat.

Le mandat, *mandatum*, est un contrat consensuel, nommé, synallagmatique imparfait et de bonne foi, par lequel une personne se charge envers une autre personne qui lui donne pouvoir à cet effet d'accomplir gratuitement une ou plusieurs affaires licites pouvant l'intéresser.

Celui qui se charge d'agir pour le compte d'autrui se nomme mandataire, *procurator* ou *mandatarius*. Celui qui charge le mandataire d'agir pour lui s'appelle mandant, *dominus*, *mandans* ou *mandator* (Conf. C. C. art. 1984-2010).

A l'exemple de la société, le mandat se forme *intuitu personæ*; il n'y a même pas de contrat où ce caractère soit empreint plus nettement (L. 1, § 4. D. *Mandati*, 17-1).

§ I

Éléments constitutifs du mandat.

Le mandat n'exige aucune condition spéciale de capacité ni de consentement (1). L'accord des volontés doit porter sur les éléments spéciaux qui vont retenir notre attention, il peut n'être que tacite. Aussi, intervient-il efficacement *ex post facto*, en ce sens que la ratification d'un acte accompli équivaut au mandat qui l'aurait précédé *ratihabitio mandato æquiparatur* (L. 60, D. *De regulis juris* 50-17).

Les deux autres éléments essentiels du mandat sont : 1° la gratuité ; 2° un objet possible et licite.

Gratuité. — Le mandat est essentiellement gratuit, comme le commodat et le dépôt. L'attribution d'un salaire attache à l'opération le caractère d'un louage ou d'un contrat innomé, selon qu'il s'agit d'un prix en argent ou d'un autre équivalent quelconque (*Inst.* L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 13).

Cependant, à l'époque classique, rien n'empêche le mandant de fournir au mandataire un don rémunératoire, qui se nomme *honor* et non *merces* ; lorsqu'il est convenu d'avance, la voie généralement ouverte pour l'exiger est une *persecutio extrà ordinem*. Il sera souvent très difficile de marquer, en fait, la limite entre le salaire,

(1) Le droit romain avait cependant établi plusieurs incapacités spéciales relatives à la *procuratio ad litens*, ainsi que nous le verrons sur la représentation judiciaire.

qui est proscrit, et le don rémunératoire, qui est permis (L. 7 ; L. 10, § 9. D. *Mandati*, 17-1, — L. 1, C. *Mandati*, 4-35. — *Conf.* C. C. art. 1986).

D'ailleurs, la gratuité ne signifie pas que le mandat doive préjudicier au mandataire. Par conséquent s'il a fait des avances pour l'exécution du contrat, il a droit au remboursement ; l'absence de cette faculté ferait de l'acte une donation (L. 20, pr. L, 36, § 1, D. *Mandati*, 17-1).

Objet du mandat. — Il est bien entendu que l'objet du mandat, le service rendu par le mandataire doit consister dans un fait naturellement et légalement possible ; sinon, le mandant n'aurait aucune action pour en exiger l'accomplissement et ne serait passible d'aucune poursuite en indemnité (*Inst.* L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 7. — L. 6, § 3, D. *Mandati*, 17-1).

Mais tous les faits naturellement et légalement possibles ne sont pas susceptibles de devenir l'objet d'un mandat ; ce contrat a sa sphère propre, assez voisine de celle du louage. En effet, il y a des services que la convention d'un salaire ne fait pas rentrer dans le louage, et dont la rémunération se réclame par une *persecutio extrà ordinem*. Ces mêmes services, rendus gratuitement, restent en dehors du mandat. Ce sont les services professionnels que les Romains considèrent comme inappréciables en argent, tels que ceux de l'avocat, du médecin, du professeur, de la nourrice, etc. ; tout au plus appartiennent-ils au domaine des contrats innomés (L. 5, § 2, D. *De præscript. verbis*, 19-5).

D'un autre côté, le mandat comprend des faits étrangers au louage ; tels sont tous les actes juridiques qui ne s'exécutent pas sur une chose corporelle. En définitive, le mandat peut avoir pour objet tout fait quelconque relatif à la gestion d'un patrimoine (*Inst.* L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 13).

§ II

Différentes espèces de mandat.

Le mandat comporte trois classifications fondées : l'une, sur la diversité des personnes que ce contrat peut intéresser ; la seconde, sur l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire ; la troisième, sur les modalités diverses qui peuvent affecter le mandat.

I. — Justinien fonde une première classification du mandat sur

la diversité des personnes qui peuvent s'y trouver intéressées. Le mandat est nul, en principe, lorsqu'il n'offre pas un intérêt au moins indirect pour le mandant.

Les Institutes distinguent, à ce point de vue, cinq espèces de mandat; car il peut se former dans l'intérêt : 1° du mandant; 2° du mandant et du mandataire; 3° du mandant et d'un tiers; 4° d'un tiers; 5° du mandataire et d'un tiers (*Inst.* L. III, t. XXVI, *De mandato*, pr., § 6, — L. 2, D. *Mandati*, 17-1).

Quatrième et cinquième hypothèses. — Éliminons d'abord la quatrième et la cinquième hypothèses. Intervenu dans l'intérêt exclusif d'un tiers, ou dans l'intérêt collectif du mandataire et d'un tiers, le mandat n'est pas efficace par le seul consentement. Il n'a que la valeur extra-juridique d'un conseil ou d'une recommandation, et les deux parties ne sont responsables que de leur dol. Mais du jour où ce mandat reçoit un commencement d'exécution, il devient valable et produit les actions *mandati;* car le mandant s'étant immiscé par le mandataire dans les affaires du tiers, se trouve *negotiorum gestor*, et conséquemment intéressé au plein achèvement de l'affaire entreprise (*Inst.* L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 6; L. 28, D. *De negotiis gestis*, 3-5).

Première et troisième hypothèses. — La première et la troisième hypothèses ne soulèvent aucune difficulté. Le mandat intervient dans l'intérêt exclusif du mandant, quand ce dernier vous charge par exemple de lui acheter un fonds, de le cautionner, etc. (*Inst.* L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 1).

Il intéresse à la fois un tiers et le mandant, quand ce dernier vous charge de vendre un fonds qui lui est commun avec le tiers, de cautionner une dette qui leur est commune, etc. (*Inst.* L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 4).

Deuxième hypothèse. — La deuxième hypothèse offre plus d'importance, à raison des trois exemples que nous donne Justinien du mandat conçu dans l'intérêt collectif du mandant et du mandataire : 1° Vous me donnez mandat de prêter de l'argent à intérêt, *sub usuris*, à un tiers qui l'emprunte pour faire vos affaires, *in rem vestram;* ce premier exemple ne présente aucune difficulté. 2° Un fidéjusseur donne mandat à son créancier de poursuivre à sa place le débiteur principal. L'avantage du mandant consiste à détourner la poursuite de sa tête, et l'avantage du mandataire à se réserver une action contre le fidéjusseur, en poursuivant le débiteur princi-

pal. Il faut se rappeler que Justinien fit disparaître à peu près ces deux intérêts, lorsqu'il modifia les anciens effets de la *litis contestatio* par une décision antérieure aux Institutes, et qu'il introduisit par une Novelle postérieure le bénéfice de discussion. 3° Vous me donnez mandat de stipuler d'un tiers, à vos risques et périls, ce que vous me devez. Votre avantage est d'échapper, pour toujours peut-être, à mes réclamations; le mien est d'avoir dorénavant deux débiteurs. Il y a là ce que nous étudierons plus tard sous le nom de délégation (*Inst.* L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 2) (1).

II. — Une seconde classification du mandat se tire des attributions qu'il donne au mandataire. On dit, en effet, que le mandat est *spécial* (*procuratio unius rei*), lorsqu'il se restreint à des affaires déterminées; les pouvoirs du mandataire sont alors indiqués et délimités par l'objet même de sa mission. Le mandat est au contraire *général* (*procuratio omnium rerum*), lorsqu'il embrasse la totalité d'un patrimoine.

La détermination des pouvoirs du mandataire, quoiqu'on ait pu dire, n'est et ne doit être, en principe, qu'une question de fait à résoudre d'après l'intention du mandant; ainsi le mandat général comprend certainement les actes d'administration, et peut comprendre les actes de disposition, au moins à titre onéreux. Cette extension est ordinairement présumée, si le mandant a conféré le mandat *cum libera adminstratione*. Mais il ne comprend jamais, sauf clause contraire, les pouvoirs de disposer à titre gratuit (L. 12, § 1, D. *De pactis*, 2-14; L. 60; L. 63, D. *De procuratoribus*, 3-3; *Inst.* L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 43. — *Conf.*, C. C. art. 1987, 1988).

III. — Enfin le mandat peut être ou pur et simple ou affecté de certaines modalités; ce contrat comporte en effet toutes les modalités de droit commun, telles que le terme et la condition (*Inst.* L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 12).

Toutefois, dans le droit classique, par application d'une règle générale que supprima Justinien, le mandat *post mortem mandantis* était nul, excepté dans les cas rares où il n'excluait pas toute possibilité d'action pour ou contre le mandant lui-même. Parmi ces

(1) On peut encore citer comme exemple de mandat intervenu dans l'intérêt du mandant et du mandataire, le mandat de faire adition que les créanciers héréditaires donnent à l'héritier externe; les créanciers échappent ainsi à la nécessité de procéder à la *venditio bonorum defuncti*, quant à l'héritier mandataire, il acquiert le droit, si l'hérédité est insolvable, de ne payer le passif que dans la mesure de l'actif successoral (L. 32, D. *Mandati*, 17-1).

cas figure l'hypothèse déjà signalée de l'*adstipulatio* qui accompagne une stipulation *post mortem stipulantis;* car l'*adstipulator* mandataire deviendrait passible d'un recours immédiat de son mandant, s'il consentait une acceptilation frauduleuse de la créance (*Gaius*, III, 100, 158; 215-216, —L. 12, § 17; L. 13, D. *Mandati*, 17-1) (1).

§ III

Effets du mandat.

Les effets du mandat se présentent sous deux faces, comme ceux de la société : 1° dans les rapports des contractants entre eux; 2° dans les rapports des contractants avec les tiers.

Rapports du mandant et du mandataire. — Le mandat oblige le mandataire *ab initio* et peut obliger le mandant *ex post facto.* S'il y a plusieurs comandataires ou comandants, ils sont codébiteurs solidaires (L. 59, § 3; L. 60, § 2, D, *Mandati*, 17-1, —L. 14, C. *Mandati*, 4-35. — *Conf.* C. C. art. 1995-2002).

Obligations du mandataire. — Le principe des obligations du mandataire, c'est que le mandat, une fois accepté, engage au plus haut degré son honneur et sa foi, *originem ex officio trahit* (L. 1, § 4, D. *Mandati*, 17-1).

Le mandataire est tenu de trois obligations principales; il faut en effet qu'il exécute le mandat, il faut ensuite qu'il réponde de son dol et de sa faute; il faut enfin qu'il rende compte de la mission qui lui a été confiée.

I. —Le mandataire doit d'abord exécuter le mandat, ou réparer le tort que l'inexécution cause au mandant. Qu'est-ce donc qu'exécuter le mandat? C'est suivre les intentions du mandant, c'est-à-dire accomplir la mission même qu'il a donnée, sans dépasser les conditions par lui fixées. En conséquence, le mandat reste inexécuté : 1° lorsque le mandataire s'est abstenu d'agir; 2° lorsqu'il a fait une affaire étrangère à son mandat; par exemple, chargé d'acheter l'esclave Stichus, il achète l'esclave Pamphile; 3° lorsqu'en faisant l'affaire indiquée dans le mandat, il est allé au delà des bornes qui lui étaient tracées; par exemple, chargé d'acheter une maison pour cent, il l'achète pour cent dix. Le mandant est-il alors obligé d'ac-

(1) Cependant, le mandataire judiciaire connu sous le non de *cognitor* ne pourrait être constitué ni à terme ni sous condition ; la nomination d'un *cognitor* comme tous les *actus legitimi* excluait les modalités expresses. (*F V.* § 318, 329.)

cepter l'opération, si le mandataire offre de la lui laisser au prix convenu et de garder l'excédant à sa charge? Il s'éleva sur ce point des controverses de détail à l'époque classique; mais Justinien les tranche par l'affirmative, pourvu cependant qu'il n'en puisse résulter aucun préjudice pour le mandant (*Paul*, S. L. II, t. XV, § 3, — L. 3, § 2; L. 5, pr., § 3, D. *Mandati*, 17-1, — *Inst.* L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 8. — *Conf.* C. C. art. 1991).

Du reste, s'il est incontestable que le mandant n'est jamais forcé d'accepter l'affaire telle quelle dans les deux derniers cas d'inexécution du mandat, il a souvent droit en outre à des dommages-intérêts; c'est lorsqu'il n'a pas été impossible au mandataire de rester dans les termes du contrat (L. 41, D, *Mandati*, 17-1).

II. — Le mandataire répond de son dol et même de sa *culpa levis in abstracto*, quoique désintéressé dans le contrat. Cette doctrine, longtemps contestée peut-être, finit par triompher et n'est plus discutable à partir de Dioclétien. Elle a pour raison d'être la confiance et l'affection que le mandat suppose entre les contractants, et qui imposent la plus exacte diligence (L. 23, D. *De regulis juris*, 50-17; L. 8, § 10, D. *Mandati*, 17-1, — L. 11; L. 13; L. 21, C. *Mandati*, 4-35. — *Conf.* C. C. art. 1992).

III. — Le mandataire doit enfin rendre compte, c'est-à dire transporter au mandant tous les bénéfices qu'a pu lui procurer sa gestion. S'agit-il d'un droit de propriété ou de tout autre droit réel, il les transfère au mandant par les modes d'acquérir ordinaires, tradition, mancipation, *cessio in jure*. S'agit-il d'un droit de créance, il s'en décharge pratiquement par une cession d'actions. Il doit les intérêts des sommes d'argent versées entre ses mains, lorsqu'il est en demeure de les restituer, ou qu'il les a placées *sub usuris*, ou qu'il en a fait usage à son profit (L. 8, § 10; L. 20; L. 45, § 4, D. *Mandati*, 17-1. — *Conf.* C. C. art. 1996).

L'exécution de ces obligations est poursuivie contre le mandataire par l'action *mandati directa* qui est infamante (L. 1, pr. D. *De his qui not. inf.*, 3-2).

Obligations du mandant. — Les diverses obligations qui pèsent sur le mandant proviennent toutes de cette idée que le mandataire, en rendant un service gratuit, ne doit pas subir de préjudice, *nemini officium suum damnosum esse debet* (L. 61, § 5, D. *De furtis*, 47-2).

Le mandant est en effet tenu des quatre obligations qui suivent :

I. — Il doit d'abord recevoir les objets acquis en exécution du mandat; car la garde en est lourde pour le mandataire (L. 12, § 9, D. *Mandati*, 17-1).

II. — Il doit, en second lieu, répondre de son dol et de sa *culpa levis in abstracto*, puisqu'il a tout l'avantage du contrat (L. 61, § 5, D. *De furtis*, 47-2).

III. — Il doit également rembourser au mandataire toutes ses dépenses légitimes, c'est-à-dire : 1° les impenses conformes aux termes du mandat, alors même qu'on aurait pu les réduire ou qu'elles ont cessé d'être fructueuses; 2° les impenses qui, non contraires à l'esprit du mandat, ont produit un bénéfice pour le mandant (L. 12, § 9; L. 46, D. *Mandati*, 17-1).

Mais en vertu d'une règle qui s'accorde mal avec son étroite responsabilité, le mandataire n'a pas droit, indépendamment de ses déboursés, à la réparation des pertes qui sont le résultat le plus direct de l'accomplissement du mandat; par exemple, si des brigands le dépouillent dans un voyage qu'il fait pour le mandant, ce dernier n'est pas tenu de l'indemniser (L. 26, § 6, D. *Mandati*, 17-1. — *Conf.*, C. C. art. 1999, 2000).

IV. — Le mandant doit enfin relever le mandataire de ses obligations régulièrement contractées. Il y parvient, soit en les acquittant lui-même, soit en procurant au mandataire sa libération par les procédés ordinaires de novation ou de constitut, soit en s'engageant, au moyen d'une stipulation, à garantir le mandataire contre toutes poursuites. En thèse générale, cette obligation et la précédente sont exigibles dans le cours du mandat, avant son entière exécution; mais, entre autres exceptions, le fidéjusseur ne peut recourir contre le débiteur principal qu'après l'avoir libéré en payant, ou simplement en subissant condamnation (L. 45, § 2-5, D. *Mandati*, 17-1. — *Conf.* C. C. art. 1998).

A raison de ces obligations, le mandant est passible de l'action *mandati contraria*, qui n'est pas *famosa*. On la donne même au mandataire qui se trouve, sans faute de sa part, dans l'impossibilité de mener jusqu'au bout son mandat (L. 56, § 4, D. *Mandati*, 17-1).

Rapports des contractants avec les tiers. — La règle de la non représentation par autrui offrait ici les mêmes inconvénients qu'en matière de tutelle; mais elle reçut dans le mandat des modifications plus profondes. Pour indiquer ces modifications, il est important de distinguer entre les droits réels et les droits de créance.

Droits réels. —Le mandataire ne peut aliéner un droit réel appartenant au mandant par les modes civils, *mancipatio*, *in jure cessio;* ils ne sont accessibles qu'au titulaire du droit. Mais pour les biens susceptibles de tradition, la situation change; car on sait que la tradition est régulièrement faite par quiconque y procède avec l'assentiment du maître, et dès lors elle procure au tiers la possession et la propriété (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 42, 43).

De même, le mandataire ne peut acquérir directement un droit réel au mandant. L'acquisition, interceptée pour ainsi dire, s'arrête sur la tête du premier, qui doit ensuite la retransférer au second. Ce système de la double translation a pour inconvénient principal de rendre possible la constitution de charges sur la propriété, pendant qu'elle réside entre les mains du représentant. Mais les biens susceptibles de tradition échappent encore à ce désagrément. Comme la possession s'acquiert valablement au moyen d'un tiers, le mandant devient possesseur par le fait du mandataire. Par suite, il obtient du même coup la propriété, si la chose est *nec mancipi;* quant aux choses *mancipi*, il est mis *in causa usucapiendi*, dès que la livraison lui en est connue. On sait d'ailleurs qu'il n'y a plus de *res mancipi* dans le droit de Justinien (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers.*, § 5, *Suprà*, p. 151).

En résumé, sur la fin de la législation romaine, le principe de la non-représentation par autrui ne concerne plus que ceux des droits réels qui ne se prêtent pas à la tradition. Il a donc cessé de gêner les translations de propriété.

Droits de créance. — Le principe de la non-représentation *per extraneam personam* resta plus longtemps intact dans le domaine des droits de créance. L'intervention du mandataire fut longtemps inefficace, soit pour nouer directement des obligations entre le mandant et les tiers, soit même pour effacer, par les modes d'extinction, une obligation préexistante entre ces personnes.

Mais cette rigueur fut enfin tempérée; le préteur fit le premier pas dans une voie nouvelle. Il avait permis de bonne heure, aux tiers qui contractaient avec le fils ou l'esclave, de poursuivre à raison de ces contrats le père ou le maître, dans les deux cas déterminés de l'action *exercitoria* et de l'action *institoria*, que nous étudierons plus loin. Il étendit ces décisions spéciales au mandataire autre que le fils et l'esclave, et reconnut aux tiers, dans les deux hypothèses précitées, la faculté de passer par-dessus l'intermédiaire et d'agir

contre le mandant lui-même. Ce n'était là du reste qu'une faveur, et le mandataire demeurait obligé suivant le droit commun (*Inst.* L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 2, *in fine*. — L. 1, § 17; L. 5, § 1, D. *De exercit. act.* 14-1).

Les jurisconsultes vinrent ensuite, qui généralisèrent l'idée prétorienne. Ils admirent d'abord les créanciers du mandataire à poursuivre le mandant, toujours et sans distinction, par l'action *institoria utilis*. Puis ils en arrivèrent logiquement à permettre au mandant d'exercer lui-même à titre utile, sans une cession formelle, les actions acquises par le mandataire contre les tiers (L. 13, § 25, D. *De actionibus empti*, 19-1 ; L. 19, pr. D. *De inst. act.*, 14-3).

Pour conclure, la loi romaine a fini par décider que le mandant deviendrait créancier ou débiteur des tiers avec lesquels le mandataire a traité. Mais elle s'est arrêtée à mi-chemin de la théorie; elle n'est pas arrivée comme le droit français à une notion complète de la représentation véritable et parfaite ; car elle se contente de juxtaposer le mandant et le mandataire, sans dégager celui-ci des conséquences de ses actes. Les tiers, en effet, n'ont pas perdu le droit de poursuivre le mandataire à la place du mandant, et restent en revanche passibles de ses actions, tant que ce dernier ne les a pas consommées.

D'ailleurs, il y avait deux circonstances où les tiers ont pu de tout temps intenter contre le mandant une action éminemment civile et directe, une *condictio*. Il en était ainsi : 1° lorsque les valeurs fournies par les tiers au mandataire avaient profité au mandant; 2° lorsqu'ils avaient contracté avec le mandataire sur la recommandation ou l'ordre du mandant. La *condictio* s'expliquait alors par les principes généraux, abstraction faite de toute idée de mandat (L. 23; L. 29 ; L. 32, D. *De rebus creditis*, 12-1).

§ IV

Fin du mandat.

Lorsque le mandat se dissout avant tout commencement d'exécution, aucune conséquence n'en dérive ; il est comme s'il n'avait jamais été, *solvitur*, *evanescit*. Dès que les choses ne sont plus entières, le mandat peut bien disparaître, mais seulement pour l'avenir, et les obligations déjà produites lui survivent (*Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 9. — L. 15 ; L. 58, pr. D. *Mandati*, 17-1).

Le mandat, en sa qualité de contrat consensuel, peut d'abord prendre fin *mutuo dissensu;* il peut aussi, comme la société, se terminer par des causes diverses qu'on ramène à trois, *ex re vel tempore, ex personis, ex voluntate* (*Conf.* C. C., art. 2003).

I.—*Ex re vel tempore.*—Conformément au droit commun, le mandat finit par l'arrivée du terme, ou de la condition résolutoire, par l'exécution de la mission confiée au mandataire et par l'impossibilité absolue de l'exécuter.

II.—*Ex personis.*—Le mandat prend également fin par la mort de l'une ou de l'autre des parties. La *maxima capitis deminutio* du mandant ou du mandataire en entraîne aussi la rupture, puisqu'elle supprime toute capacité de s'obliger. Peut-être, dans le droit classique, en était-il de même de la *media* et de la *minima capitis deminutio;* il est pourtant vraisemblable que, si telle eût été la doctrine certaine, les jurisconsultes n'auraient pas senti le besoin de l'exprimer formellement à l'égard de l'*adstipulator*, ni de la controverser pour l'*adjectus solutionis gratia* (*Inst.* L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 10.—*Gaius*, III, 114. — L. 38; L. 95, § 6, *De solutionibus*, 46-3).

III.—*Ex voluntate.*—Le mandant est maître de révoquer le mandat; cette faculté générale ne reçoit que de rares exceptions (*Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 9. — *Conf.*, C. C., art. 2004, 2006) (1).

Réciproquement, le mandataire est maître de renoncer au mandat. Cette renonciation est souvent explicable par de justes motifs, tels qu'une maladie du mandataire ou l'insolvabilité du mandant. Lorsqu'elle manque de ces causes sérieuses, elle doit survenir en temps utile, c'est-à-dire assez tôt pour que le mandant puisse faire encore l'affaire par lui-même ou par un tiers. La renonciation intempestive et non justifiée oblige le mandataire à payer des dommages-intérêts (*Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 10, 11. — L. 23; L. 25, D. *Mandati*, 17-1. — *Conf.*, C. C., art. 2007).

Conséquences de l'extinction du mandat ex personis vel ex voluntate. — Les deux derniers modes de dissolution n'appartiennent pas au droit commun, et dérivent de l'*intuitus personæ* qui fait la loi du mandat. Il faut donc placer ici deux remarques importantes :

(1) Le mandant ne pourrait cependant pas révoquer le mandat dans les cas où les tiers ont un droit acquis à ce que les pouvoirs du mandataire ne soient pas retirés; c'est ce qui arrive notamment à l'égard de l'*adstipulator* ou de l'*adjectus solutionis gratia* (L. 12, § 2, D. *De solutionibus*, 46-3).

1° L'action *mandati* survit au mandat, lorsque le mandataire continue sa gestion, dans l'ignorance de la mort du mandant ou de la révocation qui a dissous le contrat. Sa bonne foi l'autorise alors à réclamer que le mandant ou ses héritiers prennent ses actes pour leur compte et l'en indemnisent. Mais cette considération d'équité pure est inapplicable au cas où le mandat a cessé par la renonciation du mandataire ou par sa mort ; car lui-même ou ses héritiers connaissent alors l'expiration de ses pouvoirs (*Inst.*, L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 10. — L. 26, § 1, D. *Mandati*, 17-1. — *Conf.*, C. C., art. 2008, 2010).

2° Les tiers qui traitent de bonne foi avec le mandataire, après sa renonciation, sa révocation, ou la mort du mandant, ont droit au maintien de leurs actes. La règle est tout au moins incontestable pour le payement qu'un débiteur aurait ainsi fait, et que les textes déclarent libératoire. Cet exemple, très énergique en lui-même, est de ceux qu'on peut généraliser sans témérité (L. 12, § 2; L. 34, § 3, D. *De solutionibus*, 46-3. — *Inst.*, L, III, t. XXVI, *De mandato*, § 10, *in fine*. — *Conf.*, C. C., art. 2005, 2009) (1).

CHAPITRE XXIX

EXTENSION DE LA THÉORIE DES CONTRATS. PACTES. — CONTRATS INNOMÉS.

A l'origine, le nombre des conventions obligatoires était restrictivement limité ; mais, à côté du système primitif des contrats, il s'en élabora lentement et progressivement un autre, qui fait le plus grand honneur à l'esprit de réforme du préteur et des jurisconsultes. Cette extension se manifeste surtout dans deux théories importantes dont il n'est pas question aux Institutes : la théorie des pactes et la théorie des contrats innomés.

(1) Le *mandatum pecuniæ credendæ* a été étudié comme appendice à la fidéjussion. La *procuratio in rem suam* sera traitée à propos de la cession de créances; quant à la *procuratio ad litem*, il en sera parlé sur la théorie de la représentation judiciaire.

PREMIÈRE SECTION

PACTES.

(D. L. 2, t. 14, *De Pactis.*)

On a déjà vu que le mot générique de *conventio* désigne l'accord de deux ou plusieurs volontés, en vue de produire un effet juridique. Munie d'une action par le droit civil, la convention reçoit le nom spécial de contrat, *transit in nomen contractûs;* dénuée de toute action, elle prend la dénomination technique de pacte, *pactio*, *pactum*. Au fond, les termes de convention et de pacte sont équivalents pour exprimer l'idée d'un consentement d'où n'a pu sortir un contrat, faute du fait qui constitue la *causa civilis* (L. 1, § 2, D. *De pactis*, 2-14).

La grande règle de l'ancienne loi romaine, applicable aux droits réels comme aux droits de créance, c'est que le simple consentement, non revêtu des formes requises, n'engendre pas d'effet juridique. Tel est le principe abrupte et rigoureux du vieux droit civil. Il comportait bien quelques exceptions dès l'origine ; par exemple, les quatre contrats consensuels ne sont en réalité que des pactes obligatoires, et l'on verra bientôt que ces mêmes contrats disparaissent aussi par un simple pacte de dissolution, sous des conditions déterminées ; la loi des Douze Tables reconnaissait également au pacte la force d'éteindre de plein droit les deux actions de vol et d'injures. Mais ces dérogations trop rares n'avaient aucune portée générale. On peut aller jusqu'à dire qu'à l'époque même de Justinien, le principe de l'inefficacité du simple consentement conserve encore sa vigueur théorique (L. 7, § 1, 3, 14, D. *De pactis*, 2-14. — *Contrà*, C. C., art. 1134).

Toutefois des modifications successives en ont sagement effacé presque tous les inconvénients pratiques. On distingue à cet égard deux classes principales de pactes, les *pacta nuda* et les *pacta adjecta* (1).

(1) A la rigueur, une classification superficielle pourrait en comprendre une troisième classe, les *pacta legitima vel prætoria*. Mais ces pactes ne sont au fond que des contrats, puisque ce sont des conventions munies d'une action par les constitutions impériales, *legitima*, ou par le préteur, *prætoria*. Il en est donc traité sur les matières qu'ils concernent. Ainsi les principaux pactes légitimes sont : le pacte de donation, le pacte de dot et le compromis. Les principaux pactes prétoriens sont : le constitut, le serment et l'hypothèque ; le pacte d'hypothèque a la force remarquable, et refusée même aux contrats, de produire un droit réel.

§ I

Pacta nuda.

Le *pactum nudum* est le pacte isolé, celui qui ne se rattache à aucune autre opération juridique, et qui reste dépourvu de toute action. Cependant les préteurs avaient proclamé, dans leur belle langue imposante, qu'il est fâcheux de tromper la bonne foi, *grave est fidem fallere* ; ils devaient donc protéger tout pacte conclu sans dol et non contraire aux lois. Ils y parvinrent sans violer la lettre du droit civil, en attachant au pacte, non pas une action, mais une simple exception. De là vient l'adage, *nuda pactio actionem non parit, sed parit exceptionem* (L. 7, § 4, 7, D. *De pactis*, 2-14).

Pour préciser le caractère et la portée de cette innovation prétorienne, il faut distinguer deux hypothèses suivant que le pacte tend à créer une obligation ou suivant qu'il tend à l'éteindre.

I. — Le pacte tend à créer une obligation, c'est un pacte *ad obligandum*. Dans ce cas, le pacte restera en principe sans effet, jusqu'au moment où le créancier se trouvera dans une situation telle qu'il puisse invoquer l'*exceptio pacti conventi*. Qu'on suppose, en effet, que le débiteur obligé en vertu d'un pacte nu paye volontairement et tente ensuite de réclamer par la répétition de l'indû, il sera repoussé par l'exception de pacte. On voit par là que ce pacte a au moins pour résultat de rendre le paiement possible et définitif.

II. — Le pacte tend à éteindre une obligation, c'est un pacte *ad liberandum*. Dans cette hypothèse, l'exécution du pacte sera infailliblement assurée ; car si le débiteur est poursuivi nonobstant le pacte *de non petendo* que lui aura consenti le créancier, il pourra toujours se prévaloir de l'exception et paralyser ainsi l'action conservée par le droit civil. Il suit de là que le pacte nu éteint toujours au moins l'obligation *exceptionis ope*.

En résumé, lorsque la situation des parties est telle qu'une exception peut sanctionner le pacte, le préteur accorde l'*exceptio pacti*, corollaire logique et inéluctable de l'*exceptio doli* qu'il avait consacrée (L. 7, § 4, D. *De pactis*, 2-14).

On doit encore aller plus loin et il ne faut pas craindre de dire que, si le pacte nu est impuissant à créer une obligation civile, il peut tout au moins produire une de ces obligations naturelles qu'on

étudiera plus tard. Cette proposition a été contestée, bien à tort suivant nous, car elle résulte des principes généraux et des textes (L. 5, § 2, D. *De solutionibus*, 46-3, — L. 3, C. *De usuris*, 4-32. — *Gaius*, III, 119).

§ II

Pacta adjecta.

Les pactes adjoints, *pacta adjecta*, sont des conventions accessoires et non revêtues des formes civiles, qu'on ajoute à des opérations juridiquement valables, pour en modifier les effets ordinaires.

Les pactes peuvent s'ajouter à un contrat ou à une *datio*.

I. — **Pactes adjoints à un contrat.** — La théorie des pactes ajoutés à un contrat soulève deux questions délicates qu'il faut trancher : 1° le pacte adjoint *ad augendam obligationem*, c'est-à-dire pour augmenter les obligations que le contrat engendre de lui-même, est-il sanctionné par l'action du contrat ? 2° le pacte adjoint *ad minuendam obligationem*, c'est-à-dire pour restreindre les conséquences normales du contrat, opère-t-il *ipso jure* ou *exceptionis ope* ?

Les pactes adjoints doivent se subdiviser à ce point de vue en *pacta adjecta ex intervallo* et en *pacta adjecta in continenti*.

Pacta adjecta ex intervallo. — On appelle *pactum adjectum ex intervallo* celui qui n'accompagne pas la conclusion du contrat, et qui survient après coup ; il tend à revenir sur des résultats déjà produits. Aussi ne peut-il, sans différence entre les contrats de droit strict et de bonne foi, enfanter jamais qu'une exception (L. 7, § 4, D. *De pactis*, 2-14. — L. 13, C. *De pactis*, 2-3).

Dès lors, intervenu pour diminuer l'obligation, par exemple dans le but d'affranchir le vendeur de sa dette de garantie, il opère seulement *exceptionis ope*. Intervenu pour augmenter l'obligation, par exemple dans le but d'exiger que la *cautio duplæ* soit fournie *cum satisdatione* au lieu d'une *nuda repromissio*, il n'est pas sanctionné par l'action du contrat et reste non avenu, à moins qu'il n'ait été volontairement exécuté et que la partie qui en a profité ne l'invoque comme défenderesse (L. 7, § 4, D. *De pactis*, 2-14).

On doit cependant observer que l'*exceptio pacti* qui n'est qu'un dérivé de l'exception de dol est sous-entendue dans les *judicia bonæ fidei*, tandis qu'elle doit toujours être insérée dans la formule des *judicia stricti juris*. Donc, s'il s'agit d'un contrat de droit strict, la partie qui veut se prévaloir du pacte *ex intervallo* devra, sous peine

de déchéance, invoquer l'exception *in jure*, devant le magistrat. S'il s'agit d'un contrat de bonne foi, une pareille précaution sera inutile, et l'exception étant sous-entendue pourra être opposée *in judicio*, devant le juge. (L. 3, D, *De rescind. vend.*, 18-5).

Il est bon de remarquer également que le pacte *ex intervallo*, lorsqu'il a pour but de dissoudre un des quatre contrats consensuels ou de lui en substituer un nouveau, produit son effet *ipso jure*, en vertu de la règle que ces contrats s'éteignent comme ils se forment, c'est-à-dire par le consentement. Mais ils rentrent dans le droit commun, lorsque le pacte *ex intervallo* ne tend pas à les supprimer, et tente seulement de les modifier dans leurs éléments non essentiels, *adminicula* (L. 72, pr. D. *De contr. empt.*, 18-1).

Pacta adjecta in continenti. — Le pacte ajouté *in continenti* est celui qui précède, accompagne ou suit sans intervalle la conclusion du contrat. Il n'en est donc qu'une clause, peut-être essentielle et déterminante. La portée de ce pacte varie avec la nature du contrat auquel il se rattache.

Contrats de bonne foi. — Il est de règle que le pacte adjoint *in continenti* à un contrat de bonne foi en fait partie intégrante, *inest contractui*; ce n'est là qu'une conséquence du pouvoir qu'a le juge de prononcer en cette matière suivant l'équité. Il est donc obligatoire comme le contrat lui-même, *dat legem contractui*, pour parler le langage d'Ulpien. En conséquence, les obligations qu'il en retranche sont supprimées de plein droit, comme si elles n'eussent jamais existé; les obligations qu'il y ajoute sont sanctionnées par l'action du contrat (L. 7, § 4, 5, D. *De pactis*, 2-14) (1).

Contrats de droit strict. — Quant aux pactes adjoints *in continenti* aux contrats de droit strict, les textes ne s'expliquent qu'à l'occasion du *mutuum* et de la stipulation ; car le contrat *litteris* n'existait plus au temps où les recueils furent compilés sous Justinien. Mais la doctrine classique assimilait peut-être sur ce point le prêt fictif ou *nomen transcriptitium* au prêt réel ou *mutuum*.

Il est probable qu'à l'origine un pacte quelconque adjoint *in continenti* aux contrats de droit strict, pour en augmenter ou pour

(1) Nous avons vu toutefois que dans le cas où il s'agissait d'un pacte *in continenti* destiné à résoudre un contrat consensuel, comme la vente, les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur l'action qu'il fallait accorder, les Sabiniens donnaient l'action du contrat et les Proculiens accordaient l'action *præscriptis verbis* (*suprà*, p. 398).

en diminuer les effets, n'avait pas plus de force qu'un pacte *ex intervallo* et n'engendrait jamais qu'une exception. La nécessité de la *causa civilis* amenait inévitablement à cette conclusion. Puisque le consentement tirait sa force légale du fait extrinsèque de la tradition, des paroles ou de l'écriture, cette force légale devait se mesurer sur ce fait ; l'obligation créée ne pouvait aller au delà ni rester en deçà de la *causa civilis*. En d'autres termes, si dix ont été prêtés, ou promis, ou portés sur le *codex*, dix seront dus ; un pacte, étranger à la *causa civilis* qui a produit ce résultat, ne saurait le modifier ; et, s'il augmente ou diminue l'obligation, ce ne sera jamais que par la voie prétorienne de l'exception, *exceptionis ope* (L. 7, § 5, D. *De pactis*, 2-14).

Mais les grands jurisconsultes adoucirent ces rigueurs de logique.

Stipulation. — On admit d'abord que les pactes adjoints *in continenti* à la stipulation, ou d'une manière plus générale à un contrat verbal, pour diminuer l'obligation, opéreraient de plein droit et formeraient de véritables clauses du contrat (L. 4, § 3, D. *De pactis*, 2-14).

Ce premier pas devait nécessairement entraîner le second ; aussi faut-il admettre, en dépit de certaines contestations, que les jurisconsultes classiques allèrent jusqu'à décider que le pacte ajouté *in continenti* à la *stipulation*, même pour en augmenter les effets, ferait corps avec le contrat et serait protégé par l'action *ex stipulatu* (L. 40, D. *De rebus creditis*, 12-1, Loi *Lecta* ; L. 1, § 3, D. *De verb. oblig.*, 45-1, — L. 27, C. *De pactis*, 2-3).

Mutuum. — Le *mutuum* fut lancé, comme la stipulation, dans cette direction nouvelle. Peut-être en avait-il subi le premier l'influence ; car il est difficile d'admettre qu'on n'ait pas validé de tout temps certains pactes presque inséparables de ce contrat, notamment l'indication d'un terme ou la fixation d'un lieu pour le remboursement. Quand la réaction se fit contre le rigorisme du droit civil, on admit sans grande difficulté que le pacte ajouté *in continenti* pour diminuer l'obligation normale née du *mutuum* produirait son effet de plein droit (L. 11, § 1, D. *De rebus creditis*, 12-1).

Mais, parmi les nombreuses conventions destinées à le modifier, il en est une qui resta toujours soumise à la doctrine restrictive. En aucun temps, même sous Justinien, le pacte d'intérêts adjoint au *mutuum* d'argent ne fut obligatoire. Cette restriction a de l'importance, parce que le *mutuum* d'argent est le plus usuel. Elle tient

probablement à la formule de l'action qui naît de ce contrat, formule dont les termes, comme on le comprendra plus tard, limitent immuablement à la quantité prêtée le montant de la condamnation (L. 17, pr. D. *De pactis*, 2-14; L. 71, D. *De fidejussoribus*, 46-1, — L. 12, C. *De usuris*, 4-32) (1).

En résumé, la jurisprudence classique assura de plus en plus la prédominance de l'équité naturelle sur les principes artificiels, et finit par assimiler à peu près les contrats de droit strict aux contrats de bonne foi, dans l'importante matière des pactes adjoints.

II. — **Pactes adjoints à une datio.** — Les pactes peuvent s'ajouter à une *datio*, c'est-à-dire à un mode translatif de propriété ou créateur de droits réels pour en restreindre ou pour en modifier les effets. Le principe en lui-même est certain, il résulte de plusieurs textes qui l'appliquent à la *mancipatio*, à la *cessio in jure* et à la tradition (*F. V.* § 50; L. 48, D. *De pactis*, 2-14).

Il nous suffira de parler des pactes ajoutés *in continenti;* quant aux pactes ajoutés *ex intervallo*, ils ne sauraient avoir plus de force que dans les contrats. On doit d'ailleurs distinguer entre le pacte qui se borne à restreindre les effets de l'aliénation et celui qui tend à créer des obligations à la charge de l'acquéreur.

1° Les pactes ajoutés *in continenti* pour diminuer les résultats normaux de l'aliénation sont en principe valables et sanctionnés par la loi. C'est ainsi qu'on peut déduire par *retentio* une servitude de la propriété aliénée par mancipation; c'est encore ainsi qu'on peut différer à l'aide d'une condition ou d'un terme l'effet translatif de la tradition, etc. (*F. V.* § 47-50; L. 48, D. *De pactis*, 2-14).

Encore faut-il que ces pactes restrictifs ne soient exclus, ni par la nature du droit aliéné, comme les clauses résolutoires de la propriété ou le pacte *deducta superficie*, ni par la forme du mode d'acquérir employé, comme les modalités exprimées dans la mancipation ou l'*in jure cessio*, ou le pacte *deducta servitute* appliqué à la tradition (*F. V.* § 283; L. 44, § 1. *De oblig. et act.*, 44-7; L. 77, D. *De regulis juris*, 50-17).

2° Quant aux pactes ajoutés *in continenti* pour aggraver les conséquences ordinaires de l'aliénation, c'est-à-dire pour en faire

(1) Les constitutions impériales admirent au contraire comme règle générale qu'un simple pacte suffirait pour faire produire des intérêts dans le *mutuum* de denrées (L. 12; L. 23, C. *De usuris*, 4-32).

la source d'une obligation à la charge de l'acquéreur, l'ancien droit romain les subdivisait sans doute en deux catégories.

1° Si l'acquéreur ne s'engage par le pacte qu'à restituer la chose ou la valeur reçue, il est obligé parce que son obligation est exactement conforme à la *datio*. Tel est, au fond, le cas du *mutuum* où le pacte devient contrat. Tels sont les cas déjà connus de la donation à cause de mort sous condition résolutoire, du gage et du dépôt constitués par une aliénation, etc. Dans ces hypothèses, l'obligation est sanctionnée par une *condictio sinè causâ*, fondée sur ce que la translation de propriété est désormais dénuée de cause (L. 1, § 2, D. *De condictione sine causa*, 12-7).

Cette action présentait un double inconvénient; d'une part, en effet, elle était *stricti juris;* d'autre part, elle ne permettait pas au juge de tenir compte des obligations pouvant exister à la charge de l'aliénateur. Aussi, les parties prévoyantes donnaient à ce pacte la forme de la *fiducia*, distincte de l'acte d'aliénation, et qui devenait un véritable contrat, productif de l'action *directa fiduciæ* pour l'aliénateur, et de l'action *contraria fiduciæ* pour l'acquéreur (*Gaius*, I, 132; II, 59 et s.).

2° Mais si l'acquéreur s'engage par le pacte ou à restituer plus qu'il n'a reçu, ou à restituer autre chose, ou à exécuter un fait en retour, l'opération constitue ce qu'on appelle une *datio ob rem* (dation en vue d'un but). Pendant longtemps, cette obligation ainsi mise à la charge de l'*accipiens* ne fut pas valable parce qu'elle n'était pas conforme à la *datio*. Cependant, si l'aliénateur n'avait pas le droit d'exiger que l'acquéreur exécutât l'obligation, il pouvait tout au moins, à l'aide de la *condictio ob rem dati*, reprendre ce qu'il avait livré (L. 7, § 2, D. *De pactis*, 2-14; L. 65, § 4, D. *De cond. indeb.*, 12-6).

Telle était la théorie primitive, mais elle fut bientôt remplacée par la théorie plus équitable des contrats innomés.

DEUXIÈME SECTION

CONTRATS INNOMÉS.

(D. L. 19, t. V. *De præscript. verbis.*)

L'étude des contrats innomés se rattache étroitement à la théorie des pactes dont elle est le complément indispensable. Le contrat innomé n'est en réalité qu'un pacte reconnu et sanctionné par la jurisprudence; en se plaçant dans le dernier état du droit, à un

moment ou la théorie a été complètement élaborée, on peut le définir : *un pacte synallagmatique, qui s'est transformé en contrat par l'exécution qu'il a reçue de l'une des parties.*

Cette exécution, une fois accomplie après la convention, constitue en quelque sorte la *causa civilis* qui lui manquait pour devenir obligatoire. Il n'est donc pas absolument inexact de considérer en eux-mêmes les contrats innomés comme une espèce de contrats réels, puisqu'ils se forment *re*. Mais il n'en faut pas faire une subdivision technique des contrats réels proprement dits; car dans l'idée romaine, ces derniers ont toujours pour *res* une tradition tandis que les contrats innomés se forment par l'exécution de la prestation quel qu'en soit l'objet (L. 7, § 2, D. *De pactis*, 2-14).

Éléments constitutifs des contrats innomés. — Prenons les contrats innomés au temps où l'existence n'en est plus contestée. Deux éléments sont indispensables pour les former : 1° une convention bilatérale, qui tend à mettre une prestation à la charge de chaque partie; 2° l'accomplissement volontaire par l'un des contractants de la prestation qui lui incombe, en vue d'obtenir celle que lui a promise l'autre contractant.

Il n'est pas besoin d'ajouter que la convention, soit en elle-même, soit exécutée d'une part, doit rester en dehors de tout contrat nommé (L. 5, § 1, 2, D. *De præscript. verbis*, 19-5).

Classification. — On sait que toutes les prestations possibles peuvent se ramener à deux grands objets, *dare* ou *facere*. Dès lors il est clair que toutes les formes innombrables de conventions suivies d'exécution rentrent dans l'une des quatre catégories suivantes, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. Comme l'a dit un économiste moderne, Frédéric Bastiat, ces quatre classes de contrats innomés embrassent toutes les combinaisons sociales de l'échange, produit contre produit, produit contre service, service contre produit, service contre service (L. 5, D. *De præscript. verbis*, 19-5. — Bastiat, *Harmonies économiques*, L. VI, ch. I).

Dare désigne ici toute aliénation valable, c'est-à-dire émanée d'un propriétaire capable. Il n'y a pas à se préoccuper de la nature du droit réel qui en est l'objet, ni du mode employé pour y procéder. La prestation constitutive des contrats *do ut des*, *do ut facias* peut donc consister dans le transfert de la propriété quiritaire ou prétorienne, dans l'aliénation d'un fonds provincial, ou dans la constitution d'une servitude, d'une hypothèque, d'une emphytéose, etc.

Quant au *facere*, il comprend d'abord le *non facere*, et désigne tout fait actif ou passif, juridique ou non ; il en résulte les contrats *facio ut des*, *facio ut facias*, à la double condition que ce fait comporte une exacte estimation pécuniaire, et qu'il se trouve définitivement accompli.

Formation progressive des contrats innomés. — La théorie des contrats innomés fut l'œuvre de la jurisprudence ; aussi, comme bien l'on pense, ne s'est-elle pas formée de toutes pièces et d'un seul jet. Elle s'est élaborée lentement, progressivement, et ce ne fut qu'assez tard qu'elle fut définitivement acceptée par tous les jurisconsultes.

Trois périodes principales peuvent être distinguées dans la formation successive des contrats innomés ; d'ailleurs ce ne sont pas de véritables périodes chronologiques commençant et finissant à une date fixe et connue; ce sont plutôt des phases progressives d'une même doctrine, sans durée bien certaine et s'accusant par des innovations et des perfectionnements tendant tous au même but.

Première période. — Le trait caractéristique de la première période, c'est qu'on n'y connaît que les contrats nommés, c'est-à-dire consacrés et qualifiés par l'ancien droit civil. En dehors d'eux, pas d'action contractuelle.

Si donc une personne exécute, à la suite d'une simple convention bilatérale, un fait qu'elle a promis en vue d'obtenir un autre fait ou quelque chose, aucun moyen ne lui est donné pour forcer l'autre partie à s'exécuter aussi. Sans doute le droit commun lui ouvrait quelques actions non contractuelles pour revenir sur son acte ; par exemple, si le fait consistait dans la remise matérielle d'un objet, elle était admise à la revendication de cet objet, mais elle y devait faire la preuve de sa propriété, et ne pouvait demander des dommages-intérêts pour l'inexécution. Ce remède, et tous les autres pareils, ne constituaient donc qu'une ressource incertaine et précaire (L. 18; L. 19; L. 20; L. 22; D. *De præscript. verbis*, 19-5).

Spécialement, dans les hypothèses *do ut des* et *do ut facias*, l'auteur de la *datio* ne peut davantage exiger la prestation promise par l'autre partie. Mais il a du moins, pour redemander sa chose, une *condictio ob rem dati* ou *condictio causa data, causa non secuta*, action non contractuelle, fondée sur le principe que nul ne doit s'enrichir

aux dépens d'autrui. L'acquéreur est donc obligé, mais seulement à rendre ce qu'il a reçu, et sous la condition qu'il ne veuille ou ne puisse satisfaire à la convention. De là résultent des conséquences regrettables pour l'une et l'autre des parties : 1° l'auteur de la *datio* supporte les risques de l'objet qu'il a donné ; car son action se réduit à la valeur actuelle de sa chose, perdue ou détériorée par la négligence et sans le fait actif de l'acquéreur ; 2° tant que l'acquéreur ne s'est pas exécuté, même en l'absence de toute faute de sa part, il est passible de la *condictio*. Notamment, dans l'hypothèse *do ut des*, il supporte les risques de l'objet qu'il doit donner, en ce sens que la perte même fortuite de cette chose n'empêche pas l'auteur de la *datio* d'intenter la *condictio ob rem dati;* car la condition de cette action est accomplie, etc. (L. 16, D. *De condictione causa data*, 12-4 ; L. 65, § 4, D. *De condictione indebiti*, 12-6).

Deuxième période. — Dans la seconde période, on se rapprocha d'une doctrine plus équitable et plus juridique, en organisant une protection moins étroite pour l'auteur du *dare* ou du *facere;* mais on n'arriva pas encore à l'idée de contrat.

L'action prétorienne *de dolo* venait d'être inventée par le préteur Aquilius Gallus ; les jurisprudents l'appliquèrent aux hypothèses *facio ut facias*, *facio ut des* toutes les fois que la *condictio ob rem dati* était impossible ; il y a dol, en effet, de la part de l'une des parties, à profiter de la prestation accomplie par l'autre, sans donner ou faire l'équivalent promis. (L. 5, § 3, D. *De præscript. verbis*, 19-5.)

Quant aux hypothèses *do ut des*, *do ut facias*, toujours munies de la *condictio ob rem dati*, elles peuvent en outre aboutir parfois à l'action de dol ; c'est par exemple, lorsque l'acquéreur s'est mis par sa faute en retard d'exécuter, et que la chose a péri entre ses mains depuis sa demeure, etc. (L. 16, § 1, D. *De præscript. verbis*, 19-5.)

L'action du dol, tout en réalisant un sérieux progrès sur le passé, présentait cependant de graves inconvénients. D'abord, en sa qualité de prétorienne, elle n'était qu'annale. Ensuite, après l'année ou contre les héritiers de l'auteur du dol, elle se restreignait à la mesure du profit acquis par le défendeur, au lieu de comprendre tout le préjudice subi par le demandeur. Enfin, elle entraînait la note d'infamie contre le condamné. Pour toutes ces raisons, il restait encore un dernier pas à faire.

Troisième période. — De ces divers moyens, qui faisaient abstraction de l'idée de contrat, on finit par s'élever à la théorie plus juste

et plus sensée, qui considérait la prestation accomplie de l'un des côtés comme constitutive d'un contrat. Cette conclusion ne fut atteinte qu'après de longues luttes et par étapes successives. Elle triompha d'abord dans les hypothèses *do ut des*, *do ut facias*, vers le commencement du second siècle de notre ère, sous l'influence du jurisconsulte Ariston. Elle s'étendit ensuite au *negotium facio ut facias*. Il est enfin probable qu'elle embrassa le cas de *facio ut des* dans le cours du troisième siècle, peut-être sous le règne d'Alexandre Sévère (L. 7, § 2, D. *De pactis*, 2-14; L. 14, D. *De præscript. verbis*, 19-5. — L. 6. C. *De transcat.*, 2-4).

La théorie des contrats innomés était ainsi définitivement formée; mais, quelle action fallait-il leur donner? Sur ce point, la divergence éclata entre les deux écoles. Les Sabiniens, tout en se prêtant à l'admission des contrats innomés, refusaient de les sanctionner par une action spéciale, et voulaient leur attacher, à titre utile, l'action du contrat nommé le plus analogue; ainsi, pour citer un exemple, ils faisaient produire au contrat innomé d'échange, *permutatio*, les actions de la vente (*Gaius*, III, 141).

Les Proculiens voulaient au contraire une action distincte pour une espèce distincte de contrats, et cet avis plus logique devait triompher. Or il existait, probablement depuis le jurisconsulte Labéon, une action contractuelle par essence, et qui ne se donnait jamais qu'à défaut de toute autre action contractuelle, c'est-à-dire en certains cas où l'on avait déjà reconnu des contrats innomés. Cette action s'appelait *præscriptis verbis*, parce qu'en l'absence d'un nom technique pour désigner l'opération, l'exposé du fait devait se trouver au début de la formule (*præscripta verba*). Ce fut cette action que les Proculiens, dont l'opinion prévalut, attachèrent spécialement à tous les contrats innomés (L. 2; L. 3; L. 4, D. *De præscript. verbis*, 19-5).

Effets des contrats innomés. — Les contrats innomés peuvent, dans le droit définitif, engendrer une triple action : 1° l'action *ex præscriptis verbis*; 2° la *condictio ob rem dati*; 3° la *condictio ex pœnitentia*. La première de ces actions est la seule qui soit générale et qui se trouve nécessairement dans tous les contrats innomés; les deux autres sont plus spéciales et ne se rencontrent que dans certaines hypothèses déterminées.

Action ex præscriptis verbis. — Cette action est la marque certaine et la sanction normale des contrats innomés. Elle appartient à la

partie qui a exécuté, pour obtenir l'exécution de la prestation correspondante, ou la réparation du préjudice que lui cause l'inexécution. L'action *ex præscriptis verbis* que certains textes qualifient d'*actio incerti civilis* ou encore d'*actio civilis in factum* est une action essentiellement contractuelle, civile, *concepta in jus*, perpétuelle et toujours de bonne foi (L. 5, § 2; L. 6; L. 9, D. *De præscript. verbis*, 19-5) (1).

Condictio ob rem dati. — La *condictio ob rem dati* n'est pas aussi générale que l'action *præscriptis verbis*, elle n'est donnée que dans les cas où la partie qui a exécuté peut reprendre la prestation qu'elle a fournie. Il en est ainsi lorsque la prestation consiste dans un *dare* ou dans un fait juridique susceptible d'être anéanti comme une stipulation ou une acceptilation. Dans ces différents cas, la partie qui a exécuté a la faculté de répéter sa chose par la *condictio ob rem dati;* elle choisit entre cette action et la précédente, c'est-à-dire entre la résolution et l'exécution du contrat (L. 5, § 1, 2, D. *De præscript. verbis*, 19-5).

Mais la *condictio* n'a plus à présent son ancienne rudesse, et, pour qu'elle soit possible, il faut que l'autre partie se soit mise, par son dol ou sa faute, hors d'état d'exécuter à son tour le contrat, ou qu'elle ait laissé passer le temps fixé pour l'accomplissement. Ainsi comprise, cette *condictio* n'est pas difficile à justifier. Car, en droit, l'auteur de la dation n'aliène que sous la condition résolutoire de reprendre l'objet, si l'autre partie ne remplit pas sa promesse. En fait, la répétition lui est souvent plus avantageuse que l'exécution, notamment lorsque la chose donnée a reçu une plus-value, ou que la chose due s'est détériorée (L. 16, D. *De condict. causa dat.*, 12-4. — L. 5, § 1; L. 7, D. *De præscript. verbis*, 19-5. — L. 10, C. *De condict. ob caus. dat.*, 4-6) (2).

Condictio ex pœnitentiâ. — Cette action est encore plus spéciale

(1) On pourrait croire en argumentant d'un passage des Institutes (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 28), que l'action *ex prescriptis verbis* n'est de bonne foi que dans les cas d'échange ou d'estimatoire et qu'elle est de droit strict dans les autres cas. Cette assertion serait une véritable erreur, démentie qu'elle est par le caractère général de tous les contrats innomés et par différents textes incontestables (L. 1. pr. D. *De æstim. act.*, 19-3; L. 2, § 2, D. *De precario*, 43-26. — *Contrà*, L. 19, § 2, D. *De precario*, 43-26).

(2) Il résulte de là que la plupart des contrats innomés sont affectés d'une condition résolutoire tacite qui ne se rencontre pas dans les autres contrats; on pourrait peut-être y voir le germe d'une importante disposition de noure Code civil (Art. 1184).

que la *condictio ob rem dati;* elle ne s'accorde que dans les hypothèses d'ailleurs assez rares où l'opération juridique intervenue entre les parties se rapproche d'un mandat ou d'une offre de libéralité faite à un tiers. Cette action confère à l'auteur de la *datio* le *jus pœnitendi;* ce qui veut dire qu'il a le pouvoir de révoquer le contrat, de le dissoudre par un changement de volonté notifié au débiteur. Il en est ainsi lorsque la *datio* est intervenue pour obtenir de l'acquéreur un fait quelconque, dont l'avantage ne doit profiter qu'à l'aliénateur ou à un tiers; dans ce cas, l'opération se rapproche beaucoup du mandat, toujours révocable au gré du mandant; il en est ainsi lorsque la *datio* constitue une libéralité en faveur d'un tiers, car l'auteur d'une offre est toujours maître de la retirer tant qu'elle n'a pas été entièrement exécutée (L. 5, pr.; L. 3, § 2, *De cond. caus. dat.*, 12-4).

La *condictio ex pœnitentiâ* se fonde donc sur les principes généraux. Aussi n'est-elle possible qu'avant l'expiration du délai accordé au débiteur, et lorsque le fait convenu se trouve irréalisable par hasard ou par suite de force majeure. Elle ne s'exerce qu'à la charge d'indemniser le débiteur des frais qu'il a faits pour commencer ou préparer l'exécution ; elle se trouve donc inutile, si les impenses à rembourser égalent la valeur de la chose donnée (L. 5, pr. D. *De cond. caus. dat.*, 12-4).

En résumé, les contrats innomés n'engendrent d'action qu'au profit de celle des parties qui s'est exécutée. On n'en doit pas conclure qu'ils soient unilatéraux. La convention originaire s'est transformée en contrat par un fait d'exécution ; or comme elle était synallagmatique, elle doit nécessairement communiquer sa nature au contrat. On verra plus tard que cette remarque n'est pas sans importance pratique (1).

CHAPITRE XXX

DEUXIÈME SOURCE DES OBLIGATIONS-QUASI — CONTRATS.

(*Inst.* L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*)

Suivant une observation déjà présentée, l'obligation naît *quasi*

(1) Les contrats innomés les plus importants en pratique étaient : l'échange (*permutatio*), le précaire (*precarium*), l'estimatoire (*æstimatum*), la transaction (*transactio*), et le partage amiable.

ex contractu, lorsqu'elle a pour cause un fait licite, soit volontaire, soit imposé par la loi. Le quasi-contrat romain peut en effet se définir : tout fait licite, volontaire ou non, qui ne suppose pas l'accord conventionnel des parties et qui est cependant susceptible d'engendrer une ou plusieurs obligations (1).

Les Institutes énumèrent cinq quasi-contrats, c'est-à-dire cinq exemples de faits assimilés à des contrats : l'indivision, la gestion d'affaires, la tutelle ou curatelle, le payement de l'indû, l'acceptation d'une disposition testamentaire (*Inst.*, L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*).

Le trait saillant dans tous ces cas, c'est le défaut de convention entre les parties. Il n'en faut pas moins observer que chacun de ces faits obligatoires est comme la figure d'un contrat déterminé. Ainsi l'indivision a de la ressemblance avec la société; la gestion d'affaires, la tutelle ou la curatelle ressemblent au mandat; le paiement de l'indû présente de grandes analogies avec le *mutuum*; enfin l'acceptation d'une disposition testamentaire peut être comparée avec le contrat verbal.

Parmi les obligations quasi contractuelles, il en est qui prennent naissance à la charge des incapables aussi bien que des capables; ce sont toutes celles qui ne supposent pas la volonté de l'obligé. On relèvera bientôt des conséquences de ce principe (L. 3, § 5, D. *De negot. gestis*, 3-5; L. 46, D. *De oblig. et act.*, 44-7).

Les effets de la tutelle ou curatelle, et de l'acceptation d'une disposition testamentaire, appartiennent à des théories indépendantes et capitales qui ont été ou seront étudiées ailleurs.

L'indivision, la gestion d'affaires et la *solutio indebiti* trouvent seules leur place ici (*Conf.* C. C., art. 1371-1381).

PREMIÈRE SECTION

INDIVISION.

(*Inst.* L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi et cont.*, § 3, 4.)

Il y a indivision (*communio*, *indivisio*) lorsqu'une même chose appartient à deux ou plusieurs personnes par fractions idéales; on dit alors que la chose est commune et les divers ayants droit s'appellent communistes ou copropriétaires.

(1) Dans le droit français, un fait imposé par la loi ne peut jamais constituer un quasi-contrat (C. C., art. 1371).

Cet état se distingue de la société par des caractères qui nous sont déjà connus (*suprà*, p. 420).

Causes de l'indivision. — L'indivision peut résulter de différentes causes; elle peut provenir d'un acte *mortis causa*, comme une succession échue à plusieurs héritiers ou un legs adressé conjointement à plusieurs légataires; elle peut également dériver d'un acte *inter vivos* comme une donation conjointe, une société ou un achat fait en commun.

En conséquence, elle s'applique tantôt à des objets particuliers, comme une maison, un esclave, tantôt à des universalités, comme une succession.

Effets de l'indivision. — Les effets de l'indivision sont uniformes dans tous les cas; elle tend au partage et produit pour chacun des communistes des droits et des obligations qu'il convient d'indiquer.

Droits des communistes. — Quoique la *res communis* appartienne en pleine propriété à chacun des communistes, chacun d'eux a son droit restreint et comme limité par le droit rival et parallèle des autres. De là bien des difficultés de fait, qui ont rendu de tout temps le législateur peu favorable à l'indivision.

1° Chacun des communistes a sans conteste le *jus utendi*, c'est-à-dire le droit d'user de la chose commune, sous la réserve du droit des autres copropriétaires (L. 5, § 15, D. *Commodati*, 13-6).

2° Chacun d'eux a également le *jus fruendi*, c'est-à-dire le droit de recueillir les fruits et produits quelconques de la chose commune, dans la mesure de sa copropriété.

3° Quant au *jus abutendi*, il n'est plus entier pour les communistes; chacun d'eux ne peut faire que les actes d'aliénation ou de disposition qui n'atteignent que son droit, mais ceux-là seulement. Par exemple, il est libre de vendre ou d'hypothéquer sa part indivise, mais il ne peut pas la grever d'une servitude (L. 7, § 13; L. 14, § 3, D. *Communi divid.*, 10-3; L. 2, D. *De servitut.*, 8-1).

4° En vertu du principe ordinaire qui restreint entre les parties l'autorité de la chose jugée, un des communistes n'est pas censé représenter les autres en justice; en conséquence ce qui est jugé pour ou contre lui n'est pas réputé jugé pour ou contre les autres. Cependant l'indivisibilité du droit en litige peut faire échec à cette règle; c'est notamment ce qui arrive à l'égard de l'action confessoire d'une servitude prédiale, on admet alors la maxime *victoria*

unius aliis prodest (L. 25, § 8, D. *Famil. ercis.*, 10-2 ; L. 4, § 3, D. *Si servitus vindicetur*, 8-5).

Obligations des communistes. — L'indivision en sa qualité de quasi-contrat engendre aussi plusieurs obligations pour chacun des copropriétaires.

1° Chaque copropriétaire doit en effet administrer la chose commune, faire tous les actes nécessaires ou d'entretien et rendre compte à ses communistes des fruits ou produits qu'il aurait perçus au delà de sa part (*Inst.*, L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 3. — L. 11, D. *Com. divid.*, 10-3).

2° Il doit aussi indemniser ses copropriétaires des dépenses qu'ils ont faites sur la chose commune. Mais pour que ce remboursement soit obligatoire, il faut ou que les impenses soient jugées nécessaires ou, si elles sont simplement utiles, qu'elles aient été faites sans l'opposition des autres communistes. On assimile aux dépenses les obligations qui auraient été contractées dans l'intérêt de la chose commune (L. 11 ; L. 12 ; L. 22, D. *Com. divid.*, 10-3 ; L. 18, § 1, D. *Famil. ercis.*, 10-2).

3° Enfin, chaque communiste doit s'abstenir de tous actes quelconques qui seraient de nature à porter atteinte au droit des autres copropriétaires ; il est à ce point de vue responsable de son dol et de la *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire des fautes qu'il ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires. On ne lui applique pas les règles ordinaires sur la *culpa levis in abstracto*, parce que sa situation lui donne comme à l'associé intérêt et qualité pour administrer (L. 25, § 16, D. *Famil. ercisc.*, 10-2. — *Inst.*, L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 3).

Cessation de l'indivision. — L'indivision cesse par le partage ou par tout acte équivalent. Or le partage est une conséquence nécessaire et inévitable de toute indivision ; chacun des communistes a donc le droit de provoquer le partage et l'obligation de le subir. Ce droit est tellement essentiel que toute convention par laquelle les communistes conviendraient qu'ils resteront perpétuellement dans l'indivision serait radicalement nulle, le *pactum ne dividatur* est interdit ; tout au plus pourraient-ils différer le partage jusqu'à l'arrivée d'un terme préfix (L. 43, D. *Fam. ercis.*, 10-2 ; L. 8 ; L. 14, § 2, D. *Com. divid.*, 10-3. — L. 5, C. *Comm. divid.*, 3-37. — *Conf.* C. C., art. 815) (1).

(1) Il est à remarquer que l'acquéreur du communiste, quoique ayant cause à

Le partage peut s'exécuter judiciairement ou amiablement. Il s'exécutera judiciairement quand les communistes ne seront pas tous d'accord; on intentera alors l'action *familiæ erciscundæ* si l'indivision a sa source dans une succession, ou l'action *communi dividundo* en toute autre hypothèse. Ces deux actions seront étudiées en détail sur la théorie particulière des actions; qu'il nous suffise de dire ici qu'elles impliquent l'une et l'autre pour le juge le droit de faire l'*adjudicatio*, c'est-à-dire d'attribuer la propriété de certaines parts divises aux différents copropriétaires. L'*adjudicatio* fait ainsi cesser l'indivision de plein droit, si le *judicium* est *legitimum*, *exceptionis ope*, s'il est *imperio continens* (*F. V.* § 47).

Le partage peut aussi être *amiable* et en ce cas il faut éviter de confondre la convention de partage, le contrat de partage et le partage lui-même. La convention de partage n'est que le pacte par lequel les intéressés conviennent qu'ils feront cesser l'indivision; cette convention est par elle-même dénuée de tout effet, elle ne produit aucune obligation. Le contrat prend naissance dès que la convention de partage a été exécutée au moins par l'une des parties, il engendre l'action *præscriptis verbis*. Quant au partage, il résulte de la pleine exécution donnée au contrat et de l'emploi des divers modes d'acquérir qui nous sont connus (L. 45, D. *De pactis*, 2-14).

DEUXIÈME SECTION

GESTION D'AFFAIRES.

(*Inst.* L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.* § 1).

La gestion d'affaires (*negotiorum gestio*) est l'acte ou la série d'actes qu'une personne applique au patrimoine d'autrui, sans mandat exprès ni tacite du maître et dans l'intention de l'obliger.

La personne qui s'immisce dans les affaires d'autrui s'appelle gérant d'affaires, *negotiorum gestor;* celui dont on gère le patrimoine se nomme maître de la chose gérée, *dominus rei gestæ* ou simplement *dominus* (*Conf.* C. C., art. 1372-1375).

titre particulier, serait tenu de respecter le *pactum ne dividatur intra certum tempus* consenti par son auteur (L. 14, § 3, D. *Com. divid.* 10-3).

§ I

Éléments constitutifs de la gestion d'affaires.

Trois conditions sont indispensables pour la formation du quasi-contrat de gestion d'affaires. Il est nécessaire d'abord que les actes de gestion portent sur le patrimoine d'autrui ; il faut en second lieu que le *negotiorum gestor* ait agi sans le consentement du maître ; il faut enfin que le gérant ait eu l'intention de rendre service et d'obliger.

1° *Actes relatifs au patrimoine d'autrui.* — Il faut des actes de gestion relatifs au patrimoine d'autrui. Si donc j'agis pour mon compte en croyant agir pour le vôtre, je ne suis pas *negotiorum gestor* et le quasi-contrat de gestions d'affaires ne se forme pas (L. 6, § 4, D. *De negoti gestis*, 3-5).

2° *Défaut de consentement du maître.* — Il faut que le maître ait ignoré ou n'ait pu empêcher la gestion, en d'autres termes qu'elle ait eu lieu sans son consentement ; sinon il y aurait un mandat exprès ou tacite (L. 60, D. *De regulis juris*, 50-17) (1).

Puisque la *negotiorum gestio* n'exige pas la volonté du *dominus*, elle peut s'appliquer aux affaires d'une hérédité jacente, d'un fou, d'un pupille. Le troisième de ces cas se dédouble : 1° tantôt la gestion intervient dans l'intérêt du tuteur, pour le préserver d'une responsabilité encourue par sa faute ; elle produit alors ses effets ordinaires ; 2° tantôt elle intervient, au contraire, dans l'intérêt du pupille ; elle ne l'oblige alors que jusqu'à concurrence de son enrichissement, bien qu'elle n'implique nul consentement de sa part ; c'est que le gérant s'est rendu coupable d'imprudence en n'appelant pas le tuteur (L. 3, § 5 ; L. 21, § 1 ; L. 37, pr., D. *De negot. gestis*, 3-5).

Lorsque le maître ratifie la gestion d'affaires, se transforme-t-elle en mandat ? Les jurisconcultes romains ne paraissent pas d'accord sur ce point. On concilie sans grande peine les textes divergents, si l'on admet que la ratification émanée du maître n'a d'effet qu'à son égard ; en conséquence, le *negotiorum gestor* ne sera passible que de l'action de gestion d'affaires, mais il aura le choix contre le maître entre cette action et celle du mandat. La seule importance pratique de la ratification, c'est de rendre désormais indiscutable l'utilité des

(1) Dans notre droit français, l'art. 1372 pose une règle différente, car il ne voit pas un mandat dans toute gestion connue du propriétaire.

actes du gérant (L. 9, D. *De negotiis gestis*, 3-5; L. 60, D. *De regulis juris*, 50-17).

Enfin le quasi-contrat de gestion d'affaires se forme-t-il malgré l'opposition formelle du maître? La question est uniquement de savoir si le gérant devient créancier; car personne ne conteste qu'il soit débiteur et tenu de l'*actio negotiorum gestorum directa*. Réduite à ces termes, la difficulté a été tranchée à propos du fidéjusseur; une doctrine qui triompha sans doute avant le règne de Justinien, et que ce prince consacre d'ailleurs en termes formels, refuse toute action au gérant, pour les actes qu'il a faits depuis la signification, par écrit ou devant témoins, de l'opposition du maître (L. 8, § 3, D. *De negotiis gestis*, 3-5; L. 40, D. *Mandati*, 17-1. — L. 24, C. *De negotiis gestis*, 2-19)..

3° *Double intention de rendre service et d'obliger*. — Il faut enfin que le gérant ait agi dans la double intention de rendre service au maître et de l'obliger.

N'est donc pas *negotiorum gestor* quiconque intervient pour faire une libéralité ou pour accomplir un devoir. Par exemple, en fournissant des aliments à mes parents, je n'acquiers pas l'action de gestion d'affaires contre les personnes plus spécialement soumises à cette obligation alimentaire. En sens inverse, lorsqu'on s'immisce dans les affaires de quelqu'un, non pour lui rendre service, mais pour s'enrichir à ses dépens, on devient son débiteur sans devenir son créancier (L. 6, § 3; L. 27, § 1; L. 44, D. *De negotiis gestis*, 3-5).

Si le gérant d'affaires s'est trompé sur l'identité du maître, ou s'est par erreur considéré comme son mandataire, la double intention de rendre service et d'obliger existe quand même, et l'on doit lui accorder l'action de gestion d'affaires, tout au moins à titre d'action utile (L. 3, pr. § 1; L. 45, § 2, D. *De negot. gestis*, 3-5).

Mais supposons qu'il ait cru faire sa propre affaire; alors, dans l'opinion qui a prévalu, il n'est pas *negotiorum gestor;* aucune action ne lui est ouverte, et l'exception de dol sera son unique moyen de recouvrer les dépenses faites sur la chose, s'il est encore possesseur. Quant au maître, il pourra toujours reprendre au gérant son profit par une *condictio*, en vertu de la maxime que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (L. 14, § 1, D. *Communi divid.* 10-3; L. 23, D. *De rebus creditis*, 12-1; L. 206, D. *De reg. juris*, 50-17).

Le pupille ne saurait, par une gestion d'affaires entreprise *sine*

auctoritate tutoris, s'obliger au delà de ce qu'il en a retiré. Toutefois s'il voulait invoquer sa créance de gérant, sa dette lui serait opposable tout entière par compensation ; car on ne doit pas appliquer rigoureusement les principes au maître, qui n'a aucune faute à se reprocher (L. 3, § 4, D. *De negot. gestis*, 3-5).

§ II

Effets de la gestion d'affaires.

Les conséquences de la gestion d'affaires sont assez analogues à celles du mandat. Comme le mandat, elle produit deux actions civiles et de bonne foi ; contre le gérant, l'*actio directa*, et contre le maître l'actio *contraria negotiorum gestorum*..

Obligations du negotiorum gestor. — Les obligations du gérant proviennent de son immixtion volontaire dans les affaires d'autrui, et se justifient par la nécessité de protéger les biens des absents. Ces obligations sont au nombre de trois principales ; elles sont sanctionnées par l'action *negotiorum gestorum directa* qui n'est pas infamante comme l'action *mandati directa*.

1° Le gérant doit indemniser le maître du préjudice qu'il a pu lui causer par dol ou par une faute quelconque ; car il fut toujours responsable, plutôt même que le mandataire, de sa *culpa levis in abstracto*. Cependant il n'est tenu que de son dol, lorsque des besoins urgents ont nécessité son intervention. En revanche, les cas fortuits eux-mêmes sont à sa charge, quand il hasarde imprudemment des affaires étrangères aux habitudes du maître (*Inst*. L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 1 ; — L. 3, § 9 ; L. 11, D. *De neg. gestis*, 3-5. — *Conf*. C., C. art. 1374).

2° Il doit mener à fin l'affaire qu'il a commencée, et la mort même du maître ne l'en dispense pas, à la différence du mandataire (L. 21, § 2, D. *De negot. gestis*, 3-5. — *Conf*. C. C., art. 1373).

3° Il doit rendre compte de sa gestion et transmettre au *dominus*, comme le ferait un mandataire, tous les bénéfices qu'elle a pu lui procurer (*Inst*. L. III, t. XXVII. *De oblig. quasi ex cont.*, § 1. — *Conf*. C. C., art. 1372).

Obligations du dominus. — Les obligations qui pèsent sur le maître de la chose gérée s'expliquent à la fois par l'intérêt social et par l'intérêt privé ; personne en effet n'aurait voulu se charger des intérêts d'un absent, si la loi n'eût assuré le recouvrement des

avances raisonnablement faites dans ce but (*Inst.* L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 1, *in medio*).

1° Le maître doit rembourser au gérant toutes ses dépenses utiles, c'est-à-dire qu'il doit l'indemniser dans la mesure où ces impenses ont constitué des actes de bonne administration. L'utilité s'apprécie d'ailleurs au moment même des dépenses, sans tenir compte des événements postérieurs qui ont pu les rendre infructueuses. Le *dominus* est donc traité moins sévèrement que le mandant, qui rembourse toutes les dépenses conformes au mandat, abstraction faite de leur utilité (L. 10, § 1; L. 25, D. *De negotiis gestis*, 3-5).

2° Le maître doit encore acquitter lui-même ou du moins prendre à sa charge toutes les obligations qui ont été utilement contractées par le *negotiorum gestor* (L. 45, D. *De negot. gestis*, 3-5. — *Conf.* C. C., art. 1375).

Cette double obligation trouve sa sanction normale dans l'action *negotiorum gestorum contraria*.

Effets de la gestion d'affaires à l'égard des tiers. — Le gérant d'affaires qui traite avec les tiers devient seul débiteur ou créancier et le *dominus* reste complètement étranger aux opérations juridiques conclues par le *gestor*; on applique le principe de la non représentation.

Cependant, il est permis de penser que les tiers qui ont traité avec le gérant se trouvent, envers le maître, investis ou passibles des actions utiles de gestion d'affaires, dans tous les cas où le voudraient les principes connus du mandat (*suprà*, p. 439).

TROISIÈME SECTION

PAYEMENT DE L'INDU.

(*Inst.* L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 6, 7.)

On appelle payement de l'indû (*solutio indebiti*) toute prestation réalisée dans la volonté d'éteindre une dette qui n'existe pas, ou qui existe envers un tiers, ou qui porte sur un autre objet.

La réception de l'*indebitum* oblige l'*accipiens* à restituer au *solvens* ce qu'il a reçu; il est à cet égard passible d'une action personnelle et *stricti juris* qu'on appelle la *condictio indebiti* (*Conf.* C. C., art. 1376-1381).

§ I

Conditions de la répétition.

Trois conditions sont requises pour que la répétition de l'indû soit possible : 1° le *solvens* doit avoir payé l'*indebitum;* 2° le paiement doit avoir été fait par erreur; 3° la dette que le *solvens* a voulu éteindre ne doit pas être de celles qui entraînent une condamnation au double *ex inficiatione.*

1° **Indû.** — Il faut que le *tradens* ait payé l'indû. Qu'est-ce que l'indû ? On sait déjà qu'à ce point de vue, le terme et la condition ont un effet différent. Qui paye avant terme ne paye que ce qu'il doit ; au contraire, le payement fait *pendente conditione* donne lieu à répétition, tant que la condition n'est pas accomplie (*Suprà*, p. 301).

Mais l'explication précise et technique de l'*indebitum* appelle deux observations générales.

En premier lieu, n'est pas nécessairement indû ce qui n'est pas exigible au moyen d'une action ; car une simple obligation naturelle fait obstacle à la *condictio indebiti.* Par exemple, on n'est pas admis à répéter ce qu'on a payé en vertu d'un pacte nu (L. 26, § 12; L. 51, D. *De cond. indeb.*, 12-6).

En sens inverse, est quelquefois indû ce que le droit civil permet de réclamer au moyen d'une action ; car le débiteur régulièrement actionné se trouve souvent protégé par une exception. Alors de deux choses l'une : tantôt il ne s'agit que d'une exception temporaire ; c'est alors comme si l'on devait à terme, et l'on ne peut répéter ce qu'on paye ; tantôt il s'agit d'une exception perpétuelle ; la *condictio indebiti* est alors accordée en règle générale, parce qu'un droit perpétuellement paralysé n'a pas d'existence réelle. *Qui tutus est exceptione perpetua condicere potest* (*F. V.* § 266. — L. 10; L. 26, § 3, 7. D. *De cond. indeb.*, 12-6) (1).

En définitive, la question de l'indû se résout d'après l'équité ; on paye l'indû, lorsqu'on n'est tenu, ni d'une obligation naturelle, ni d'une obligation reconnue par le droit civil et pure de toute excep-

(1) Ce principe n'est pas appliqué dans les hypothèses, d'ailleurs assez rares, où l'exception perpétuelle est admise en haine du créancier plutôt qu'en faveur du débiteur ; telle est l'exception du sénatus-consulte Macédonien. C'est que le débiteur reste alors tenu d'une obligation naturelle (L. 40, D. *De cond. indeb.*, 12-6).

tion perpétuelle. C'est la maxime admise par Tryphoninus : *debiti vel non debiti ratio, in condictione naturaliter intelligenda est* (L. 64, D. *De cond. indeb.*; 12-6.)

2° **Errcur.** — Il faut que le payement de l'indû ait eu lieu par erreur, c'est-à-dire pour éteindre une dette dont le *tradens* se croyait tenu. Dans le cas contraire, l'opération constituerait le plus souvent une donation, quelquefois une *datio in solutum* ou même une gestion d'affaires (L. 53, D. *De regulis juris*, 50-17).

Une question assez délicate à résoudre est celle de savoir si l'erreur qui sert de fondement à la répétition de l'indû est l'erreur de fait ou l'erreur de droit? Les textes sont en désaccord sur ce point, bien qu'une telle distinction ne paraisse pas mériter d'importance dans une action fondée sur l'équité. La vérité probable, c'est qu'en principe l'erreur de droit engendre la répétition de l'indû, comme l'erreur de fait. Par exception néanmoins si le réclamant ne veut que rentrer dans un gain dont il s'est privé en payant, l'erreur de de droit ne l'autorise pas à répéter ; par exemple, l'héritier qui n'a pas retenu la quarte Falcidie sur les legs ne pourra la réclamer par la *condictio indebiti* qu'en établissant une erreur de fait ; *juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet* L. 7 ; L. 8 ; L. 9 ; D. *De juris et facti ign.*, 22-6. — L. 38, § 1 ; L. 43, D. *De cond. indeb.*, 12-6. — L. 10, C. *De juris et facti ign.*, 1-18. — *Inst.* L. III, t, XXVII. *De oblig. quasí ex cont.*, § 6) (1).

Du reste, l'erreur quelconque n'est prise en considération qu'à la condition d'être excusable; *nec stultis, sed errantibus succurri solet.* Elle doit aussi se référer au passé; ainsi le locataire qui a payé à l'avance ses loyers futurs, et qui est ensuite privé fortuitement de la jouissance de la chose, les recouvrera par l'action *conducti* et non par la *condictio indebiti* (L. 19, § 6, D. *Locati conducti*, 19-2 ; L. 9, §2, 3. D. *De juris et facti ignor.*, 22-6).

3° **Dette non susceptible de croître au double.** — Il faut enfin que la dette payée par erreur ne soit pas une de celles qui entraînent condamnation au double contre le défendeur, s'il les a niées sans succès. Quelles sont-elles? Les Institutes répondront plus tard à cette question. Pour le moment, il suffira d'en constater le petit nombre, ce qui atténue singulièrement l'importance de cette troisième condition ; on peut citer à titre d'exemple : l'action *judicati*,

(1) C'est dans le même sens que l'usucapion ne peut se contenter d'une bonne foi qui reposerait sur une erreur de droit (L. 4, D. *De juris et facti ign.*, 22-6).

l'action *legis Aquiliæ* et la *condictio ex testamento* dans certaines hypothèses (*Inst*. L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 7).

Il est d'ailleurs assez difficile, pour ne pas dire impossible de rendre compte de cette règle ; on prétend généralement qu'elle repose sur l'idée d'une transaction tacite. Le débiteur qui se croit exposé à une condamnation au double paye, dit-on, pour éviter une sentence rigoureuse, il ne doit donc pas pouvoir répéter. Cette explication est inadmissible, parce que la transaction n'est pas valable à l'égard de ces dettes *quæ crescunt in duplum per infitiationem* (*Paul*, S. L. I, t. XIX, § 2).

§ II

Des parties et de la preuve dans la solutio indebiti.

Parties. — En principe, la répétition de l'indû appartient à l'auteur de la prestation, contre la personne qui l'a reçue. Si le *tradens* ou l'*accipiens* est un représentant, soit légal, comme le tuteur ou curateur, soit conventionnel, comme le mandataire, c'est le mandant qui est investi ou passible de la *condictio*. Il en serait autrement dans le cas où le mandat n'aurait pas compris le pouvoir de faire ou de recevoir le payement; le mandataire jouerait alors le rôle d'un gérant d'affaires, et devrait exercer ou subir lui-même la répétition (L. 6, § 9, D. *De negotiis gestis*, 3-5 ; L. 6. pr. § 1, 2, 3 ; L. 57, § 1, D. *De condict. indebiti*, 12-6).

Preuve. — La *condictio indebiti* suppose une triple preuve à faire : 1° il faut d'abord prouver le fait du payement; la charge en revient toujours au demandeur, conformément aux principes généraux ; 2° il faut ensuite prouver l'inexistence de la dette ; c'est encore au demandeur qu'incombe ce soin. Exceptionnellement, le défendeur a l'obligation de démontrer qu'il était bien créancier dans deux cas ; lorsqu'il a commencé par nier le fait du payement, ou lorsque le demandeur est un pupille, un mineur, une femme, un soldat, un paysan, c'est-à-dire une personne *forensium rerum expers* ; 3° il faut enfin prouver l'erreur ; peut-être la *justa causa ignorantiæ* doit-elle être établie par le demandeur pour l'erreur de droit, et présumée pour l'erreur de fait (L. 25, pr. § 1, D. *De probationibus*, 22-3.)

§ III

Effets de la solutio indebiti.

On distingue deux grandes hypothèses, suivant que la *solutio indebiti* constitue ou ne constitue pas un *furtum*.

1° La réception de l'indû constitue parfois un vol. C'est lorsque l'*indebitum* est un meuble corporel, et que l'*accipiens* le reçoit de mauvaise foi avec l'intention de se l'approprier personnellement. Dans ce cas, la *condictio indebiti* fait place aux actions qu'engendre le *furtum* (L. 18, D. *De cond. furtiva,* 13-1 ; L. 43 ; L. 86, § 6, D. *De furtis*, 47-2.

2° Dans tout autre cas, la *solutio indebiti* engendre simplement une action personnelle et *stricti juris*, la *condictio indebiti* dont les effets s'apprécient d'après la bonne ou la mauvaise foi du défendeur.

Était-il de mauvaise foi lors du payement, il doit alors restituer au demandeur le capital reçu, c'est-à-dire la chose elle-même, ou pareille quantité de choses fongibles. Si la prestation consistait dans un fait juridique, tel qu'une acceptilation, il doit l'anéantir par un acte contraire ; si le fait était irrévocable, comme un voyage, un travail matériel, il doit en payer l'estimation pécuniaire. Bref, il est tenu de rétablir autant que possible l'état de choses antérieur. En outre, avec le capital, force lui est de livrer les accessoires produits entre ses mains, tels que les fruits, les acquisitions de l'esclave, etc. Seuls, les intérêts ne sont point dus au demandeur, parce que la *condictio indebiti* est de droit strict (L. 15, pr. § 1 ; L. 31 ; L. 39, D. *De cond. indeb.*, 12-6. — L. 1. C. *De cond. indeb.*, 4-5. — *Conf.* C. C. art. 1378, 1379, 1381).

Le défendeur a-t-il été de bonne foi lors du payement, et l'est-il resté jusqu'à la demande, sa dette et sa condamnation ne dépassent pas alors son enrichissement ; car l'erreur qu'il a commise est plus excusable que celle du *tradens ;* ainsi, a-t-il aliéné la chose à titre onéreux, il sera libéré en rendant le prix ; a-t-il aliéné à titre gratuit, il sera affranchi de toute restitution (L. 26, § 12 ; L. 65, § 8, D. *De cond. indeb.*, 12-6. — *Conf.* C. C. art. 1380).

Enfin le défendeur, de bonne foi lors du payement, est-il devenu de mauvaise fois plus tard? on appliquera porportionnellement les deux règles précédentes.

Comparaison de la solutio indebiti et du mutuum. — Les Institutes rapprochent à deux reprises le *mutuum* et la *solutio indebiti*, pour constater les ressemblances de ce contrat et de ce quasi-contrat (*Inst.* L. III, t. XIV, *Quibus modis re.*, § 1. — L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 6).

Ces deux opérations juridiques présentent en effet une grande analogie ; l'une et l'autre produisent une *condictio ;* l'une et l'autre mettent *in causâ usucapiendi*, quand la tradition porte sur la chose d'autrui, et n'obligent dans ce cas à restituer *interim* au *tradens* que la possession. L'une et l'autre font une situation identique aux incapables qui par hasard y figurent, pupilles, fous, prodigues interdits ; cette situation qui nous est connue, nous amène à reconnaître, avec Justinien, que l'incapable n'est jamais investi ni tenu de la *condictio indebiti* ou de la *condictio ex mutuo*, mais seulement d'une *condictio sinè causâ* ordinaire. Celle-ci ne se restreint pas au profit qu'a pu réaliser l'*accipiens*, et comprend au contraire toute la valeur aliénée par l'incapable (*Inst.* L. III, t. XIV, *Quibus modis re.*, § 1. — *Gaïus*, III, 91. — L. 14, § 8, D. *De solutionibus*, 46-3. — *Suprà*, p. 222).

Malgré ces ressemblances, on peut au moins signaler deux différences essentielles entre le *mutuum* et le paiement de l'indû. D'abord, le *mutuum* ne s'applique qu'aux choses fongibles et suppose toujours une *datio* tandis que la *solutio indebiti* peut s'appliquer à des corps certains et ne suppose pas toujours une translation de propriété. Ensuite, la *condictio ex mutuo* est toujours *certa* tandis que la *condictio indebiti* est souvent *incerta* (1).

CHAPITRE XXXI

THÉORIE DES FAUTES DANS LES CONTRATS ET QUASI-CONTRATS.

La faute (*lato sensu*) est la violation d'un droit reconnu et garanti par la loi. Mais, elle ne présente pas toujours les mêmes ca-

(1) Il est une autre action qui se rapproche de la *condictio indebiti*, c'est la *condictio ob turpem causam ;* elle se donne en principe au *tradens* pour lui permettre de reprendre ce qui a été donné à la suite d'une convention illicite ou immorale, pourvu qu'il n'ait pas personnellement participé à cette convention (L. 2 ; L, 4, § 3 ; L. 8, D. *De cond. ob turp. caus.*, 12-5).

ractères et ne produit pas toujours les mêmes effets; on doit distinguer suivant qu'elle se produit entre personnes unies entre elles par les liens d'une obligation contractuelle et quasi-contractuelle, ou suivant qu'elle se produit entre deux personnes juridiquement étrangères l'une à l'autre.

Entre personnes qui ne sont pas unies par un lien préexistant de créance et de dette, la faute ne saurait consister que dans un acte illicite, dans la violation positive d'un droit pécuniaire ou d'une faculté essentielle, dans une atteinte aux biens ou à la personne. On entre ici dans la matière des délits ou quasi-délits, où la faute est la source d'une obligation, au lieu d'en être la conséquence. C'est la *faute pénale ;* elle implique nécessairement un fait actif, elle est *in committendo*, *in faciendo*.

Si l'on suppose au contraire qu'un débiteur, obligé en vertu d'un contrat ou quasi-contrat, n'exécute pas son obligation ou ne l'exécute qu'imparfaitement, et que cette inexécution totale ou partielle lui soit imputable, le créancier pourra alors réclamer la réparation de son préjudice par l'action même du contrat ou du quasi-contrat. Ici, la faute est la conséquence d'une obligation, au lieu d'en être la source. C'est la *faute contractuelle ;* elle n'implique pas nécessairement un fait actif et peut consister dans une simple omission ou négligence; elle est tantôt *in faciendo* ou *in committendo,* tantôt *in omittendo*.

La faute pénale et la faute contractuelle relèvent d'un principe commun; c'est que la responsabilité finit où commencent, soit le cas fortuit, soit la force majeure, à moins que le débiteur ne les ait lui-même provoqués ou qu'il ne les ait pris à sa charge (L. 6, C. *De pign. actione*, 4-24).

Mettons désormais de côté la faute pénale, qui nous occupera dans la théorie des délits et quasi-délits. Quant à la faute contractuelle, il n'y a d'intérêt à la séparer du cas fortuit qu'à propos des obligations qui portent sur un corps certain ou sur un fait ; car si la chose due n'est déterminée que dans son genre, comme de l'argent ou des denrées, les risques incombent toujours au débiteur par application de la règle : *genera non pereunt*.

Terminologie. — Dans ces termes, la faute contractuelle qui s'accompagne de mauvaise foi reçoit le nom de *dolus*. Il y a dol, toutes les fois que, par un fait actif ou passif, le débiteur contrevient *sciemment* aux obligations que le contrat lui impose.

En laissant le dol à part, la faute prend un sens plus étroit. On appelle *culpa* le fait ou l'omission qui exclut la mauvaise foi. Cette faute elle-même se subdivise en faute lourde et faute légère.

I. — La faute lourde (*culpa lata*, *magna*, *nimia*, *dolo proxima*) est l'étourderie grossière, la négligence extrême, l'irréflexion contraire au sens commun ; tel est le cas d'une personne qui, débitrice de bijoux, les oublie sur la voie publique. Pour la caractériser, les jurisconsultes romains nous disent : *lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt* (L. 213, § 2, D. *De verb. sign.*, 50-16).

Le droit perfectionné des deuxième et troisième siècles confond la faute lourde avec le dol en matière civile; c'est dans cette acception qu'on dit *magna culpa dolus* (L. 223; L. 226, D. *De verb. sign.*, 50-16).

II. — La faute légère ou proprement dite (*culpa levis*, plus souvent *culpa* sans qualification) est celle qui ne rentre pas dans la faute grave. Le caractère en paraît donc assez vague ; elle se balance entre les deux points extrêmes de la *culpa lata* et du cas fortuit.

Elle peut d'ailleurs s'apprécier de deux manières différentes : 1° tantôt au point de vue absolu. On compare alors le débiteur au type abstrait du père de famille le plus diligent; tout acte que n'eût point commis cet administrateur idéal est imputé comme une faute au débiteur. Dans le langage des interprètes, il est dit répondre en cette hypothèse de la *culpa levis in abstracto*, locution étrangère aux textes latins, qui déclarent dans les mêmes cas le débiteur tenu de *præstare culpam et diligentiam*, ou *custodiam* pour les obligations de corps certains ; 2° tantôt au point de vue relatif. On ne se préoccupe alors que des habitudes personnelles du débiteur, et sa faute consiste à rester au-dessous du soin qui lui est ordinaire dans la gestion de ses propres intérêts; il n'est dit répondre en cette hypothèse que de la *culpa levis in concreto*, idée que les Romains expriment sans employer des termes techniques ou des locutions consacrées (*Inst.* L. III, t. XXV, *De societate*, § 9).

En principe, c'est le débiteur qui est obligé de prouver l'absence de fautes; en effet, il se prétend libéré, il oppose un moyen de défense, or c'est au défendeur qu'incombe la nécessité de prouver ses moyens de défense et d'établir sa libération. Ce principe incontestable pour la *culpa levis* doit peut-être fléchir en ce qui concerne la *culpa lata*. Il est certain que le dol ne se présume jamais et que

c'est au créancier qui l'invoque à le démontrer ; en partant de là, on peut soutenir avec assez de raison que, la faute lourde devant être assimilée au dol, c'est encore au créancier que revient la tâche de la prouver en justice (L. 18, § 1, D. *De probat.*, 22-3) (1).

Principe commun à tous les contrats et quasi-contrats. — Un point constant, c'est que les parties peuvent étendre ou restreindre la responsabilité contractuelle du débiteur. Car les règles tracées en cette matière par la loi ne sont que des règles interprétatives de la volonté des contractants ; or rien n'empêche de les aggraver par un pacte *in continenti*, ou de les adoucir par un pacte même *ex intervallo ;* le pacte peut d'ailleurs n'être que tacite (L. 23, D. *De regulis juris*, 50-17).

Un seule clause est interdite, c'est de convenir qu'on ne répondra pas du dol futur ; elle serait contraire à l'ordre public et frappée de nullité. Il faut probablement en dire autant de la convention qui déchargerait par avance le débiteur des conséquences de sa faute lourde ; car si les textes sont muets à cet égard, on sait qu'en thèse générale la faute lourde équivaut au dol (L. 27, § 3, D. *De pactis*, 2-14).

Principes spéciaux aux obligations de bonne foi. — L'appréciation de la faute relève ici d'une considération qu'on n'a pas assez remarquée. C'est qu'en toute action née d'une obligation de bonne foi, le juge doit statuer *ex æquo et bono ;* par conséquent, les circonstances de l'espèce prévalent nécessairement sur une théorie quelconque. De plus, le droit romain n'offre sur ce point aucune doctrine symétrique ; les grands jurisconsultes avaient trop profondément scruté la pratique de la vie civile, pour songer un seul instant à tracer des règles purement scientifiques, dont l'inflexible uniformité aurait souvent choqué les premières notions de la justice (2).

(1) La preuve de la faute Aquilienne ou pénale est, au contraire, toujours à la charge de celui qui l'allègue.

(2) La plupart des anciens interprètes avaient imaginé une sorte de théorie dite des trois fautes dont l'inexactitude est aujourd'hui démontrée et que le Code civil a pris soin de répudier (C. C. art. 1137). Ils distinguaient trois degrés de faute : la *culpa lata*, la *culpa levis* et la *culpa levissima*. Le débiteur répondait de la première quand il n'avait aucun intérêt dans le contrat ; il répondait de la *culpa levis* quand le contrat intéressait les deux parties ; enfin, il était tenu de la *culpa levissima* quand le contrat était intervenu dans son intérêt exclusif. Ce système complètement abandonné aujourd' hui est trop symétrique, trop méthodique pour avoir été celui du droit romain ; il est en outre expressément con-

Dès lors, les principes sont et devaient être mobiles, ce qui ressemble fort à dire qu'il n'y en a pas. Il ne faut pas affirmer que la responsabilité du débiteur personnellement désintéressé dans le contrat ou quasi-contrat se restreint au dol et à la faute lourde; vraie du commodant et du dépositaire, cette règle serait fausse à l'égard du mandataire, du gérant d'affaires et du tuteur. Il ne faut pas affirmer non plus que la responsabilité du débiteur obligé dans son propre intérêt, ou même dans son intérêt exclusif, embrasse la *culpa levis in abstracto ;* vraie du vendeur, du commodataire, du gagiste, etc., cette proposition serait fausse en ce qui concerne l'associé, le précariste, etc.

Mieux vaut procéder par énumération : 1° ne répondent que du dol et de la faute lourde le commodant, le dépositaire, le précariste et l'*agrimensor* salarié (L. 1, § 1, D. *Si mens. fals.*, 11-6). 2° répondent de la *culpa levis* tous les débiteurs obligés dans leur propre intérêt, si ce n'est le précariste et l'*agrimensor ;* on apprécie la faute *in concreto* à l'égard de l'associé, du communiste, de l'acquéreur *fiduciæ causa*, du mari tenu de l'action en restitution de la dot. On l'apprécie *in abstracto* dans tous les autres cas, notamment à l'égard du vendeur, du commodataire, du gagiste, du locataire, du débiteur tenu en vertu d'un contrat innomé et même, dans le droit classique, du mandataire, du gérant d'affaires, du tuteur ou curateur, bien que ces personnes rendent un service gratuit (L. 5, § 1, D. *De præscriptis verbis*, 19-5. — L. 17 pr., D. *De jure dotium*, 23-3. — *Coll. leg. Mosaic.*, t. X, ch. 2, § 2. — *Conf.* C. C. art. 1137).

Ces diverses décisions se justifient par des motifs particuliers à chaque sorte d'opérations, et suffisamment expliqués en leur temps. Elles s'appliquent dans les contrats de bonne foi à la faute *in omittendo* comme à la faute *in committendo* (Loi *Contractus*, L. 23, D. *De regulis juris*, 50-17).

Principes spéciaux aux obligations de droit strict. — La question des fautes ne se pose pas à propos de toutes les sources d'obligations *stricti juris ;* par exemple, elle ne saurait exister dans le *mutuum* et le contrat *litteris*, puisqu'ils ont l'un et l'autre pour objet une chose de genre. Il suffira de parler de la responsabilité du débiteur tenu en vertu d'une stipulation ou d'un testament.

Stipulation. — Supposons d'abord une stipulation de donner un

damné par les textes (L. 3, D. *De periculo et comm. rei vend.*, 18-6 ; L. 9, D. *Pro socio*, 17-2. — Pothier, *Obligations*, n°s 142 et s.).

corps certain ou de faire et demandons-nous quelle est la responsabilité du *promissor*.

1° Dans la stipulation de donner, le débiteur ne répond pas de ses omissions ou négligences, fussent-elles dolosives; il n'est tenu que du dol ou de la faute qu'il commet *in faciendo*, encore même à la condition qu'il se sera mis ainsi dans l'impossibilité de transférer la propriété au créancier, ou de la lui transférer pleine et entière. Ainsi, quand je laisse mourir l'esclave que j'ai promis, je suis libéré; car je ne devais pas de soins. De même, quand je le livre empoisonné, je suis libéré; car je ne devais que la propriété au créancier, et je la lui donne (1). Mais si je tue cet esclave, ou si je l'affranchis, ou si je le grève d'usufruit ou d'hypothèque, je réponds de mon acte; car je prive le créancier de la propriété, ou je la lui procure amoindrie (L. 91, pr., D. *De verb. oblig.*, 45-1; — L. 20; L. 27, D. *De solutionibus*, 46-3; L. 7, § 3, D. *De dolo malo*, 4-3).

2° Quand la stipulation porte sur un *facere*, le débiteur n'est libéré qu'en justifiant d'un cas fortuit qui rend l'exécution impossible; cette règle veut dire que le *promissor* répond dans ce cas, non seulement de son dol mais encore de sa faute légère appréciée *in abstracto* (L. 137, § 2, 3, D. *De verb. oblig.*, 45-1).

Testament. — Pour les obligations nées d'un testament, la doctrine n'a plus la même rigueur. La personne grevée d'un legs ou d'un fidéicommis ne supporte les suites de sa *culpa levis in abstracto* que lorsqu'un bénéfice doit lui rester de la disposition testamentaire; dans l'hypothèse contraire, elle n'est tenue que de son dol et de sa faute lourde (L. 47, § 4-6; L. 108, § 12, D. *De legatis*, 1°, 30).

Le testament peut modifier ces règles, sans effacer jamais la responsabilité résultant du dol. Le légataire est d'ailleurs investi de la faculté de réclamer une *cautio legatorum*, comme on verra plus tard (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 16. — L. 72, § 3, D. *De cond. et demonst.*, 35-1).

(1) Dans tous ces cas, le créancier aurait au moins les ressources que lui offre le droit commun, il pourrait intenter ou l'action ordinaire de dol ou l'action *in factum* qui la remplace.

CHAPITRE XXXII

TROISIÈME SOURCE DES OBLIGATIONS. — DÉLITS.

(*Inst.* L. IV, t. II, III, IV.)

Les faits qualifiés de délits et de quasi-délits, et qui forment la troisième et la quatrième causes des obligations, se distinguent nettement des contrats et des quasi-contrats par leur nature illicite. Y a-t-il de même un critérium pour discerner le délit du quasi-délit? Dans notre droit français, le délit se caractérise par l'intention de nuire, et le quasi-délit par la simple faute (*Conf.* C. C. art. 1382-1386).

Rien de pareil à Rome; car le *damnum legis Aquiliæ*, intentionnel ou non, constitue toujours un délit, et le juge qui rend sciemment une sentence injuste ne commet jamais qu'un quasi-délit. Les Romains n'établissent donc entre le délit et le quasi-délit aucune distinction philosophique ou morale. S'ils en ont fait une, peut-être la faut-il chercher au point de vue historique; on appellerait alors délits tous les faits illicites et dommageables qu'avait spécialement prévus et nommés l'ancienne loi civile, et l'on réserverait le titre de quasi-délits aux faits illicites et dommageables que la jurisprudence postérieure ou prétorienne avait détachés des types primitifs, pour y appliquer une sanction particulière. Ce qui paraît d'ailleurs incontestable, c'est que cette distinction n'offre aucun intérêt pratique.

Les délits et les quasi-délits présentent trois caractères généraux qui les distinguent clairement des contrats et des quasi-contrats.

1° Les délits et quasi-délits sont tous des faits illicites et préjudiciables; aussi sont-ils tous sanctionnés par une action pénale (*actio pœnæ persecutoria*). Cette action est tantôt séparée de l'action en réparation du dommage, *actio rei persecutoria*, tantôt confondue dans la même instance judiciaire, mais toujours distincte par son but, qui est d'enrichir le demandeur en appauvrissant le défendeur. Elle poursuit donc une véritable amende; seulement cette amende est attribuée à la victime du fait illicite, et se réclame d'après les règles et dans les formes de la procédure ordinaire. Cette action pénale est donc essentiellement civile. Autrement dit, les délits et quasi-

délits dont l'étude s'ouvre en ce moment sont de l'ordre privé ; on les appelle *delicta privata.*

Une différence profonde les sépare d'autres faits illicites qui forment l'objet du droit criminel ; ces derniers, appelés en général *crimina*, donnent lieu à des poursuites intentées suivant une procédure spéciale, devant des juridictions à part, et dont les résultats, peines corporelles ou autres, ne profitent pas à la partie lésée. Bref les délits ou quasi-délits civils engendrent des *judicia privata*, comme un simple contrat ; les infractions pénales engendrent des *judicia privata*, tout à fait étrangers à notre plan (*Inst.* L. IV, t. XVIII, *De publicis judiciis*) (1).

2° En matière de délits et de quasi-délits, la capacité de s'obliger s'entend d'une manière beaucoup plus large que dans les contrats et quasi-contrats. En effet, les seules personnes incapables de s'obliger par leurs délits ou quasi-délits sont celles qui sont irresponsables de leurs actes, c'est-à-dire les fous dans leurs intervalles non lucides, et les *infantes* ou les *infantiæ proximi.* Toutes les autres incapacités signalées à propos des contrats ou des quasi-contrats disparaissent ici ; car elles sont plus ou moins artificielles, et fléchissent devant la grande loi naturelle qui met à la charge de chacun son dol ou sa faute. Ainsi les esclaves, l'impubère *doli capax* ou *puberbati proximus*, les prodigues interdits, et dans le droit ancien les femmes en tutelle, s'obligent valablement par leurs délits ou quasi-délits (*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig quæ ex delicto*, § 18. — L. 111, D. *De regulis juris*, 50-17) (2).

3° Les Institutes font observer assez spécieusement que dans les délits ou quasi-délits l'obligation se forme toujours *re*. Cela veut dire que pour s'obliger par un fait délictueux, il ne suffit jamais de le vouloir, ni même d'en manifester la volonté verbalement ou par écrit, ou par une tentative ; il faut le commettre, le réaliser (*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, pr.).

Justinien et Gaius ne mentionnent que quatre délits privés : 1° le vol simple, *furtum ;* 2° le vol avec violence, *rapina ;* 3° le *damnum*

(1) Un fait illicite peut donc constituer ou un délit public ou un délit privé ; il peut aussi impliquer à la fois les éléments d'un *crimen* et d'un *delictum privatum.*

(2) L'*infantix proxima ætas* se déterminait non d'après l'âge de l'impubère, mais d'après le degré de son état intellectuel.

legis Aquiliæ ; 4° l'injure, *injuria* (*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto, pr. in fine.* — *Gaius*, III, 182. — L. 4, D. *De oblig. et act.*, 44-7).

Quoiqu'on ait affirmé que cette énumération fût limitative, il paraît établi cependant que le droit romain a connu d'autres délits que ceux dont il est question aux Institutes ; tel est par exemple le délit spécial *de tigno juncto*, tel est encore le délit *de arboribus furtim cæsis* (D. *De tigno juncto*, 47-3. — D. *Arbor. furtim cæs.*, 47-7) (1).

Nous ne parlerons que des quatre délits étudiés par Justinien.

PREMIÈRE SECTION

FURTUM.

(*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto.*)

L'expression romaine *furtum* est beaucoup plus large que notre mot *vol*, car elle comprend un certain nombre d'hypothèses que la loi pénale française qualifie d'escroqueries ou d'abus de confiance (*Conf.* C. Pén. art. 379 et s.).

On n'est pas d'accord d'ailleurs sur l'origine étymologique de ce mot ; certains jurisconsultes le font venir de *furvum* qui veut dire noir parce que le vol s'opère d'ordinaire clandestinement ; d'autres le font venir du mot *fraus ;* quelques-uns le tirent du verbe *ferre ;* enfin d'autres le font dériver du grec φῶρ qui lui-même vient de φέρειν (*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 2. — L. 1, pr., § 1, D. *De furtis*, 47-2).

§ I

Définition et éléments constitutifs du furtum.

Justinien définit ainsi le *furtum* aux Institutes : *furtum est contrectatio rei fraudulosa* (*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delic.*, § 1).

Mais cette définition est incomplète, car il ne suffit pas qu'il y ait détournement frauduleux ; il faut en outre que ce détournement soit préjudiciable et qu'il ait eu lieu en vue de procurer un bénéfice au voleur (L. 1, § 3, D. *De furtis*, 47-2).

La définition complète serait donc celle-ci : *furtum est contrectatio rei fraudulosa, ledens aliquem, lucri faciendi gratia.* Le vol est le

(1) Les différents délits tant privés que publics sont étudiés au Digeste dans les livres 47 et 48 ; c'est pour cela que les commentateurs les ont qualifiés de *libri terribiles.*

détournement frauduleux et dommageable d'une chose, avec l'intention de se l'approprier et d'en tirer un bénéfice.

En analysant cette définition, on y trouve quatre éléments qui ne sont autres que les éléments constitutifs du *furtum*. Pour qu'il y ait vol, au sens romain du mot, il faut :

1° Un fait matériel, le détournement, *contrectatio rei;*

2° Un fait intentionnel, *animus furandi ;*

3° Un préjudice causé à autrui, *læsio alicujus;*

4° L'intention de faire un gain, *animus lucri.*

I. — **Contrectatio rei.** — Le *furtum* suppose d'abord un élément matériel, une *contrectatio rei.* Ce mot, beaucoup moins étroit que notre terme de *soustraction,* exprime une idée de maniement, d'appréhension avec ou sans déplacement, pourvu que le déplacement soit possible. Ainsi le créancier gagiste peut commettre un *furtum* en refusant la restitution du gage ; son acte pourtant ne constitue ni soustraction ni déplacement (*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig, quæ ex delicto*, § 6).

Il résulte de là que le *furtum* suppose de toute nécessité une chose corporelle et mobilière. Le vol des immeubles fut déclaré impossible, après une controverse dont les traces sont nombreuses ; mais les préteurs protégèrent la possession immobilière par le moyen des *interdicta* (*Gaius*, II, 51. — *Inst.* L. II, t. VI, *De usucap.*, § 7).

Il ne suffit même pas pour qu'une chose puisse faire l'objet d'un *furtum* qu'elle soit mobilière et corporelle, il faut de plus qu'elle soit *in commercio.* Ainsi ne sont pas susceptibles de vol les *res sacræ* ni les *res publicæ ;* mais leur détournement est puni avec une grande sévérité par la *lex Julia peculatûs* (*Inst.* L. IV, t. XVIII, *De publ. jud.*, § 9).

De même, les personnes libres restent en dehors de ce délit, et leur séquestration constitue le crime particulier de *plagium* réprimé par la *lex Favia de plagiariis* (*Inst.* L. IV., t. XVIII, *De publ. jud.*, § 10).

Par exception cependant le *furtum* est applicable aux individus *in potestate*, au *judicatus* ou débiteur que le créancier a le droit d'incarcérer dans sa maison pour condamnation inexécutée, à l'*auctoratus* ou mercenaire qui s'est loué comme gladiateur. Dans tous ces cas, le *paterfamilias*, le créancier et le *conductor* souffrant un préjudice matériel du détournement dont ils ont été les victimes, peuvent se faire indemniser par l'action *furti* (*Gaius*, III, 199. — L. 38,

D. *De furtis*, 47-2. — *Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, § 9).

II. **Animus furandi.** — Le *furtum* implique en outre un élément moral, l'intention, que les textes appellent *animus furandi*. Cet élément comprend deux choses : le discernement, la mauvaise foi.

Discernement. — On veut dire par là que tous ceux qui sont incapables de comprendre ce qu'ils font ne peuvent pas juridiquement commettre de vol ; tels sont : les fous et les enfants en bas âge, *infantes* et *infantiæ proximi*. En un mot, pour pouvoir commettre un *furtum*, il faut être *doli capax* (*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 18. — *Suprà*, p. 475).

Mauvaise foi. — L'*animus furandi* suppose en second lieu la mauvaise foi du délinquant, c'est-à-dire la conviction d'agir contre le gré du maître, *invito domino*. Par exemple, un héritier dispose d'un objet qu'il croyait héréditaire, l'usufruitier d'une esclave dispose du *partus* qu'il s'imagine lui appartenir ; l'erreur de fait du premier et l'erreur de droit du second excluent également le vol. Il va de soi d'ailleurs que l'erreur n'est excusable qu'en de certaines limites (*Inst.* L. II, t. VII, *De usucap.*, § 4, 5 ; L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 8).

Dès que l'*animus furandi* fait défaut à un titre quelconque, il n'y a pas vol et Justinien n'exagère rien en disant *furtum ex affectu consistit* (*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, § 18).

III. **Læsio alicujus.** — Il faut en troisième lieu, que la *contrectatio* accompagnée de l'*animus furandi* produise un préjudice pour quelqu'un, une atteinte aux droits d'autrui, une *læsio alicujus*,

De là vient que le vol est inapplicable aux choses qui n'ont ni propriétaire, ni détenteur intéressé à les conserver, comme sont les *res derelictæ*. Quant aux *res hereditariæ* en particulier, il ne suffit pas qu'elles aient un propriétaire pour que le vol en soit possible ; il faut de plus qu'elles aient un possesseur ; ainsi, tant que l'hérédité demeure jacente, et même après l'adition d'hérédité, jusqu'à la prise de possession réelle par l'héritier, l'usurpateur qui s'en empare ne commet pas un *furtum* (*Gaius*, III, 201. — *Paul*, S. L. II, t. XXXI, § 11) (1).

Cette règle bizarre, destinée sans doute à faciliter l'usucapion *pro herede*, ne doit pas se généraliser ; car les textes voient un vol dans

(1) Mais il encourt depuis Marc-Aurèle le *crimen expilatæ hereditatis* (L. 1, D. *Expilatæ hered.*, 47-19. — *Supra*, p. 177).

l'occupation frauduleuse d'une chose perdue, parce qu'elle a encore un propriétaire; cependant elle n'a plus de possesseur (L. 43, § 4, D. *De furtis*, 47-2).

Le préjudice est donc un élément essentiel du *furtum*, mais la nature du préjudice importe peu; il n'est pas nécessaire en d'autres termes que la *contrectatio* s'applique à la propriété d'autrui, car le droit romain admet que le vol peut porter sur l'usage ou même sur la possession d'une chose (*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, § 6, 7, 10. — *Gaïus*, III, 200).

Furtum rei vel usûs, vel possessionis : — 1° Il y a *furtum rei*, lorsqu'on prend la chose d'autrui, et que le droit lésé est la propriété; notre Code pénal n'en connaît pas d'autre; 2° il y a *furtum usûs*, lorsque le détenteur régulier de la chose d'autrui en use sans droit, ou dépasse l'usage qu'il a droit d'en faire; le premier cas est celui du gagiste et du dépositaire, le second est celui du commodataire; 3° il y a enfin *furtum possessionis*, lorsqu'un propriétaire dépouille de sa chose, soit un possesseur intéressé à conserver la possession, comme le gagiste non payé, l'acheteur de bonne foi, soit un détenteur intéressé à conserver la détention, comme l'usufruitier ou le commodataire avant le terme fixé pour la restitution (*Gaïus*, III, 200. — L. 59, D. *De furtis*, 47-2.)

Il est donc manifeste que, dans la loi romaine, le propriétaire peut se trouver voleur de sa propre chose (1).

IV. **Animus lucri.** — Le dernier élément requis pour constituer le *furtum* est l'*animus lucri*, c'est-à-dire l'intention de faire un bénéfice, de se procurer un gain. Donc n'est pas voleur quiconque détourne la chose d'autrui par le seul désir de nuire et avec l'intention de la détruire immédiatement; son acte sera réprimé comme délictueux par la *lex Aquilia*, mais il ne sera pas qualifié de vol (L. 27, § 25, D. *Ad. leg. Aquil.*, 9-2).

N'est pas voleur non plus, au dire d'Ulpien, celui qui s'empare *libidinis causa* de l'*ancilla* d'autrui (L. 39, D. *De furtis*, 47-2. — *Contrà*, *Paul*, S. L. II, t. XXXI, § 12).

Cependant, il y aurait vol, si le voleur donnait à un tiers la chose volée, car, suivant la judicieuse remarque de Gaius, *species enim*

(1) Quand la chose a été volée par le propriétaire lui-même, la *res* ne devient pas *furtiva* et l'usucapion n'en est point empêchée. La raison de cette décision est qu'au moment où le *furtum* a été commis, le vice a été purgé puisque la chose est revenue entre les mains du *dominus* (L. 20, § 1, D. *De furtis*, 47-2).

lucri est ex alieno largiri et debitorem beneficii sibi adquirere (L. 54, § 1, D. *De furtis*, 47-2).

Quand l'un de ces quatre éléments vient à manquer, il n'y a pas de vol. C'est par application de ce principe que le commodataire, tout en croyaut faire de la chose prêtée un usage contraire à la volonté du maître, ne commet pas un *furtum*, s'il se trouve qu'en réalité le propriétaire consentait à ce changement d'usage (*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 8).

Mais Justinien innove dans un cas spécial. Je conseille à l'esclave de Titius de voler son maître et de me livrer le produit du vol; l'esclave avertit Titius, qu'il l'invite à me porter l'objet, pour me prendre en flagrant délit. Y a-t-il lieu contre moi, soit à l'*actio furti*, soit à l'*actio servi corrupti*, action que le préteur donne au maître pour le double du préjudice qui lui est causé dans la valeur physique ou morale de son esclave? Les jurisconsultes classiques refusaient l'une et l'autre, l'*actio furti* parce qu'il n'y avait pas eu de vol, l'*actio servi corrupti* parce qu'il n'y avait pas eu de corruption. Justinien prend le contre-pied de cette décision et donne les deux actions; il entre par là dans la voie qui a conduit notre loi moderne à punir souvent la tentative comme le délit consommé. L'indemnité sera ce qu'elle eût été si l'esclave s'était laissé corrompre (*Gaius*, III, 198. — *Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 8. — *Conf.* C. Pén. art. 388, 401.)

§ II

Diverses espèces de vol.

Dans l'ancien droit romain, on distinguait six espèces de vol : 1° le *furtum manifestum;* 2° le *furtum nec manifestum;* 3° le *furtum conceptum;* 4° le *furtum oblatum;* 5° le *furtum prohibitum;* 6° le *furtum non exhibitum* (*Gaïus*, III, 183. — *Paul*, S. L. II, t. XXXI, § 2).

A vrai dire cependant et pour parler un langage plus exact, le *furtum manifestum* et le *furtum nec manifestum* constituaient seuls des espèces particulières de vol. Les autres n'étaient que des dénominations spéciales du vol ordinaire basées sur les circonstances survenues lors du délit ou sur les actions qui en découlaient (*Gaïus*, III, 183).

I. **Furtum manifestum nec manifestum.** — Le sens précis de cette distinction fut longtemps discuté. A l'époque classique, quatre systèmes sont en lutte : 1° il n'y a vol manifeste qu'autant que le vo-

leur est pris sur le fait, dans la perpétration même de l'acte, ou, pour employer l'expression moderne, en flagrant délit; cette opinion avait prévalu peut-être à l'origine; 2° il suffit que le voleur soit pris sur le théâtre du vol, *in oliveto*, *in vineto*, *in domo*, sans rechercher si le délit est ou non consommé; cette doctrine l'emporte au temps de Gaïus, qui l'adopte; 3° le voleur est-il encore nanti de la chose quand on le découvre, même plusieurs jours après le délit et dans un lieu quelconque, le *furtum* est *manifestum*; Gaius constate que cette rigueur était unanimement réprouvée de son temps, par la raison sans doute que les caractères d'un délit doivent s'apprécier au moment du délit; 4° dans le droit de Justinien, il y a *furtum manifestum* lorsque le voleur est surpris avant d'avoir porté la chose à sa destination, le jour même du vol; dans tout autre cas, le *furtum* est *nec manifestum* (*Gaius*, III, 183-185. — *Inst*. L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 3).

Intérêt de la distinction. — Cette distinction présentait un grand intérêt, surtout dans la législation des Douze Tables. Le *fur nec manifestus* n'encourait qu'une peine pécuniaire, égale au double du préjudice causé, et poursuivie par l'action *furti nec manifesti*. Le *fur manifestus* subissait la flagellation, et l'on s'en tenait là pour l'impubère; contre le pubère la peine devenait capitale. C'était la mort pour l'esclave, qu'on précipitait de la roche Tarpéienne. C'était pour l'homme libre, une sentence d'*addictio* qui l'attribuait à la personne volée; il en résultait une *capitis deminutio* dont la nature est incertaine, mais qui, si elle n'était l'esclavage, y conduisait rapidement. Le châtiment exagéré du *furtum manifestum* fut adouci par le préteur; il y substitua une peine pécuniaire du quadruple, poursuivie par l'action *furti manifesti* (*Gaius*, III, 189, 190. — *Inst*. L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 5).

Du reste, à toutes les époques et dans tous les systèmes, la distinction du *furtum manifestum* et du *furtum nec manifestum* aboutissait à favoriser le voleur habile. Ce point de vue n'était pas rare dans l'antiquité; Sparte et l'Égypte l'ont également connu (Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, l. XI, ch. XVIII).

II. **Furtum conceptum.** — Il y avait *furtum conceptum* lorsque la chose volée était cherchée et trouvée en présence de témoins chez un tiers; ce détenteur, ne fût-il pas le voleur, était tenu de l'action *furti concepti*. Cette action aboutissait tantôt au triple et tantôt au quadruple; elle se donnait *in triplum* lorsque la perquisi-

tion avait eu lieu sans formes solennelles; elle se donnait *in quadruplum* lorsque la recherche de la chose volée s'accomplissait avec certaines formalités que Gaïus nous décrit et qu'il qualifie lui-même de ridicules. La perquisition se faisait alors par un homme simplement vêtu d'une ceinture de lin et portant un plat à la main; c'était le *furtum lance licioque conceptum* (*Gaius*, III, 186, 192, 193. — *Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 4).

III. **Furtum oblatum.** — Le *furtum* était dit *oblatum* lorsqu'une personne avait remis une chose volée à un tiers afin qu'on la découvrît chez lui. Le détenteur de bonne foi avait alors contre celui qui lui avait donné la *res furtiva* une action au triple qu'on appelait l'action *furti oblati* (*Gaius*, III, 187. — *Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 4).

Les deux actions que nous venons de signaler furent organisées par la loi des Douze Tables; le préteur à son tour en organisa deux autres : l'action *furti prohibiti* et l'action *furti non exhibiti.*

IV. **Furtum prohibitum.** — Il y avait *furtum prohibitum* lorsqu'une personne s'opposait à ce qu'on fît chez elle avec les formalités requises la perquisition d'une chose volée. Ce refus donnait lieu contre elle à l'action *furti prohibiti* qui aboutissait au quadruple (*Gaius*, III, 192).

V. **Furtum non exhibitum.** — Enfin le *furtum* prenait le nom de *furtum non exhibitum* lorsque le détenteur de la chose volée ne la représentait pas sur la sommation qui lui était faite. Le préteur donnait alors l'action *furti non exhibiti;* cette action n'est mentionnée que par les Institutes et par Théophile qui ne nous indiquent pas le montant de la condamnation; mais, il est vraisemblable qu'on y avait attaché la peine du quadruple pour étendre au détenteur l'adoucissement de la peine primitivement appliquée au *fur manifestus* (*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 4. — Théophile, *De oblig. quæ ex delicto*, § 4).

Ces diverses procédures tombèrent en désuétude et Justinien les supprima formellement; la seule distinction qui fut conservée fut celle du *furtum manifestum* ou *nec manifestum* (*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 4 *in fine*).

§ III

Actions qui naissent du furtum.

Le *furtum* engendre deux catégories très distinctes d'actions, les unes pour tendre à la réparation du préjudice causé, *ad rei persecutionem*, les autres pour tendre à la punition pécuniaire du voleur, *ad pœnæ persecutionem*.

Actiones rei persecutoriæ. — Les actions *rei persecutoriæ* destinées à poursuivre la réparation du préjudice causé sont au nombre de trois : 1° la revendication ; 2° l'action *ad exhibendum* ; 3° la *condictio furtiva*.

Les deux premières n'ont ici rien de contraire au droit commun, puisque le vol laisse la propriété au volé. La troisième présente au contraire un caractère exceptionnel, puisqu'elle tend à procurer au volé la propriété qu'il a déjà, or *nemo rem suam condicere potest*. Mais l'attribution de cette *conditio* s'explique, comme dit Gaïus, *odio furum*, par la nécessité d'attribuer au volé certains avantages de la qualité du créancier (*Gaius*, IV, 4).

En effet, quand la chose a péri fortuitement, le voleur ne peut être poursuivi ni par la revendication ni par l'action *ad exhibendum* ; mais il reste tenu de la *condictio furtiva*, parce que le vol l'a mis en demeure de restituer, et que la demeure laisse les cas fortuits à la charge du débiteur (L. 20, D. *De condictione furtiva*, 13-1).

Par une application plus rigoureuse encore du même principe, la condamnation prononcée sur la *condictio furtiva* égale toujours la plus haute valeur que la chose a pu avoir depuis le délit ; au contraire, le défendeur à la revendication ou sur l'action *ad exhibendum* se libère en restituant l'objet tel quel, c'est-à-dire dans l'état où il se trouve sans son dol ni sa faute (L. 8, § 1 ; L. 13, D. *De condict. furtiv.*, 13-1).

Enfin la *condictio furtiva* se donne toujours contre les héritiers du voleur, continuateurs de sa dette ; tandis qu'ils n'encourraient la revendication ou l'action *ad exhibendum* qu'à la condition de posséder la chose volée (L. 7, § 2, D. *De condict. furtiv.*, 13-1. — *Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex délict.*, § 19) (1).

Ces trois actions ont plusieurs caractères communs : 1° elles n'ap-

(1) La *condictio furtiva* n'est jamais accordée lorsque, par exception, le *furtum* s'applique à un homme libre (L. 38, § 1, *De furtis*, 47-2).

partiennent, en principe, qu'au propriétaire de la chose volée ou à ceux qui ont un droit réel sur la chose; 2° elles passent activement aux héritiers; 3° elles ne s'intentent qu'à l'encontre de l'auteur ou des auteurs du vol, et non des simples complices (L. 1; L. 6; L. 12, § 1, D. *De condict. furtiv.*, 13-1. — *Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 19).

Du reste, ces actions ne se cumulent pas entre elles, parce qu'un même préjudice ne peut donner droit à plusieurs réparations; mais elles se cumulent avec l'action purement pénale, parce que ces différentes actions ne tendent pas au même but. Enfin dans le cas où il y a plusieurs voleurs, les actions *rei persecutoriæ* ne peuvent s'intenter qu'une seule fois, tandis que l'action *furti* se donne *in solidum* contre chacun des délinquants (L. 6; L. 7, § 1, D. *De cond. furtiv.*, 13-1).

Actio furti. — L'action destinée à poursuivre la punition pécuniaire du vol, au profit du volé, s'appelle *actio furti.*

Montant de l'actio furti. — Nous savons déjà qu'elle aboutit tantôt au quadruple, tantôt au double, selon que le *furtum* est *manifestum* ou *nec manifestum*. Mais quel est le *simplum*, c'est-à-dire l'unité que le juge doit quadrupler ou doubler? Le simple, c'est la valeur matérielle de l'objet, appréciée depuis le vol au moment le plus avantageux pour le demandeur, et augmentée de tout le préjudice qu'il a souffert du délit. Par exemple, si la chose a péri ou subi des détériorations après le vol, le voleur devra ce qu'elle valait quand il l'a prise; si la chose a reçu des plus-values, elles entrent dans l'estimation totale, eussent-elles disparu avant l'action. En outre, la chose avait-elle pour le volé une valeur extrinsèque? était-ce, par exemple, une reconnaissance de dette, une quittance, un esclave appelé à une hérédité, etc.? la valeur du droit qu'elle représentait s'ajoute à sa valeur matérielle. L'action *furti* est de plus infamante, c'est dire qu'elle entraîne la note d'infamie contre tous ceux qu'elle frappe (L. 27; L. 50, D. *De furtis*, 47-2).

Qui peut intenter l'action furti? — A la différence des *actiones rei persecutoriæ*, l'action *furti* ne compète pas nécessairement au propriétaire, bien qu'il en soit investi le plus souvent. En thèse générale, elle appartient à toute personne intéressée et passe à ses héritiers; elle est d'ailleurs refusée au propriétaire dans le cas où le préjudice résultant du vol ne reste pas à sa charge (*Gaius*, III, 203. — *Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 13).

Mais de quel intérêt faut-il tenir compte ? Il ne peut être évidemment question d'un intérêt déshonnête ; on ne saurait donc, par exemple, accorder l'action *furti* au possesseur de mauvaise foi. Cette réserve faite, on doit dire que tout intérêt fondé sur la propriété ou la détention donne droit à l'action de vol (L. 17, § 5, D. *De præscript. verbis*, 19-5).

Cet intérêt peut apparaître dans le préjudice qui résulte directement de la perte de la chose. Tel est le cas du propriétaire et de l'usufruitier ; l'action de vol leur appartient quelquefois ensemble, à l'un pour le double ou le quadruple de son usufruit, à l'autre en proportion de sa nue propriété. Tel est aussi le cas du possesseur de bonne foi, que le vol empêche d'usucaper (L. 46, § 1, D. *De furtis*, 47-2. — *Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, § 15).

L'intérêt peut dériver aussi de la responsabilité qu'on encourt, et subsidiairement de la solvabilité qu'on présente. Par conséquent, le dépositaire et le précariste n'ont pas en principe l'*actio furti*, parcequ'ils ne répondent pas du vol (*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 17).

Pour le motif contraire, elle s'ouvre au locataire, au mandataire, au gérant d'affaires, pourvu qu'ils soient solvables ; autrement ils ne sauraient indemniser le propriétaire, et l'action serait donnée à ce dernier pour son propre compte (*Gaius*, III, 205, 206. — *Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 15).

Justinien modifie ce principe à l'égard du commodat ; car il laisse au commodant le choix de poursuivre le vol par l'action *furti*, en renonçant à toute poursuite contre le commodataire, ou de poursuivre celui-ci par l'action *commodati*, en lui abandonnant la poursuite contre le voleur ; son option est irrévocable (*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 16. — L. 22, C. *De furtis*, 6-2).

Quant au créancier gagiste, son intérêt est double, et dérive à la fois de son droit réel de gage et de sa position de débiteur. Le propriétaire partage avec lui le droit à l'action de vol, et le libère, s'il en use, de toute responsabilité du *furtum* (L. 14, § 2, D. *De furtis*, 47-2. — *Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 14).

On se demande si dans les cas où l'action *furti* est intentée par un autre que le propriétaire, ce dernier a le droit d'exiger l'excédant du double ou du quadruple obtenu sur le préjudice subi par le demandeur ? Justinien mentionne les hésitations des jurisconsultes classiques sur ce point, et paraît les trancher au profit du deman-

deur, c'est-à-dire en lui attribuant la somme tout entière (L. 22, § 3, C. *De furtis*, 6-2).

Contre qui peut s'intenter l'action furti ? — En sa qualité de pénale, l'action *furti* n'est jamais transmissible contre les héritiers des personnes qui l'ont encourue.

Sont soumis à cette action : 1° le voleur lui-même ; 2° les complices, c'est-à-dire les personnes qui ont aidé le voleur de leur concours matériel ou moral, *ope*, en connaissance de cause, *consilio* ; 3° les recéleurs, considérés comme des continuateurs du vol, et que les textes qualifient de *pessimum genus*, *sinè quibus latere diù nemo potest* (L. 34, D. *De furtis*, 47-2 ; L. 1 ; L. 2 , D. *De receptatoribus*, 47-16. — *Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delicto*, § 4, 11. — *Conf.* C. pén. art. 59, 60, 62) (1).

Exceptions. — Il y a trois cas exceptionels où le voleur échappe à l'action *furti :* 1° le vol est commis par une personne *alieni juris* contre son père ou son maître ; l'action *furti* est impossible ici comme toute autre action, mais le *pater* a le droit de punir à son gré ; 2° le vol est commis par un affranchi contre son patron ; l'action est alors écartée comme *famosa* ; 3° le vol entre époux non divorcés n'engendre pas l'action de vol, *quæ turpis negatur in honorem matrimonii ;* mais il donne lieu à une réparation civile qui se poursuit durant le mariage par la revendication ou la *condictio*, après le divorce par une action *rerum amotarum* (L. 28, D. *De actione rer. amot.*, 25-2; L. 9, D. *De furtis*, 47-2. — *Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 12. — *Conf.* C. pén. art. 380).

Dans toutes ces hypothèses et quelques autres pareilles, qu'on pourrait coufondre sous le nom de *furta domestica* (réservé par les textes à certaines d'entre elles), le fait ne perd pas son caractère de *furtum*. Il produit donc son effet civil de rendre la chose *furtiva* sous le rapport de l'usucapion, et son effet pénal d'autoriser l'action de vol contre le complice (L. 29, D. *De act. rer. amot.*, 25-2. — *Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 12).

Poursuite criminelle. — Une peine pécuniaire dut paraître insuffisante envers les voleurs insolvables, surtout après la disparition des conséquences terribles de la vieille *manûs injectio*.

Aussi la jurisprudence en revint-elle à voir dans le vol, non plus

(1) Le complice n'est jamais considéré comme *fur manifestus*, aussi ne subit-il jamais de condamnation au quadruple. (*Inst.* L. IV, t. I, *De oblig. quæ ex delict.*, § 4).

seulement un délit privé, mais une atteinte portée à l'ordre social. On permet donc au volé d'exercer un *crimen privatum* qui aboutissait à des peines corporelles. En recourant à cette voie, on se fermait l'accès de l'action *furti*. La réciproque était sans doute admise (L. 3, § 1, D. *De officio præfect. vigil.*, 1-15 ; L. 13, pr., D. *De offic. præsidis*, 1-18; L. 56, § 1 ; L. 92, D. *De furtis*, 47-2).

DEUXIÈME SECTION

RAPINA.

(*Inst.* L IV, t. II, *De bonis vi raptis.*)

La *rapina* n'est qu'une variété du *furtum ;* c'est le vol qualifié par l'emploi de la violence. Ce fut le préteur qui la sépara du simple *furtum*, et qui donna contre le *raptor* une action spéciale, l'action *vi bonorum raptorum* (*Inst.* L. IV, t. II, *De bonis vi raptis*, pr.).

Conditions. — L'enlèvement avec violence constitue la *rapina*, dans tous les cas où l'enlèvement clandestin constituerait le *furtum*. On exige donc ici les mêmes conditions que pour le vol, c'est-à-dire la *contrectatio* d'une ou de plusieurs choses mobilières, accompagnée de l'*animus furandi* et des divers autres éléments que nous avons étudiés ailleurs. Quant à la violence, qui est le propre de la *rapina*, il n'importe qu'elle soit exercée par un homme seul, ou par plusieurs, *coacti homines ;* il importe peu également que le ravisseur ou les ravisseurs aient été ou non munis d'armes (*Inst.* L. IV, t. II, *De bonis vi raptis*, pr. — L. 2, pr., § 7, § 12, D. *Vi bon. rapt.*, 47-8).

Cette action appartient à toutes les personnes qui auraient été investies de l'action *furti* au cas de vol simple. Il faut remarquer pourtant que la faute des possesseurs ou détenteurs responsables, qui fait naître leur intérêt à l'action, est ici moins facile à comprendre qu'en l'hypothèse d'un simple *furtum ;* car ils ne doivent pas compte de la force majeure. Une faute de leur part est néanmoins concevable ; les textes citent l'exemple d'un débiteur d'objets précieux qui s'expose sur une route infestée de brigands (L. 1, § 4, D. *De oblig. et act.*, 44-7. — *Inst.* L. IV, t. II, *De bonis vi raptis*, § 2).

Effets. — L'action *vi bonorum raptorum* tend au quadruple et le quadruple se calcule ici comme dans l'action de vol (L. 2, § 13, D. *Vi bon. rapt.*, 47-8; L. 50, D. *De furtis*, 47-2).

Mais elle est mixte ; en d'autres termes, elle procure jusqu'à concurrence du simple la réparation du préjudice, et n'est pénale que

pour le surplus. Par conséquent, le propriétaire qui l'a exercée ne peut plus faire usage de la revendication ni de la *condictio;* réciproquement, s'il a commencé par l'une de ces dernières, il n'est plus recevable à l'action *vi bonorum raptorum ;* que pour le triple (L. 1, D. *Vi bon. rapt.*, 47-8. — *Inst.* L. IV, t. II, *De bonis vi raptis*, pr.).

De plus, comme les actions prétoriennes en général, notre action n'est qu'annale; cette qualification signifie qu'après une année utile, elle se réduit au simple et n'est plus pénale (*Inst.* L. IV, t. II, *De bonis vi raptis*, pr.).

Par ces deux caractères, elle se distingue des actions *furti.* Il en résulte que le préteur a voulu seulement aggraver pour une année la situation du *fur nec manifestus* qui a employé la violence pour commettre le vol. On doit conclure de là que celui qui aura été victime d'un *furtum manifestum* n'aura jamais intérêt à recourir à l'action *vi bonorum raptorum;* mieux vaut pour lui invoquer l'action *furti manifesti* qui est purement pénale et se cumule avec la *condictio* ou la revendication (L. 1, D. *Vi bon. rapt.*, 47-8).

L'action *vi bonorum raptorum* se donne pour le tout, *in solidum* contre chacun des auteurs de la *rapina ;* mais elle ne s'intente jamais contre les héritiers du *raptor*, même pour le simple. On a pensé que la *condictio* suffirait à les dépouiller de leur enrichissement (L. 2, § 27, D. *Vi bon. rapt.*, 47-8).

Voie criminelle. — L'auteur ou les auteurs de la *rapina* tombaient aussi sous l'application de la loi *Julia de vi*, qui organisait, non pas un simple *crimen privatum*, comme au cas de vol sans violence, mais une véritable poursuite criminelle ouverte à tout le monde, un *judicium publicum.* L'exercice de la réclamation pécuniaire fermait sans doute l'accès de la voie criminelle au propriétaire, mais non au tiers (*Paul*, S. L. V, t. XXVI. — *Inst.* L. IV, t. XVIII, *De public. judiciis*, § 8. — L. 2, § 1, D. *Vi bon. rapt.*, 47-8).

Cas où la violence ne constitue pas une rapina. — La nécessité de l'*animus furandi* pour constituer la *rapina* rendait l'action *vi bonorum raptorum* inadmissible contre le propriétaire ou le créancier qui se mettait violemment en possession de la chose objet de son droit.

Cependant la loi romaine ne pouvait pas permettre qu'on se fît justice soi-même, en employant la violence ; l'ordre public s'y opposait. Aussi décida-t-on que le créancier ou le propriétaire tomberait sous l'application de la loi *Julia de vi.* Mais cette sanction n'ayant

pas été jugée suffisante, les empereurs organisèrent une répression civile. Depuis Marc-Aurèle, le créancier perdit sa créance ; depuis Valentinien, Théodose et Arcadius, le propriétaire perdit sa propriété au profit du détenteur, et le ravisseur de bonne foi de la chose d'autrui dut la restituer et de plus en payer la valeur (L. 1 ; L. 5; L. 8, D. *Ad leg. Juliam*, 48-7. — L. 7, C. *Unde vi*, 8-4. — *Inst.* L. IV, t. II, *De bonis vi raptis*, § 1).

TROISIÈME SECTION

INJURE.

(*Inst.* L. IV, t. IV, *De injuriis.*)

Le mot *injuria*, dans un sens large, embrasse tout acte contraire au droit, *omne quod non jure fit*. Le même terme reçoit aussi trois significations spéciales, et désigne : 1° l'injustice, l'iniquité que souffre la personne abusivement condamnée par un magistrat ou un juge, *iniquitas*, *injustitia;* 2° la faute préjudiciable à quelqu'un, c'est-à-dire le délit prévu par la loi Aquilia, *damnum*, *culpa;* 3° l'outrage, l'insulte, l'affront, *contumelia*. C'est dans ce dernier sens que l'*injuria* forme le délit dont il est question (*Inst.* L. IV, t. IV, *De injuriis*, pr).

Éléments constitutifs de l'injure. — Comme le *furtum* et la *rapina*, l'injure suppose d'abord l'intention coupable, c'est-à-dire la volonté d'outrager, de blesser la réputation, l'honneur ou la dignité de quelqu'un. Les individus privés de discernement ne sauraient donc s'en rendre coupables car, suivant le langage des textes, *injuria in affectu facientis consistit* (L. 3, § 1, D. *De injuriis*, 47-10).

L'injure suppose en second lieu un fait matériel et contraire aux bonnes mœurs, susceptible ou non de porter préjudice au patrimoine, mais de nature à manifester l'intention d'offenser. Une définition technique de ces faits est évidemment impossible. La méthode la plus usuelle des Romains les réduit à deux catégories. L'injure a lieu *re aut verbis* : 1° *re*, c'est-à-dire par des voies de fait sur la personne, par la violation de la propriété, par tout acte qui peut entraver l'exercice d'une faculté légitime, compromettre la bonne renommée d'une femme, etc.; 2° *verbis*, c'est-à-dire par des propos offensants, par des clameurs soulevées dans la foule contre quelqu'un, *convicia*, par des écrits calomniateurs ou diffamatoires, *carmina famosa*, etc. (L. 1, § 1 ; L. 5, § 9 ; L. 15, D. *De injuriis*, 47-10. — *Inst.* L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 1).

Mais l'usage d'un droit, même accompagné du désir de blesser, ne renferme jamais le délit d'injure (L. 13, § 1, 4, 5, 6. D. *De injuriis*, 47-10).

Diverses espèces d'injures. — Les Romains classaient les injures à deux points de vue : 1° au point de vue de la gravité, l'injure était simple ou grave ; 2° au point de vue des personnes atteintes, l'injure était directe ou indirecte.

Injure simple ou grave. — On opposait l'injure simple à l'injure *atrox* ou grave. Ce caractère de gravité était souverainement apprécié en fait par le *judex* saisi de l'action. Gaïus et Justinien ramènent à quatre les principales circonstances qui peuvent aggraver l'injure ; l'*injuria* peut en effet devenir *atrox* : 1° *facto*, en raison de la nature du fait, par exemple des coups de bâton ; 2° *loco*, à cause du lieu où l'on a reçu l'injure, par exemple le théâtre ou le forum ; 3° *persona*, à cause de la supériorité sociale de la victime sur le délinquant ; telle est, par exemple, l'injure adressée à un magistrat, à un ascendant ou à un patron, etc. ; 4° *vulnere*, en raison de la partie du corps lésée ; tel serait, par exemple, un coup porté à l'œil (*Inst.* L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 9. — *Gaius*, III, 225).

L'intérêt pratique de cette distinction se manifeste d'abord au point de vue de la sanction, on verra que la répression est plus énergique quand l'*injuria* est *atrox ;* il se présente encore à d'autres points de vue ; ainsi l'injure de l'ascendant au descendant, du patron à l'affranchi n'est punie qu'à la condition d'être atroce ; de même, l'injure faite à l'esclave n'atteint le maître que dans le cas où elle est grave (L. 7, § 3 ; L. 11, § 7, D. *De injuriis*, 47-10).

Injure directe ou indirecte. — On doit opposer aussi l'injure *directe*, c'est-à-dire reçue dans notre propre personne, à l'injure *indirecte*, c'est-à-dire reçue dans la personne d'autrui. Cette dernière injure a trois grandes applications.

1° L'injure adressée aux personnes *alieni juris* rejaillit en principe contre le *paterfamilias*.

S'agit-il d'un fils de famille, toute injure qui l'atteint frappe le père du même coup et produit deux actions ; elles sont l'une et l'autre exercées par le père, en vertu de la règle qui lui attribue toutes les acquisitions de son fils (*Inst.* L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 2).

S'agit-il d'un esclave, l'action d'injures ne peut naître de son

chef; *servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur*, mais elle naît au profit et du chef de son maître, lorsque l'injure est *atrox* et manifestement commise dans l'intention d'insulter le *dominus* (*Inst.* L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 3).

Toutefois, par dérogation à ces principes civils, dans les cas où les circonstances ordinaires ne sont pas réalisées, le préteur autorise le maître à poursuivre au nom de l'esclave (L. 15, § 35, D. *De injuriis*, 47-10).

Si le *servus* est *communis*, l'action appartient à tous ses maîtres; s'il est grevé d'un usufruit ou d'une possession de bonne foi, et que l'injure ne vise pas clairement l'usufruitier ou le possesseur, on donne l'action au propriétaire (*Inst.* L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 4, 5, 6).

2° Même en dehors des personnes *alieni juris*, il en est d'autres dont l'injure devient la nôtre, parce qu'elles sont *affectui subjectæ*. C'est ainsi que l'injure qui s'adresse à la femme mariée rejaillit sur le mari, alors même qu'il n'aurait pas la *manus*; de même l'injure à la fiancée retombe sur le fiancé; de même encore l'injure à la bru rejaillit sur son beau-père qui a le mari sous sa puissance.

Ces chocs en retour peuvent amener un résultat curieux; si l'on suppose deux conjoints soumis l'un et l'autre à la puissance paternelle, quatre actions naîtront d'une injure à la femme, la première dans sa personne, les trois dernières dans les personnes du mari et des deux pères. Ces actions sont tellement distinctes, que la condamnation pourra n'être pas la même dans toutes, et varier avec la dignité des offensés (L. 15, § 24; L. 30; L. 31, D. *De injuriis*, 47-10. — *Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 2) (1).

3° Dans le même ordre d'idées, l'injure faite à la mémoire d'un mort retombe sur l'héritier civil ou prétorien. Par injure on n'entend pas seulement ici l'insulte faite au cadavre ou la mutilation du monument funéraire, mais encore toute atteinte injurieuse à la réputation du défunt (*si fama ejus lacessatur*, L. 1, § 4, D. *De injuriis*, 47-10).

Répression du délit d'injure. — L'injure en elle-même n'atteint que la personne offensée sans toucher au patrimoine. Si le fait qui la constitue est matériellement préjudiciable à la propriété,

(1) Il est à remarquer que l'injure adressée soit au mari, soit au fiancé, ne réfléchit pas contre la femme ou la fiancée; la loi se trouve ici d'accord avec la nature et les mœurs.

il devient sous cet autre aspect le délit de la loi Aquilia et produit alors deux actions. La seule qui doive ici nous occuper est l'*actio injuriarum*, étrangère à toute question d'indemnité et purement pénale.

La répression de l'injure a varié avec les époques ; le jurisconsulte Paul nous dit en effet : *injuriarum actio, aut lege, aut more, aut mixto jure introducta est* (*Paul*, S. L. V, t. IV, § 6).

Lege. — La loi dont parle Paul est la loi des Douze Tables ; son système était d'une grande simplicité. Pour un membre fracturé, *membrum ruptum*, la peine était le talion ; pour un os brisé, *os fractum*, la peine était de trois cent ou de cent cinquante as suivant que la victime était un homme libre ou un esclave ; pour toute autre injure, la peine n'était que de vingt-cinq as (*Paul.* S. L. V, t. IV, § 6. — *Gaius*, III, 223. — *Inst.* L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 7) (1).

Cette répression était à la fois barbare et insuffisante ; elle devint surtout impraticable après l'élévation du prix de l'argent et l'oubli de cette pauvreté qui avait fait la force de Rome naissante.

Mixto jure. — Le *mixtum jus* est une loi Cornélia, rendue sous la dictature de Sylla, et qui resta toujours en vigueur dans sa sphère spéciale. Elle ne concernait que trois cas d'injures par voies de fait, les coups sans blessure, les coups avec blessure, et la violation de domicile. La loi Cornélia introduisit une double action : 1° une poursuite *extrà ordinem* pour obtenir une peine criminelle ; 2° une action proprement dite pour obtenir une condamnation pécuniaire, dont l'estimation était toujours faite par le juge seul. Ces deux actions restaient fermées à tout autre que l'injurié lui-même, fût-il fils de famille (*Paul*, S. L. V, t. IV, § 8. — L. 5, § 6 ; L. 37, § 1, D. *De injuriis*, 47-10. — *Inst.* L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 8).

More. — Depuis la désuétude de la disposition des Douze Tables, et pour tous les cas étrangers à la loi Cornélia, la répression de l'injure fut organisée par la coutume sanctionnée et développée par l'édit prétorien.

Dans ce troisième système, qui est encore debout au temps de Justinien, l'injure entraîne une peine pécuniaire qui varie avec les circonstances du délit et avec le rang ou la dignité sociale de la

(1) Aulu-Gelle raconte qu'un certain Lucius Veratius prenait plaisir à parcourir les rues de Rome et à donner des soufflets à tout passant, moyennant vingt-cinq as qu'un esclave, qui le suivait avec une bourse, était chargé de remettre à chaque personne souffletée (Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, l. XX, ch. 1).

personne injuriée. Contrairement aux décisions de la loi Cornélia, l'estimation de cette peine n'appartient jamais au juge. Elle est faite par le magistrat dans la formule, au cas d'injure grave, et par le demandeur devant le juge, au cas d'injure simple. Le juge ne peut dépasser l'estimation, mais il peut la réduire; on lit seulement dans Gaïus qu'il ne se permettait pas d'user de cette faculté contre l'évaluation émanée du magistrat (*Gaius*, III, 224. — *Paul*, S. L. V, t. IV, § 7. — *Inst.* L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 7).

Poursuite criminelle. — Au lieu d'une condamnation en argent, on permit de bonne heure à l'injurié de réclamer par une poursuite *extrà ordinem* l'application d'une peine criminelle. Ce ne fut là probablement qu'une généralisation du principe de la loi Cornélia. La victime du délit devait choisir entre ces deux voies, parce que l'une et l'autre tendaient au même but, c'est-à-dire *ad pœnæ persecutionem* (L. 6; L. 7, D. *De injuriis*, 47-10. — *Inst.* L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 10).

Il existe d'ailleurs entre ces deux moyens une différence saillante. Dans l'action pécuniaire, même fondée sur la loi Cornélia, les parties sont toujours libres de plaider par procureur. Dans l'action criminelle, il n'y a que les *illustres* ou les personnes d'un rang supérieur qui en aient reçu la faculté d'une constitution de Zénon (*Paul*, S. L. V, t. IV, § 12. — *Inst.*, L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 10. — L. 11, C. *De injuriis*, 9-35).

Extinction de l'action d'injures. — L'action d'injures s'éteint par le laps d'une année et par la mort de la victime ou du délinquant survenue avant la *litis contestatio;* ces modes d'extinction ne lui sont pas particuliers.

Mais elle disparaît, en outre, par une cause absolument spéciale, qui est le pardon même tacite, *dissimulatio*. Dès lors il va de soi qu'un pacte de remise, une transaction, une convention quelconque peuvent l'effacer (*Gaius*, IV, 112. — L. 11, § 1; L. 13; L. 16; L. 17, D. *De injuriis*, 47-10. — L. 5, C. *De injuriis*, 9-35).

Bien mieux, quand l'offensé ne s'émeut pas d'une injure qu'il méprise, elle n'engendre aucune action, et le droit ne la considère plus comme un délit. Car l'honneur qui se place assez haut pour être hors de sa portée n'en reçoit aucune atteinte réelle (*Inst.* L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 12) (1).

(1) L'*actio injuriarum* ne se donne pas seulement contre l'auteur de l'injure, elle atteint aussi tous les complices (*Inst.* L. IV, t. IV, *De injuriis*, § 11).

QUATRIÈME SECTION

DAMNUM LEGIS AQUILIÆ.

(*Inst.* L. IV, t. III, *De lege Aquilia.*)

On entend sous le nom général de *Damnum injuria datum* tout dommage injustement causé par dol ou par faute à la propriété d'autrui.

Toutes les vieilles dispositions du droit romain sur ce point furent abrogées par la loi Aquilia, plébiscite voté sur la proposition du tribun Aquilius, et dont la date nous est inconnue. Cependant la paraphrase de Théophile, en le reportant à l'époque des dissensions civiles et d'une retraite des plébéiens, fait probablement allusion à l'année 367 ou 468 de Rome (Théophile, *De lege Aquilia*, § 15) (1).

Le délit prévu par la loi Aquilia présente ce caractère particulier, qui le distingue de tous les autres, c'est qu'il ne suppose pas nécessairement une intention de nuire ; il n'exige pas l'*animus delinquendi*, comme les trois précédents. De là résulte qu'il ne fait pas encourir en général et par lui-même une répression criminelle, En outre, l'action qu'il produit a pour objet direct et principal la réparation du préjudice ; elle peut néanmoins entraîner une peine accidentelle, par la manière de calculer le montant de l'indemnité, et par la faculté de l'élever au double contre le défendeur qui nie faussement.

Pour conclure, le *damnum legis Aquiliæ* est un véritable délit civil, tandis que le *furtum*, la *rapina* et l'*injuria* appartiennent par leur nature au droit criminel et n'en auraient pas dû sortir (*Conf.* C. C. art. 1382, 1383).

§ I

Conditions générales et formes diverses du délit de la loi Aquilia.

Deux conditions principales sont requises pour qu'un dommage causé à la propriété d'autrui constitue le *damnum legis Aquiliæ* (2).

(1) Quelques auteurs proposent l'année 528.

(2) La loi Aquilia ne réprime que les faits préjudiciables à autrui ; ainsi, le tiers qui détruit le testament d'une personne encore vivante ou qui fait subir la cas-

1° *Fait actif.* — Il faut d'abord que le dommage résulte d'un fait proprement dit, non d'une simple négligence; en d'autres termes, le dol ou la faute doit être *in committendo*. Car entre personnes qui ne sont pas unies par un lien préexistant d'obligation, une omission ne saurait devenir le germe d'une responsabilité légale. Nous ne devons à la propriété des tiers qu'un respect purement négatif (L. 27, § 9, D. *Ad leg. Aquil.*, 9-2. — *Suprà*, p. 469).

2° *Dommage sans droit.* — Il faut de plus que le dommage soit causé sans droit *damnum injuria datum*, c'est-à-dire en faisant ce qu'on n'a pas le droit de faire. La loi Aquilia ne réprime donc que le dol ou la faute. En conséquence, on est irresponsable de tout acte commis dans l'exercice de la légitime défense ou sous la pression d'une nécessité urgente; par exemple, si je ne peux me défendre d'un esclave ou d'un animal qu'en le tuant, je ne dois rien au propriétaire. A plus forte raison tout cas fortuit est-il en dehors de la loi Aquilia; c'est ainsi qu'elle n'atteint pas le maître du navire qui en a coulé un autre sous l'impulsion irrésistible des vagues (L. 29, § 4, D. *Ad leg. Aquil.*, 9-2. — *Inst.* L. IV, t. III, *De lege Aquil.*, § 2).

Mais la faute la plus légère est prise ici en considération; *in lege Aquilia, levissima culpa venit* (L. 44, pr. D. *Ad legem Aquil.*, 9-2). Sous cet aspect, un acte même licite constitue le *damnum legis Aquiliæ*, s'il est accompagné d'une négligence ou d'une imprudence qui le rend dommageable pour un tiers. Tel est le cas du médecin qui ne surveille pas les suites d'une opération faite sur un esclave; il répondra de sa mort. Tel est encore le cas de celui qui entreprend au delà de sa force ou de son adresse, entre autres du chirurgien qui a mal opéré l'esclave, du muletier qui n'a pas su ou qui n'a pas pu retenir l'élan de ses mules, etc. (*Inst.* L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 3, 6, 7, 8) (1).

Division tripartite du damnum legis Aquiliæ. — La loi Aquilia ne prévoyait pas absolument tous les dommages ainsi causés aux tiers. Cependant elle s'appliquait à trois ordres de faits très compréhensifs, et qu'on nomme ordinairement les trois chefs de la loi

tration au *servus alienus*, tout en étant passible d'autres actions, échappera certainement à l'*actio legis Aquiliæ* (L. 27, § 28; L. 41, pr., D. *Ad legem Aquil.*, 9-2).

(1) Les Institutes citent, à ce sujet, une série d'exemples assez curieux pour montrer la distinction qu'il faut établir entre la faute du délinquant et l'imprudence de la victime (*Inst.* L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, §§ 4, 5, 6, 7, 8).

Aquilia. Le premier et le troisième embrassent les atteintes portées à la propriété matérielle d'autrui. Le second, dont la désuétude est constatée par Justinien, qui n'en dit rien de plus, n'est connu que depuis la découverte des Commentaires de Gaïus ; il vise le cas où l'*adstipulator* fait une acceptilation en fraude des droits du créancier principal (*Gaius*, III, 215. — *Inst.*, L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 12).

Ces trois dispositions ne sont pas aussi disparates qu'on le prétend d'habitude. Il existe entre elles un lien sensible ; car elles répriment, les unes le préjudice subi dans les éléments corporels du patrimoine, l'autre une forme particulière de préjudice subi dans un de ses éléments incorporels, dans une créance.

Le deuxième chef de la loi Aquilia rentre dans la théorie spéciale de l'*adstipulatio*, qui nous est suffisamment connue (*Suprà*, p. 323).

Le premier et le troisième subsistent seuls au temps de Justinien, et c'est uniquement sur eux que doit s'arrêter désormais notre attention.

§ II

Premier et troisième chefs de la loi Aquilia.

La plupart des dommages que comportent les choses corporelles sont prévus dans ces deux chapitres.

Règles spéciales au premier chef. — La première disposition de la loi concerne le meurtre de l'esclave d'autrui, ou d'un des quadrupèdes *quæ pecudum numero sunt* (*Inst.* L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, pr.).

Cette formule embrasse, avec les bêtes de trait ou de somme qui figurent dans la classe des *res mancipi*, les animaux des espèces ovine, caprine et porcine, même les chameaux et les éléphants, susceptibles aussi de s'apprivoiser (L. 2, § 2, D. *Ad legem Aquil.*, 9-2. — *Gaïus*, III, 210. — *Inst.* L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 1).

Pour l'évaluation de l'indemnité, l'esclave ou l'animal s'estime d'après la plus haute valeur qu'il a eue dans l'année qui a précédé le délit. Or le délit n'implique pas nécessairement une mort immédiate, et résulte tout aussi bien d'une blessure mortelle ; dans ce dernier cas il a pour date le jour de la blessure, non le jour de la mort. Par application de ces principes, si l'on tue un esclave devenu

infirme ou boiteux par accident, et qu'il ait été d'un haut prix moins de douze mois auparavant, le *dominus* gagnera tout l'excédant de ce qu'il a valu sur ce qu'il valait au moment du délit (L. 21, § 1, D. *Ad legem Aquil.* 9-2. — *Inst.* L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 9) (1).

Dans tous les cas, le préjudice causé au propriétaire était largement apprécié par les jurisconsultes. Sans y faire rentrer la valeur d'affection, ils comprenaient cependant dans l'estimation toutes les pertes accessoires, et même les gains manqués. Ainsi, quand l'esclave était dû sous une clause pénale, ou qu'une hérédité lui avait été déférée, le maître avait le droit de réclamer, outre sa plus haute valeur dans l'année, tout le montant de la *pœna* qu'il allait encourir en ne le livrant pas, ou de la succession qu'il ne pouvait désormais acquérir par son intermédiaire (L. 33, pr., D. *Ad legem Aquil.*, 9-2. — *Inst.* L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 10).

Règles spéciales au troisième chef. — Le troisième chef de la loi est le seul qui ait une portée générale. Il comprend d'abord tous les dommages qui, sans entraîner la mort, atteignent l'esclave ou les animaux indiqués dans le premier chapitre, et de plus la mort, blessure, destruction ou détérioration matérielle de toute autre espèce d'animaux ou d'objets corporels, sans distinction ; *capite tertio de omni cætero damno cavetur* (*Inst.* L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 13).

L'indemnité se calcule sur les bases posées pour le premier chef. Seulement la chose s'estime d'après la plus haute valeur qu'elle a eue, non plus dans l'année, mais dans les trente jours immédiatement antérieurs au délit (*Inst.* L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 14, 15).

Règles communes aux deux chefs. — Les deux dispositions précédentes produisent une seule et même action, l'*actio legis Aquiliæ*.

Nature de l'actio legis Aquiliæ. — Quoique destinée à poursuivre simplement une indemnité, cette action n'est pas sans offrir un certain caractère pénal. Elle peut en effet dépasser la réparation

(1) Pour l'honneur de la loi romaine, il faut rappeler que le meurtre d'un esclave était distingué du meurtre d'une bête de somme ou des bestiaux, par le *judicium publicum* ou poursuite criminelle qu'il engendrait depuis la loi Cornélia, et qui se cumulait avec l'action en indemnité de la loi Aquilia (*Inst.* L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 11. — *Suprà*, p. 12).

proprement dite et produire un enrichissement pour le demandeur dans deux cas : 1° lorsque la chose a eu sa plus haute valeur dans l'année ou dans le mois qui a précédé le délit ; 2° lorsque la condamnation croît au double *per infitiationem*. A ces deux points de vue, l'action *legis Aquiliæ* se trouve donc être mixte, c'est-à-dire *tam rei quam pœnæ persecutoria*. Aussi, comme toutes les actions pénales ou mélangées d'un élément pénal, ne se donne-t-elle contre les héritiers du délinquant que jusqu'à concurrence de leur enrichissement (L. 23, § 8, D. *Ad legem Aquil.*, 9-2. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 19).

Double forme de l'actio legis Aquiliæ. — Pour que l'action prenne naissance, il faut qu'un dommage ait atteint matériellement une chose corporelle. Mais, en supposant remplie cette condition primordiale, l'action est tantôt *directa*, tantôt *utilis*.

L'action est *directa*, lorsqu'elle s'intente conformément à la lettre même de la loi Aquilia. Or la lettre ne prévoit que le *damnum corpore corpori datum*, autrement dit, le dommage causé à la chose corporelle par le fait direct et personnel de l'agent lui-même, qu'il s'aide ou non d'un instrument quelconque; par exemple, je tue votre esclave, soit en le jetant à l'eau, soit d'un coup d'épée, etc. Du reste, le texte formel de la loi n'attribue l'action qu'au propriétaire de la chose détruite ou détériorée, pourvu qu'il ait un intérêt à l'exercer; lui seul intente donc une *actio directa* (L. 11, § 6, 9; L. 16, D. *Ad legem Aquil.*, 9-2).

Mais en dehors de la lettre, et conformément à l'esprit de la loi, la jurisprudence étendit l'*actio legis Aquiliæ*, en qualité d'utile, à des cas où l'on ne pouvait la refuser sans une subtilité ridicule. 1° Il s'agit d'un *damnum corpori datum, non corpori*, c'est-à-dire que le dommage résulte, non du fait personnel et direct du délinquant, mais de l'action d'une autre cause qu'il s'est contenté de mettre en mouvement. Ainsi, j'excite un chien à mordre votre esclave, ou je prépare le poison qu'il boit ensuite, ou j'effarouche votre troupeau jusqu'à le pousser dans un précipice, etc. 2° Le dommage est subi par un autre que le propriétaire, notamment par un usufruitier, un usager, un gagiste, un possesseur de bonne foi, etc. Dans ces hypothèses et quelques autres indiquées dans les textes l'action est *utilis* (L. 11, § 10; L. 12; L. 53, D. *Ad legem Aquil.*, 9-2. — *Inst.* L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 16).

D'ailleurs, qu'elle soit *utilis* ou *directa*, l'*actio legis Aquiliæ* a

toujours le même caractère et produit en principe les mêmes résultats. Elle peut concourir avec une action contractuelle, dans toute circonstance où le débiteur qui doit, en vertu d'un contrat, me restituer ma chose, la détériore ou la détruit par un des faits précédents ; je suis alors investi des deux actions, mais seulement pour obtenir le total de ce qui est compris dans l'action la plus forte (L. 7, § 8; L. 27, § 29, D. *Ad leg. Aquil.*, 9-2) (1).

Dommage non prévu par la lex Aquilia. — Ni la lettre ni l'esprit de la loi, si flexible que fût l'interprétation des jurisconsultes, ne comprenaient le dommage causé à la propriété d'autrui sans la dégrader ni la détruire. Par exemple, quand je coupe les liens qui retiennent un esclave enchaîné et qu'il prend la fuite, le *damnum* que je réalise n'a lieu ni *corpore* ni *corpori;* j'échappe donc à la loi Aquilia, dont l'objet n'a été que de refréner les atteintes brutales à la chose d'autrui. Seulemeut je tombe alors sous l'application d'un système général de répression prétorienne, qui supplée à toutes les lacunes des lois. En effet, lorsqu'un préjudice n'est réparable par aucun autre moyen juridique, le préteur donne, contre l'auteur, soit l'action *de dolo* en cas de dol, soit une action *in factum* dans tout autre cas. Comme le dol ne se présume pas, l'action *in factum* est donc le moyen normal et régulier, pour obtenir la réparation de tout *damnum* étranger à la loi Aquilia. Aussi les Institutes la mentionnent-elles ici, comme le complément de l'*actio legis Aquiliæ directa* ou *utilis* (*Inst.* L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, § 16, *in fine*).

Mais cette action *in factum* est absolument distincte de l'*actio legis Aquiliæ*. La preuve, c'est qu'elle ne dépasse jamais le dommage subi par le demandeur, conséquemment ne peut non plus croître au double *per infitiationem*. Malgré les obscurités accumulées à tort sur ce point de doctrine, et malgré les objections qu'on a soulevées, le doute paraît impossible en présence du langage décisif des juriconsultes : *in damnis quæ lege Aquiliâ non tenentur, in factum datur actio* (L. 33, § 1, D. *Ad legem Aquil.*, 9-2).

(1) Que décider lorsque le fait reproché au débiteur, tout en tombant sous l'application de la loi Aquilia, n'engage pas sa responsabilité contractuelle ? Les textes semblent faire une distinction ; le dommage a-t-il son principe dans un fait autorisé par le contrat, la *lex Aquilia* s'appliquera ; le dommage résulte-t-il au contraire d'un fait non autorisé par le contrat, la loi Aquilia ne s'appliquera pas (L. 27, § 29, D. *Ad. leg Aquil.*, 9-2; L. 47, § 1, D. *Pro socio*, 17-2; L. 13, § 4, 5. D. *Locati, conducti.*, 19-2).

CHAPITRE XXXIII

QUATRIÈME SOURCE DES OBLIGATIONS. — QUASI-DÉLITS.

(*Inst.* L. IV, t. V, *De oblig. quæ quasi ex delicto.*)

Sans revenir sur la distinction déjà faite entre les délits et les quasi-délits, nous rappellerons seulement que le quasi-délit est tout fait illicite et préjudiciable, commis ou non avec l'intention de nuire et qui a été prévu et puni par le droit postérieur.

Justinien signale quatre exemples de cette quatrième cause d'obligation. Tous les quatre donnent naissance à des actions prétoriennes *in factum.*

I. *Juge qui litem suam facit.* — Le juge peut se trouver obligé en vertu d'une sentence qu'il a rendue ; c'est lorsque : 1° par dol, c'est-à-dire par corruption, par faveur ou par haine, il a jugé contrairement au droit ; 2° par dol ou par simple faute, il a dépassé les pouvoirs que lui conférait la formule ; 3° par ignorance, il a violé la loi (*Gaius*, IV, 52. — L. 15, § 1, D. *De judiciis,* 5-1 ; L. 6, D. *De extraord. cognit.*, 50-13).

Le juge s'approprie alors pour ainsi dire, le procès qu'il a mal tranché ; *litem suam facit*, disent les textes avec cette énergie et ce bonheur de langage si remarquables dans les monuments de la jurisprudence romaine. Bref, il doit réparer le dommage qu'il a causé. La condamnation est laissée à l'appréciation d'un *judex* devant qui est renvoyé le délinquant (*Inst.* L. IV, t. V, *De oblig. quasi ex delict.*, pr.).

On pourrait objecter que les sentences vénales ou formellement contraires à la loi sont nulles de plein droit, et que l'appel est permis pour les autres. Mais ces ressources peuvent manquer à la partie injustement condamnée ; tel est le cas où l'action temporaire par elle intentée se trouve désormais éteinte, le cas où les délais d'appel sont expirés, etc. D'ailleurs, si la partie triomphante n'a pas commis de dol, le plaideur sacrifié ne serait pas admis à lui réclamer des dommages-intérêts pour les ennuis de nouvelle instance ou d'appel que la mauvaise sentence occasionne ; or il est de toute justice que ces dommages-intérêts soient exigés du juge. La victime de la sentence injuste a donc le droit de poursuivre le *judex*

tout en continuant la lutte contre son adversaire devant une autre juridiction.

II. *Actio de effusis vel dejectis.* — Lorsque d'une maison, on a jeté ou répandu sur la voie publique des choses qui par leur chute causent un préjudice à autrui, l'habitant de la maison ou de l'appartement, en cette seule qualité, peut être poursuivi par une action prétorienne *in factum*, l'action *de effusis vel dejectis* (L. 1, § 1, 2; L. 6, § 2, D. *De his qui effud. vel dejec.*, 9-3) (1).

Le montant de la condamnation varie suivant les hypothèses. Si c'est une *res* qui a été endommagée, et par choses on entend les choses inanimées, les esclaves et les animaux, l'indemnité aura pour objet le double du préjudice causé. Si c'est un homme libre, qui a été atteint, on fait une nouvelle distinction; n'a-t-il été que blessé, la condamnation sera évaluée *ex æquo et bono* par le juge; a-t-il été tué, la peine est invariablement fixée à cinquante *aurei* et dans ce dernier cas, l'action est annale et populaire (L. 5, § 5, D. *De his qui effud. vel dejec.*, 9-3. — *Inst.* L. IV, t. V, *De oblig. quasi ex delict.*, § 1).

III. *Actio de suspensis.* — Lorsqu'un objet a été placé ou suspendu dans des conditions telles qu'il est exposé à tomber en un lieu où tout le monde peut passer, l'habitant de l'appartement est passible à ce titre de l'action *de suspensis*. Cette action qui est encourue, alors même que l'objet ne serait pas tombé, tend à une condamnation fixe de dix sous d'or; elle appartient à tous ceux qui peuvent postuler en justice (L. 5, § 13, D. *De his qui effud. vel dejec.*, 9-3. — *Inst.* L. IV, t. V, *De oblig. quasi ex delict.*, § 1).

Il faut remarquer, à propos des deux quasi-délits qui précèdent, que lorsque la maison est habitée par une personne *alieni juris*, par exemple par un *filiusfamiliâs*, le fils seul est tenu, le père ne peut être poursuivi ni *de peculio* ni *noxaliter* (*Inst.* L. IV, t. V, *De oblig. quasi ex delict.*, § 2).

IV. *Responsabilité des maîtres de navires et des hôteliers.* — Les maîtres de navires, *exercitores navium*, les aubergistes ou hôteliers, *exercitores cauponæ aut stabuli*, sont responsables des vols ou dommages commis par leurs serviteurs ou employés au préjudice des

(1) Dans le cas où la maison est habitée par plusieurs personnes, toutes sont tenues et peuvent être condamnées; mais un seul paiement libère tous les autres, c'est un cas de solidarité simple (L. 1, § 10, D. *De his qui effud. vel dejec.*, 9-3. — *Suprà*, p, 310).

passagers ou voyageurs. Leur responsabilité tient à ce qu'ils sont considérés comme étant en faute d'avoir à leur service des gens malhonnêtes, *quod opera malorum hominum uterentur*. Ils peuvent en conséquence être poursuivis par une action *in factum* qui se donne au double; cette action est transmissible activemeut aux héritiers du demandeur, mais elle ne passe pas contre les héritiers du défendeur (L. 1, pr. § 1, § 2, § 6, D. *Furti adv. naut.*, 47-5. — *Inst.* L. IV, t. V, *De oblig. quasi ex delict.*, § 3. — *Conf.* C. C. art. 1384, 1953, 1954).

Si le délinquant est connu, il pourra être poursuivi par les actions nées du délit par lui commis; mais il va sans dire que la personne lésée ne peut pas cumuler les deux poursuites, poursuivre à la fois l'*exercitor* et l'auteur du délit (L. 1, § 3, D. *Furti adv. naut.*, 47-5).

CHAPITRE XXXIV

NOTIONS GÉNÉRALES SUR L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

(*Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus modis obligatio tollitur.*)

Les obligations, on le sait déjà, ne s'éteignent que par des modes légalement déterminés; un laps de temps quelconque ne suffit pas à les détruire *jure civili*. Elles sont perpétuelles de leur nature, comme la propriété. Toutefois une différence profonde les sépare du *dominium;* c'est que, l'obligation une fois née, l'extinction en est naturelle et nécessaire, tandis que l'extinction de la propriété est un accident assez rare; la propriété se transmet d'ordinaire sans s'éteindre (L. 44, § 1, D. *De oblig. et act.*, 44-7).

Les modes d'extinction des obligations sont *civils* ou *prétoriens*. On retrouve ici le célèbre dualisme qui se rencontre à peu près dans toutes les branches de la législation romaine. Lorsque l'obligation s'éteint en vertu d'un mode du droit civil, on dit qu'elle s'éteint *ipso jure;* quand elle disparaît en vertu d'un mode prétorien, on dit qu'elle s'éteint *exceptionis ope*.

L'intérêt pratique de cette nouvelle distinction n'est pas sans importance; il se manifeste notamment à trois points de vue :

1° Le mode d'extinction civil opère *ergà omnes;* par exemple, en matière de corréalité, il est généralement ouvert à tous les codébiteurs, contre tous les créanciers; tous les intéressés peuvent l'in-

voquer. Au contraire, il arrive assez généralement que le droit d'invoquer un mode d'extinction prétorien n'est reconnu qu'à certains intéressés ou contre quelques-uns d'entre eux seulement (L. 43, D. *De solut.*, 46-3).

2° Au point de vue de la procédure, le mode civil opère *ipso jure*, le mode prétorien *exceptionis ope*. En d'autres termes, le mode d'extinction civil rentre dans les moyens directs de défense, et l'on est toujours admis à s'en prévaloir devant le juge *in judicio*, sans que la formule d'action délivrée par le magistrat y fasse aucune allusion. Au contraire, s'agit-il d'une libération prétorienne, elle doit être invoquée *in jure* et le juge n'en tient compte que si le magistrat l'en a chargé par une clause ajoutée à la formule, et qu'on appelle exception. Après l'abolition du système formulaire, cette différence ne disparaît pas complètement ; car la défense directe est valablement invoquée jusqu'à la sentence, et si l'on en doit dire autant de certaines exceptions qualifiées de péremptoires, toujours est-il que d'autres exceptions, qualifiées de dilatoires, ne sont efficaces qu'autant que les plaideurs s'en sont prévalus au début de l'instance, *in limine litis* (L. 8 ; L. 12, C. *De exceptionibus*, 8-36).

3° L'extinction civile est définitive; l'obligation ainsi éteinte ne revit plus. Au contraire, l'extinction prétorienne paralyse l'obligation et la rend inerte plutôt qu'elle ne la supprime ; le droit pourra donc se réveiller plus tard, si quelque pacte postérieur vient effacer ce qu'avait fait un pacte précédent (L. 27, § 2, D. *De pactis*, 2-14).

Le titre des Institutes (*Quibus modis obligatio tollitur*) ne s'occupe pas des modes d'extinction prétoriens, dont les principaux sont : le pacte *de non petendo*, le pacte de constitut, le serment, et sous bien des réserves la compeusation. Il sera traité des trois derniers sur les points du titre des Actions où Justinien les expose ; quant au pacte de remise; le parallèle en sera facile avec l'acceptilation. Nous restons donc en présence des modes civils d'extinction.

Il n'en est énuméré que quatre dans les Institutes ; ce sont : le payement, la novation, l'acceptilation et le *contrarius consensus*. Ils priment tous les autres par l'importance et présentent ce caractère commun, qu'ils dérivent de la volonté des parties.

Les modes du droit civil se subdivisent en modes généraux ou spéciaux. Les premiers sont ceux qui s'appliquent à toutes les obligations, sans distinction d'origine ou de nature ; les autres ne peu-

vent s'appliquer qu'à une certaine classe d'obligations déterminées (*Conf.* C. C. art. 1234-1303).

CHAPITRE XXXV

MODES GÉNÉRAUX D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Les modes généraux que mentionnent les Institutes sont le payement et la novation ; on peut encore en citer d'autres moins importants : la *capitis deminutio*, la *litis contestatio*, la prescription extinctive et la confusion.

PREMIÈRE SECTION

PAYEMENT.

(*Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.*, pr.)

La même idée métaphorique qui a donné le mot *obligatio* pour signifier un engagement juridique, a fourni également le mot *solutio* pour en exprimer la rupture civile ; dans un sens très général, *solutio* désigne donc une libération quelconque. En se rétrécissant, le même terme n'embrasse plus que les actes qui mettent fin à l'obligation par une satisfaction procurée au créancier. Enfin, dans sa portée la plus technique, il s'applique exclusivement à la libération la plus naturelle de toutes, à celle que le débiteur obtient en s'exécutant (L. 54, D. *De solutionibus*, 46-3 ; L. 176, D. *De verb. sign.*, 50-16).

A ce dernier point de vue, qui sera désormais le nôtre, la *solutio* ou payement peut se définir : l'extinction de l'obligation par l'accomplissement de ce qui est dû. Suivant que l'obligation était *ad dandum*, *ad præstandum*, *ad faciendum*, payer sera *dare*, *præstare*, *facere* (*Conf.* C. C. art. 1235-1264).

§ I

Capacité requise en matière de payement.

Les conditions exigées pour faire ou recevoir un payement valable sont faciles à déterminer.

Personnes capables de payer. — En principe, toute personne a le droit de payer. Cette règle comprend donc : 1° le débiteur lui-même ; 2° les coobligés principaux ou accessoires tels qu'un débiteur *correus* ou un fidéjusseur ; 3° un tiers étranger à la dette ; il

peut payer, même à l'insu ou contre le gré du débiteur, pourvu qu'il agisse en parfaite connaissance de cause, sans quoi la *condictio indebiti* lui serait évidemment ouverte (*Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.*, pr. — *Conf.* C. C. art. 1236).

En supposant cette condition remplie, le payement émané d'un tiers éteint la créance, mais laisse en quelque sorte subsister la dette; car le tiers, à moins qu'il n'ait agi *animo donandi* ou malgré l'opposition du débiteur, pourra recourir contre ce dernier, soit par l'action primitive, si elle a fait l'objet d'une cession expresse ou tacite, soit en tout cas par les actions de mandat ou de gestion d'affaires (L. 19, § 1; L. 65, § 9, D. *De condict. indeb.*, 12-6; L. 40, D. *De solutionibus*, 46-3).

Cette faculté générale de payer est néanmoins soumise à quelques restrictions.

1° Quiconque paye doit avoir la capacité de rendre sa condition pire; sinon le payement est nul. Quand il consiste à *dare*, la nullité autorise la répétition par des voies qui nous sont déjà connues. Quand il consiste dans un fait actif ou passif, la nullité procure à l'incapable le droit d'obtenir une indemnité par une *condictio sinè causâ* (*Inst.* L. II, t. VIII, *Quibus alienare licet*, § 2, *in fine*. — *Conf.* C. C. art. 1238. — *Suprà*, p. 223).

2° S'agit-il spécialement d'une obligation de *dare*, la validité du payement suppose de plus chez le *solvens* la propriété de ce qu'il livre, ou le mandat du propriétaire. Émané d'un *non dominus*, le payement se trouvera pourtant valable, du jour où la revendication contre le créancier ne sera plus possible, après l'achèvement de l'usucapion à son profit, ou la ratification du *dominus*, etc. (L. 14, § 8; L. 60; L. 78, D. *De solut.*, 46-3. — *Conf.* C. C. art. 1238).

3° S'agit-il spécialement d'une obligation de faire, il résultera souvent des circonstances que les parties ont eu en vue le fait personnel du débiteur, et personne ne pourra le remplacer alors. Quant aux obligations de ne pas faire ou de s'abstenir, elles ne sont évidemment exécutables que par le débiteur lui-même (L. 49, § 2, D. *De verb. oblig.*, 45-1. — L. 31, D. *De solut.*, 46-3. — *Conf.* C. C. art. 1237).

Personnes capables de recevoir le payement. — Le créancier ou des tiers autorisés ont seuls le droit de recevoir le payement.

Le créancier, pour le recevoir valablement, doit avoir la capacité de rendre sa condition pire; car il aliène sa créance. S'il est inca-

pable, son action ne s'éteint pas ; l'exercice lui en reste possible, déduction faite de son enrichissement, et d'après les règles déjà posées à cet égard (L. 4, § 4, D. *De doli mal.*, 44-4 ; L. 15, D. *De solut.*, 46-3. — *Inst.* L. II, t. VIII, *quibus alienare licet*, § 2. — *Conf.* C. C. art. 1241. — *Suprà*, p. 96).

Un tiers est autorisé à recevoir le payement, quand il en tient la faculté de la volonté du créancier, comme un mandataire, ou de la loi, comme un tuteur ou un curateur. Quelquefois le contrat lui-même l'a désigné, et l'une des parties ne peut alors le dépouiller de sa qualité, sans le consentement de l'autre ; c'est le cas de l'*adjectus solutionis gratiâ* (L. 49, D. *De solut.*, 46-3).

Fait à un tiers non autorisé, le payement n'est pas libératoire, à moins que ce tiers n'ait eu des pouvoirs qui ont cessé à l'insu du débiteur. Mais si le créancier en profite ou le ratifie, un tel payement est validé après coup (L. 34, § 4, D. *De solut.*, 46-3. L. 12, C. *De solut.*, 8-43. — *Inst.* L. III, t. XXVI, *De mandato*, § 10. — *Conf.* C. C. art. 1239).

§ II

Objet, circonstances, effets du payement.

Pour être régulier, le payement doit offrir certains caractères qu'il faut indiquer.

Objet. — Le payement doit avoir le *même objet* que l'obligation, c'est-à-dire consister dans la prestation due ; le créancier n'est pas tenu d'accepter autre chose (L. 2, § 1, D. *De rebus creditis*, 12-1 ; L. 16, C. *De solutionibus*, 8-43. — *Conf.* C. C. art. 1243) (1).

Cette règle n'offre point de difficultés pour les corps certains, ni pour les obligations de faire ou de ne pas faire. Mais à l'égard des obligations de choses fongibles, peut-être faut-il distinguer entre les obligations de bonne foi et les obligations de droit strict. Le débiteur tenu d'une obligation *bonæ fidei* n'est pas tenu de livrer des choses de la meilleure qualité, mais n'en peut imposer de la plus mauvaise ; le débiteur obligé *stricto jure* se libère au contraire en payant même le *pessimum genus* (L. 52, D. *Mandati*, 17-1 ; L. 72. D. *De solut.*, 46-3. — *Conf.* C. C. art. 1246).

Le payement doit être *intégral*, c'est-à-dire comprendre à la fois toute la prestation due en vertu de la cause d'obligation qu'il s'agit

(1) Il n'en est autrement que dans le cas où le *reus* s'est réservé par une *facultas solutionis* le droit de payer autre chose que la *res debita*.

d'éteindre. Il n'importe nullement à cet égard que la dette soit divisible ou non. S'il plaît d'ailleurs au créancier d'accepter un payement partiel, sa créance s'éteint dans la mesure de ce qu'il reçoit (L. 3, D. *Famil. erciscund.* 10-2; L. 41, § 1, D. *De usuris*, 22-1. — *Conf.* C. C. art. 1244).

Ce principe subit quelques exceptions, notamment dans les hypothèses du bénéfice de division et du bénéfice de compétence. Mais le payement qu'un héritier fait ou reçoit pour sa part héréditaire est absolument conforme à la règle, puisqu'il supprime toute sa dette ou toute sa créance (L. 25, D. *De solut.*, 46-3).

Temps et lieu. — Les parties fixent à leur gré les circonstances de temps et lieu du payement.

Pour le temps, il suffit de se rappeler les influences diverses du terme et de la condition (*Suprà*, p. 290-301).

Pour le lieu, s'il n'est indiqué par une convention expresse ou tacite, c'est la nature de l'obligation qui le détermine. La dette de corps certain est payable à l'endroit où se trouvait l'objet, soit au jour de la naissance de l'obligation, soit au jour de la *litis contestatio;* les dettes de genre sont payables généralement au domicile du débiteur. Quant aux créances de faits, il est des cas où le créancier choisit lui-même le lieu de l'exécution (L. 47, pr. D. *De legatis*, 1°, 30; L. 12, § 1, D. *Depositi.*, 16-3; L. 19, § 1, 2, 4, D. *De judiciis*, 5-1; L. 21, D. *De operis libert.*, 38-1. — *Conf.* C. C. art. 1247).

Effets du payement. — Le payement régulier éteint radicalement l'obligation, et du même coup fait disparaître tous les droits accessoires qui n'avaient d'autre objet que d'en assurer l'exécution, par exemple la fidéjussion, le gage, les hypothèques. En outre, le cours des intérêts s'arrête, et le débiteur est libéré de la garde ou des risques de la chose (L. 43, D. *De solut.*, 46-3).

Imputation des payements. — Il peut arriver qu'un même débiteur, tenu envers le même créancier de plusieurs obligations semblables par leur objet, fasse un payement insuffisant pour les acquitter toutes. Cette hypothèse qui est surtout applicable aux dettes d'argent donne lieu à l'imputation des payements.

Dans le silence des deux parties, on impute alors la quantité payée : 1° sur les intérêts avant le capital ; 2° sur la dette échue ; 3° entre dettes pareillement échues, sur la plus onéreuse; 4° entre dettes pareillement onéreuses, sur la plus ancienne en date; 5° quand la date est unique, sur toutes proportionnellement (L. 1-8; L. 97;

L. 103, D. *De solut.*, 46-3. — L. 1, C. *De solut.*, 8-43. — *Conf.* C. C. art. 1256, 1908).

D'ailleurs, si le débiteur indique quelle est la dette qu'il veut éteindre, cette imputation sera respectée. A son défaut, le créancier jouit de la même faculté, pourvu qu'il ne fasse pas un choix préjudiciable au débiteur (L. 1, 2, 3, pr. D. *De solut.*, 46-3. — *Conf.* C. C. art. 1253, 1254, 1255).

§ III

Des offres et de la dation en payement.

Deux situations spéciales sont à prévoir.

Oblatio rei debitæ. — Quand le créancier refuse un payement qui lui est régulièrement offert, il ne faut pas que le débiteur souffre de ce caprice, et la jurisprudence lui donne un moyen de se libérer quand même (*Conf.* C. C. art. 1257-1264).

Devant témoins, il offre au créancier tout ce qui lui est dû, avec toutes les conditions requises pour la validité du payement. Si le créancier persiste dans son refus, le débiteur dépose la somme ou la chose mobilière, autant que possible cachetée et scellée, dans un endroit que le magistrat lui désigne, le plus souvent dans un temple (*apud ædem sacram*). En l'absence du créancier, le débiteur obtient du magistrat dispense des offres et fait directement le dépôt. Si la chose due est un immeuble, il y a lieu sans doute à l'organisation d'un séquestre (L. 6 ; L. 19, C. *De usuris.*, 4-32 ; L. 1, C. *De susceptoribus*, 10-70).

Ces formalités, *oblatio, obsignatio, depositio*, produisent les mêmes effets qu'un paiement régulier ; elles libèrent le débiteur et les coobligés, éteignent les garanties accessoires, arrêtent les intérêts et mettent la chose aux risques du créancier (L. 56, § 1, D. *Mandati*, 17-1. — L. 9, C. *De solut.*, 8-43. — *Conf.* C. C. art. 1257).

Datio in solutum. — Il y a *datio in solutum,* lorsqu'une dette s'éteint par l'accomplissement d'une prestation autre que celle qui était due. Cette opération concerne ordinairement les obligations de donner; de là son nom (*Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.* pr. — *Conf.* C. C. art. 1243).

La dation en payement suppose le consentement du créancier. Cependant, par une exception remarquable, Justinien décida que le débiteur hors d'état de payer en argent pourrait offrir son meilleur immeuble, dont l'estimation serait confiée au juge (*Nov.* 4, *ch.* 3).

Les effets de la dation en payement avaient fait naître une controverse entre les deux écoles. Dans l'opinion des Proculiens, elle ne supprimait pas la créance de plein droit, mais seulement *exceptionis ope*, ce qui revient à dire que l'action du créancier n'était que paralysée par une exception de dol; cette doctrine semble rigoureusement conforme au résultat normal du pacte de remise *ex intervallo* que renferme la *datio in solutum* (*Gaius*, III, 168. — *Suprà*, p. 445).

Les Sabiniens, fidèles à leur système de rapprochement entre les actes analogues, assimilaient au payement la dation en payement, et la considéraient comme extinctive *ipso jure*. C'est leur théorie qui a prévalu. Elle est également justifiable; car au fond le créancier, en acceptant une chose pour une autre, opère une sorte de novation de la dette par changement d'objet, et la *datio in solutum* constitue dès lors une *solutio* directe (L. 17, C. *De solut.*, 8-43. — *Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.* pr.).

La théorie de la *datio in solutum* soulève une question intéressante que les textes laissent indécise. — Supposons le créancier évincé de la chose reçue en payement. De l'avis de tous, un recours lui est ouvert contre le débiteur; mais par quelle action s'exerce le recours? Il s'éleva sur ce point un débat célèbre. Ulpien ne donne au créancier que l'action *utilis ex empto*, comme s'il avait acheté la chose pour la valeur de ce qui lui était dû. Marcien lui accorde, au contraire, l'action originaire de sa créance; en effet, le payement lui-même ne l'aurait éteinte qu'à la condition de mettre le créancier à l'abri de toute éviction, et la dation en payement ne saurait être plus efficace que le payement (L. 24, D. *De pignerat. act.*, 13-7; L. 46, pr. § 1, D. *De solut.*, 46-3).

L'intérêt juridique de la question se révèle à deux points de vue. D'un côté, l'action *utilis ex empto* procure au créancier le prix de la chose lors de l'éviction, inférieur ou supérieur au montant de la créance elle-même et fait disparaître les garanties accessoires, telles que fidéjussion, gage ou hypothèque. D'un autre côté, l'action originaire lui fait obtenir le chiffre tel quel de l'obligation, et lui conserve le droit de se prévaloir des garanties qui assuraient le payement de la dette. La seconde décision est évidemment plus exacte en théorie; mais la première a pour elle l'avantage pratique de maintenir envers les tiers les résultats accomplis de la *datio in solutum*. Malgré diverses tentatives de conciliation, on doit croire à la contrariété réelle de ces deux solutions. Dire laquelle des deux

a triomphé ne paraît pas facile ; car les constitutions impériales s'inspirent tantôt de l'une et tantôt de l'autre (L. 17, C. *De solutionibus*, 8-43 ; L. 8, C. *De evictionibus*, 8-45. — *Conf.* C. C. art. 2038).

DEUXIÈME SECTION

NOVATION.

(*Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toil.*, § 3.)

La novation est la substitution conventionnelle d'une dette nouvelle à une dette préexistante qui est éteinte, *est prioris debiti in aliam obligationem civilem vel naturalem transfusio atque translatio* (L. 1, D. *De novationibus*, 46-2).

Par l'une de ces faces, la novation est extinctive ; par l'autre, elle est créatrice. Mais, quoiqu'elle puisse éteindre toute obligation préexistante, elle ne peut créer à sa place une obligation quelconque, ainsi qu'on va le voir (*Conf.* C. C. art. 1271-1281) (1).

§ I

Éléments constitutifs de la novation.

La novation requiert quatre conditions générales : 1° un mode déterminé ; 2° une obligation antérieure ; 3° une obligation nouvelle ; 4° un élément nouveau.

1° *Mode déterminé.* — Dans l'ancien droit, il fallait l'emploi d'un mode déterminé, qui n'était autre que la stipulation. Y avait-il une formule sacramentelle pour nover, comme il y en avait pour la corréalité, pour l'*adstipulatio*, pour l'*adpromissio* ? L'affirmative est probable. Mais la nécessité d'une stipulation ne doit faire l'objet d'aucun doute pour les vieilles époques ; Gaius et les textes du Digeste n'indiquent, en effet, que ce moyen de nover (*Gaius*, II, 38 ; III, 176-179).

Cependant le contrat *litteris* pouvait arriver au même but au moins dans le cas particulier de la délégation. Cette théorie spéciale sera développée à part (*Infrà*, p. 515).

Vers la fin de l'époque classique, la question de forme n'a plus la même importance ; c'est la volonté de nover qui devient la con-

(1) On oppose souvent à la novation ordinaire ou *volontaire* une autre espèce de novation dite *judiciaire* ou nécessaire et qui résulte de la *litis contestatio* ; il en sera traité plus loin sur la théorie des actions.

dition prépondérante, sous le nom d'*animus novandi*. Elle supplée à l'irrégularité de la formule, et nulle formule régulière ne peut la suppléer elle-même. La recherche de l'intention des parties engendrait en fait de nombreuses difficultés ; Justinien les trancha en exigeant que cette intention fût toujours expresse, faute de quoi la nouvelle obligation s'ajoutait à l'ancienne, au lieu de la supprimer (*Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus mod. oblig. toll.*, § 3. — L. 8, C. *De novat.*, 8-42. — *Conf.* C. C. art. 1273).

Pour conclure, la novation exige en principe une formule, très vraisemblablement solennelle dans le droit ancien, et seulement explicite dans le droit de Justinien.

D'autres transformations de dettes sont possibles, et l'on en a déjà rencontré des exemples ; mais elles restent en dehors de la novation (*Suprà*, p. 357).

2° *Obligation à éteindre*. — Il faut une obligation antérieure qui puisse servir de base à la novation. Il n'importe qu'elle soit civile, prétorienne ou naturelle, ni qu'elle dérive d'une source contractuelle ou non. On admet de même sans difficulté la novation d'une dette à terme, et cette faculté s'est étendue jusqu'aux dettes conditionnelles ou futures. Dans ces dernières hypothèses, si l'obligation ne prend pas naissance, rien n'aura été fait ; la novation reste affectée de la même incertitude que le droit qui en est l'objet (L. 5 ; L. 14, § 1, D. *De novat.*, 46-2).

Lorsqu'il n'y a pas de dette pour servir de fondement à l'opération, il est clair que la novation ne s'opère pas. Mais on se rappelle que la *causa civilis* d'une stipulation se trouve dans les paroles prononcées, abstraction faite du but visé par les contractants. Dès lors, la stipulation intervenue pour nover une dette qui n'existait pas produit quand même son effet immédiat et oblige son auteur ; il suffit que la formule employée détermine l'objet qu'il devra. Seulement, si la promesse actuelle est le résultat d'une erreur, on investira le promettant d'une *condictio sine causa* contre la personne dont il se croyait le débiteur (L. 13, D. *De novat.*, 46-2).

3° *Obligation nouvelle*. — Il faut qu'une obligation nouvelle naisse directement de la stipulation.

Car, en premier lieu, s'il ne se formait pas une créance pour remplacer la précédente, l'extinction de celle-ci manquerait de cause. Par conséquent, si la seconde est affectée d'une condition suspensive, la novation ne s'opère qu'après l'accomplissement de

la modalité. Il est d'ailleurs indifférent que la dette soit civile, prétorienne ou naturelle ; ainsi, quand un pupille agissant sans l'*auctoritas tutoris* me promet ce qui m'est dû par quelqu'un, il y a novation (*Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.*, § 3).

Mais il est indispensable en second lieu que l'obligation provienne directement de la stipulation. C'est pour cette raison que la promesse quelconque d'un esclave, ou la promesse faite par un pérégrin dans la forme *spondes*, *spondeo*, n'emportent jamais novation ; car ces promesses ne sauraient valoir qu'à titre de pactes, or un simple pacte ne peut pas produire novation (*Gaius*, III, 176, 179. — *Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus modis obl. toll.*, § 3 *in fine*).

4° *Élément nouveau.* — Il faut enfin que l'obligation formée par la stipulation contienne quelque chose de nouveau, *aliquid novi*, c'est-à-dire diffère de l'ancienne dette par un élément suffisamment important pour amener la transformation juridique de l'obligation antérieure. Cette quatrième condition sera mieux comprise quand on connaîtra les effets de la novation.

§ II

Capacité requise pour nover.

La capacité exigée des parties pour faire novation est plus ou moins rigoureuse suivant qu'on l'examine chez le stipulant ou chez le promettant (*Conf.* C. C. art. 1272).

I. — Le rôle de stipulant n'est personnellement accessible qu'au créancier capable de recevoir un payement, c'est-à-dire de rendre sa condition pire en éteignant sa première créance. *Cui recte solvitur, is etiam novare potest* (L. 10, D. *De novat.*, 46-2).

En conséquence, la novation peut être faite par l'*adstipulator;* elle peut aussi émaner de l'un des *correi stipulandi*, bien que le droit de nover leur ait été contesté à l'origine (L. 31, § 1, D. *De novat.*, 46-2. — *Contrà*, L. 27, pr., D. *De pactis*, 2-14).

Il en est de même du *procurator omnium bonorum*, du tuteur, du pupille ou du curateur d'un fou ou d'un prodigue pourvu que la novation soit avantageuse à l'incapable; toutefois et par exception à la règle générale, l'*adjectus solutionis gratia* ne pourrait pas nover la créance parce que son mandat se borne à recevoir le payement (L. 10 ; L. 20, § 1, L. 34, § 1, D. *De novat.*, 46-2).

Le pupille, le prodigue interdit et, dans le dernier état du droit,

le mineur de vingt-cinq ans ne peuvent en principe nover, car, en consentant à l'extinction de la première obligation, ils font leur condition pire; cependant les jurisconsultes admettaient la validité de la novation toutes les fois qu'elle avait pour effet d'améliorer leur situation juridique dans telle hypothèse donnée, par exemple, en changeant l'obligation naturelle dont ils étaient créanciers en une obligation civile (L. 3, D. *De novat.*, 46-2).

Les individus *alieni juris* et spécialement le fils de famille et l'esclave ont le droit de faire novation sur l'ordre du chef de famille, *jussu patris vel domini*. Il est même à remarquer que cette autorisation était toujours présumée quand la créance faisait partie du pécule, et que la *libera peculii administratio* leur avait été concédée (L. 16; L. 25; L. 34, pr., D. *De novat.*, 46-2).

II. — Le rôle de promettant, pour nover sa propre dette ou la dette d'autrui, est accessible à tous ceux qui peuvent s'obliger au moins naturellement par la forme du contrat verbal.

Il suffit en effet qu'une obligation naturelle puisse prendre naissance *animo novandi;* aussitôt la novation est réalisée et la première obligation civile est éteinte. En conséquence, le pupille qui n'est pas muni de l'*auctoritas* de son tuteur peut très valablement nover sa dette. Il n'est même pas nécessaire, quand on veut nover la dette d'un tiers, d'avoir son consentement ou d'agir en qualité de mandataire; de même qu'on peut payer la dette d'autrui *invito debitore*, de même aussi, on peut la nover malgré le débiteur (*Gaius*, III, 176. — L. 3; L. 8, § 5, D. *De novat.*, 46-2. — *Inst.*, L. III, t. XXIX; *Quibus modis oblig. toll.*, § 3. — *Conf.* C. C., art. 1274).

§ III

Effets de la novation.

Les effets de la novation considérée en elle-même n'offrent aucune difficulté; car ils sont analogues à ceux d'un payement. La novation éteint donc l'obligation antérieure, avec les sûretés accessoires qui la garantissaient, fidéjussions, hypothèques ou gages; *novatione tollitur obligatio* (*Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus modis obl. toll.*, § 3) (1).

Par suite, elle arrête aussi le cours des intérêts, purge la de-

(1) Les parties pourraient cependant, à l'aide d'un pacte *in continenti* ajouté à la stipulation faite *novandi animo*, réserver les droits de gage ou d'hypothèque et même les engagements personnels des *adpromissores* dans le cas où ceux-ci

meure, empêche la clause pénale (*stipulatio pœnæ*) de se réaliser et enlève au débiteur le droit d'opposer au créancier les diverses exceptions qui pouvaient paralyser la première dette (L. 2; L. 18; L. 19; L. 29, D. *De novationibus*, 46-2. — *Conf.* C. C., art. 1278).

Mais la novation n'a ces résultats extinctifs qu'à la condition de créer une obligation distincte de la précédente par quelque caractère marqué. En d'autres termes, les effets de la stipulation *animo novandi* sur l'ancienne dette dépendent de ses effets sur la nouvelle. Ces deux points de vue sont donc inséparables. Or quelles différences seront assez graves, entre les deux obligations, pour entraîner novation ? Quel élément nouveau faut-il exiger ? On distingue à cet égard deux grandes hypothèses, la novation par changement de personnes ou *subjective*, la novation sans changement de personnes ou *objective*.

Novation par changement de personnes. — L'élément nouveau est manifeste, lorsqu'il y a changement de créancier ou de débiteur; le droit classique et le droit de Justinien sont d'accord sur ce point.

I. — La novation par changement de créancier s'opère en promettant à Titius ce qu'on doit à Séius. Elle constitue l'une des deux manières de réaliser indirectement une cession de créance dans le droit romain ; à ce point de vue, elle fera l'objet d'explications séparées (*Gaius*, II, 38).

II. — La novation par changement de débiteur joue le rôle d'un payement; car elle libère l'ancien obligé. Seulement la valeur fournie au créancier pour obtenir cette libération, au lieu d'être la prestation due, consiste dans l'engagement du nouvel obligé. Cette novation apparaît sous deux formes diverses : l'*expromissio* et la *délégation*.

Expromissio. — Tantôt le créancier stipule d'un tiers ce qui lui était dû, sans l'intervention du débiteur. Il se produit alors ce qu'on appelle une *expromissio*, espèce particulière d'*intercessio*; elle n'exige que le consentement du créancier et du tiers (L. 8, § 5, D. *De novationibus*, 46-2. — *Suprà*, p. 325).

Délégation. — Tantôt le débiteur désigne à son créancier une tierce personne qui le payera. Il se produit alors ce qu'on appelle une *delegatio*, qui suppose le concours des trois volontés du

consentiraient à renouveler leur promesse (L. 11, § 1, D. *De pign. act.*, 13-7. — L. 21, pr. D. *Qui potiores*, 20-4. — *Conf.* C. C., art. 1278, 1281).

créancier délégant, du débiteur délégué et du tiers délégataire (L. 11, D. *De novationibus*, 46-2).

But et forme de la délégation. — La délégation peut aboutir à différents résultats : 1° Elle n'a d'autre but que d'éteindre des obligations, lorsque Titius, créancier de Séius et débiteur de Mævius, délègue son débiteur à son créancier, en donnant mandat à l'un de stipuler, à l'autre de promettre ; cette délégation opère une double novation, supprime la dette de Titius envers Mævius, la dette de Séius envers Titius et leur substitue une dette unique de Séius envers Mævius. 2° La délégation sert à faire une donation, lorsque Titius délègue son débiteur à Séius, qui n'est pas d'ailleurs son créancier. 3° La délégation sert à constituer un prêt, lorsque Titius délègue à son emprunteur Séius un tiers qui lui doit de l'argent, etc.

La délégation consiste dans le mandat donné par le délégant au délégué; sous cet aspect, elle n'implique aucune forme spéciale, et la volonté de déléguer se manifeste d'une façon quelconque. Mais elle n'entre dans le domaine des faits et ne devient irrévocable qu'après la naissance d'une obligation du délégué envers le délégataire. Or, le propre de la novation par voie de délégation, c'est que cette dette indispensable ne résulte pas toujours et nécessairement d'une stipulation. Un autre moyen de la produire résulte du contrat *litteris*, qui s'y applique d'habitude et sous la forme de la *transcriptio à personâ in personam* (L. 28, D. *De pecun. const.*, 13-5; L. 17, D. *De novationibus*, 46-2. — *Suprà*, p. 351).

Effets de la délégation. — Les effets de la délégation *novandi causâ* sont triples.

1° Le délégant est libéré envers le délégataire, et ne répond pas à son égard de l'insolvabilité préexistante ou future du délégué. Pour qu'il en soit autrement, il faut que la délégation ait été faite aux risques et périls du délégant ; on l'appelle alors imparfaite, parce qu'elle n'entraîne pas une vraie novation (L. 18, D. *De fidejussoribus*, 46-1. — *Inst.* L. III, t. XXVI, *De mand.* § 2. — *Conf.* C. C., art. 1275, 1276. — *Suprà*, p. 435).

Dans tous les cas où le délégant n'était pas débiteur du délégataire, la *condictio indebiti* lui est ouverte, sous les conditions ordinaires, pour obtenir indemnité du transport de sa créance (L. 8, § 3, D. *Ad Senat. Vell.*, 16-1).

2° Le délégué est libéré envers le délégant, comme s'il y avait

eu payement véritable. En supposant que le délégué ne fût pas débiteur du délégant, ou qu'il fût simplement tenu d'une action paralysée par une exception perpétuelle, il pourra par une *condictio sinè causâ* le mettre en demeure de lui procurer sa libération, ou lui réclamer par l'action *mandati* le remboursement de ce qu'il aura déjà payé. Mais la possibilité de ce recours suppose que le délégué s'est engagé envers le délégataire pour éteindre la dette dont il se croyait valablement tenu envers le délégant, et qu'il n'était pas même lié par une obligation naturelle. A défaut de la première de ces deux conditions, la délégation vaudrait en qualité de donation ; à défaut de la seconde, la délégation aurait sa cause dans la dette telle quelle qu'on voulait supprimer (L. 12; L. 13; L. 27, D, *De novat.* 46-2).

3° Le délégué devient débiteur du délégataire. Pourvu que l'objet de sa nouvelle dette soit désigné par le contrat verbal ou littéral, l'existence de son ancienne dette importe peu. On ne l'admet pas non plus à se prévaloir des exceptions qu'il aurait pu opposer au délégant, pourvu qu'elles aient été inconnues du délégataire. Cette règle fléchit néanmoins, entre autres cas, à l'égard des exceptions perpétuelles qui ne laissent pas subsister une obligation naturelle, lorsque le délégué ignorait, en s'engageant, ce moyen de protection, et que le délégataire est un donataire. A plus forte raison, si le délégué ne devait rien et s'est engagé dans la conviction qu'il devait, pourra-t-il opposer au délégataire une exception de dol (L. 2, § 3, D. *De donationibus*, 39-5 ; L. 7, D. *De dol. mal.* 44-4 ; L. 12 ; L. 13 ; L. 19, D. *De novat.* 46-2).

Novation sans changement de personnes. — Supposons maintenant que la novation s'opère *inter easdem personas;* en quoi doit alors consister l'élément nouveau qu'elle requiert ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer entre le droit classique et le droit de Justinien.

Changements admis dans le droit classique. — Au temps des jurisconsultes, trois sortes d'événements pouvaient produire la novation entre le même créancier et le même débiteur ; ils avaient pour trait commun de modifier le rapport de droit entre les deux parties ; c'étaient : le changement de cause, l'adjonction ou la suppression d'un terme, l'adjonction ou la suppression d'une condition.

I. — Changement de cause. — Toutes les fois qu'une dette préexistante ne dérive pas d'une stipulation, et qu'on la nove, il y aura

changement de cause; car la novation se réalise précisément par une stipulation qui remplacera la source primitive du droit. Les parties y gagnent, si la première dette était de bonne foi, de la transformer en dette de droit strict. Dans tous les cas, elles rendent possibles pour la seconde l'accession d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor* et en permettent l'extinction par la voie de l'acceptilation (L. 24, D. *De const. pecun.* 13-5).

II. — Adjonction on suppression d'un terme, *adjectio vel detractio diei.* — Dans l'hypothèse de l'adjonction d'un terme, la novation protège *ipso jure* le débiteur contre une poursuite anticipée du créancier, tandis qu'un pacte de remise le garantirait seulement *exceptionis ope.* Dans l'hypothèse de la suppression d'un terme, le pacte serait tout à fait insuffisant; car il ne pourrait valablement aggraver la rigueur du contrat, et le créancier qui agirait avant le *dies* fixé par le contrat et supprimé par le pacte commettrait une *plus-petitio* et serait déchu de son droit (L. 5; L. 8; D. *De novationibus*, 46-2. — *Gaïus*, III, 177).

III. — Adjonction ou suppression d'une condition, *adjectio vel detractio conditionis.* — 1° Lorsqu'une obligation pure et simple est novée par une obligation conditionnelle, on sait que la novation ne devient certaine et définitive qu'après la condition accomplie. Mais, en attendant, la stipulation *novandi animo* ne reste pas sans effet. Elle autorise par exemple le débiteur à repousser, *pendente conditione*, au moyen d'une exception de dol ou de pacte, l'action de la première obligation (*Gaius*, III, 179. — L. 14, pr., § 1, D. *De novat.* 46-2) (1).

De plus, dans la doctrine qui prévalut après controverse, la novation conditionnelle purge la demeure antérieure du débiteur et l'affranchit du risque des cas fortuits; on la considère en effet dans ce cas comme équivalente à des offres de payement (L. 8 pr.; L. 14, pr. D. *De novationibus*, 46-2; L. 72, § 1, D. *De solut. et liber.* 46-3. — *Contrà*, L. 31, pr., D. *De novat.*, 46-2).

La condition vient-elle à défaillir, l'action de la dette primitive est sans doute encore paralysée par l'exception de dol ou de pacte, dans le cas où la tentative de novation a eu lieu *inter easdem personas.* Dans l'hypothèse contraire, la première obligation recouvre

(1) La plupart des jurisconsultes décidaient même que le débiteur qui aurait payé par erreur *pendente conditione*, pourrait exercer la *condictio indebiti;* mais tel n'était pas l'avis de Paul (L. 60, § 1, D. *De cond. indeb.*, 12-6).

toute sa force (*Gaius*, III, 179. — L. 30, § 2, D. *De pactis*, 2-14).

2° En sens inverse, une obligation conditionnelle est novée quelquefois par une obligation pure et simple. La novation ne devient alors certaine et définitive qu'après l'accomplissement de la modalité. Mais la condition en suspens, ou même défaillie, n'empêche pas le créancier d'agir immédiatement en vertu de la seconde créance, qui est pure et simple. Seulement, si l'on ne le suppose pas repoussé par une exception, il devra plus tard, en cas de défaillance, rendre ce qu'il aura touché ; car la seconde dette avait pour objet d'éteindre la première, et l'inexistence de celle-ci rend celle-là sans cause (L. 14, § 1. D. *De novationibus*, 46-2).

Changements admis dans le droit de Justinien.— Comme on le voit, telles étaient les seules modifications que pût apporter à la dette la novation du temps classique. Justinien se montra moins exigeant et admit la novation dans deux hypothèses où le droit antérieur ne l'aurait pas admise.

I. — La novation par changement d'objet n'était pas connue des anciens jurisconsultes ; à leurs yeux, la seconde obligation devait porter exactement sur la même prestation que la première. Cette règle, quoique très vivement contestée, résulte de tous les exemples donnés par Gaius, se fonde sur la définition classique de la novation, et se trouve finalement écrite en termes à peu près formels dans plusieurs textes (*Gaius*, III, 176-179. — L. 91, § 6, D. *De verb. oblig.* 45-1 ; L. 1 ; L, 4, D. *De novat.* 46-2).

Mais Papinien, plus indulgent, permet de nover en stipulant la valeur de l'objet dû, au lieu de l'objet lui-même, et Justinien voit une novation dans la simple augmentation ou diminution de la dette primitive ; dès ce jour, l'ancien principe n'est plus debout. On peut donc affirmer que la novation est possible par changement d'objet dans le dernier état du droit (L. 28, D. *De novat.* 46-2. — L. 8, C. *De novat.* 8-42. — *Conf.* C. C., art. 1271-1°).

II. — La simple modification de l'un des accessoires de l'obligation emporte enfin novation, depuis Justinien, sans qu'on exige désormais un changement du rapport de droit entre les deux parties. C'est ainsi que l'adjonction ou la suppression d'un gage ou d'un fidéjusseur a la force de constituer l'élément nouveau qui est exigé pour la novation ; il suffit que les parties l'aient ainsi entendu (*Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.* § 3. — L. 8, C. *De novat.* 8-42) (1).

(1) La première origine de cette doctrine fut probablement une décision de

TROISIÈME SECTION.

AUTRES MODES GÉNÉRAUX D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Outre le payement et la novation, on doit encore citer, comme moyens plus ou moins énergiques d'éteindre civilement une obligation quelconque, la *capitis deminutio*, la prescription extinctive, la *litis contestatio* et la confusion.

La *capitis deminutio* nous est déjà connue (*suprà*, p. 116); la prescription et la *litis contestatio* seront comprises dans la théorie des actions.

Il nous reste simplement à exposer les règles générales de la confusion.

Confusion. — On appelle, en droit, *confusion* la réunion sur la même tête de deux qualités incompatibles et qui n'ont pu naître que séparées. Ainsi entendue, la confusion n'est pas spéciale aux obligations, elle se rencontre également dans la théorie des droits réels et notamment à propos des servitudes prédiales, de l'usufruit et de l'hypothèque.

Spécialement, dans la matière des obligations, la confusion est la réunion sur la même personne des deux qualités incompatibles de créancier et de débiteur ; cette coexistence amène ordinairement l'extinction de l'obligation (*Conf.* C. C., art. 1300, 1301).

Du reste, les effets de la confusion varient avec les hypothèses ; bornons-nous à l'examen des plus intéressantes.

1° Le créancier succède au débiteur, ou *vice versâ*. Il se produit alors *ipso jure* une extinction véritable et complète de l'obligation, comme s'il y avait eu payement ; aussi tous les acceseoires, gages, hypothèques ou fidéjusseurs, disparaissent-ils du même coup, et nulle obligation naturelle ne survit (L. 21, § 1, D. *De liberatione legata*, 34-3. — L. 95, § 2, D. *De solutionibus*, 46-3) (1).

2° Il y a plusieurs créanciers corréaux, et l'un d'eux succède au débiteur, ou plusieurs codébiteurs corréaux, et l'un d'eux succède

Gaïus, pour qui l'accession ou le retranchement d'un *sponsor* formait une novation. Cette tentative avait fait son chemin ; d'autres s'y étaient ajoutées, et Justinien trancha toutes les controverses dans le sens de la liberté de nover (*Gaïus*, III, 177, 178).

(1) Cependant, lorsqu'il s'agit de procéder au calcul de la loi Falcidie, les dettes de l'héritier envers la succession et réciproquement, les dettes de la succession envers l'héritier rentrent dans le calcul de la quarte falcidienne. (L 1, § 18; L. 87, § 2, D. *Ad. leg. falcid.* 35-2. — *Conf.* C. C., art. 922).

au créancier. Ici la confusion n'équivaut plus au payement.

Dans le premier cas, le créancier qui succède au débiteur est tenu de l'obligation envers les autres; mais s'il existait entre eux un lien de société, on déduira de sa dette la part qu'il aurait eu droit d'obtenir à titre d'associé (L. 71, D. *De fidejuss.* 46-1).

Dans le second cas, le débiteur qui succède au créancier pourra poursuivre ses anciens *correi* pour le tout, déduction faite, s'il y a société, de la part qu'il aurait dû supporter en définitive. Les débiteurs accessoires sont libérés, lorsqu'ils n'avaient garanti que le *correus* qui succède ; ils demeurent liés, quand ils avaient garanti tous les *correi promittendi.* Mais une exception de dol leur serait accordée parce que l'héritier qui les actionne en qualité de créancier se trouverait aussitôt, en qualité de débiteur, obligé à les indemniser (L. 71, D. *De fidejuss.* 46-1. — *Conf.* C. C., art. 1209-1301).

3° Le créancier succède au fidéjusseur, ou le fidéjusseur au créancier. La fidéjussion est anéantie, sans que l'obligation principale reçoive la moindre atteinte. Le débiteur reste alors passible de l'action originaire, preuve évidente que la confusion ne produit pas ici les effets d'un payement (L. 21, § 5, D. *De fidejuss.* 46-1).

4° Enfin le débiteur succède au fidéjusseur, ou le fidéjusseur au débiteur. L'obligation principale absorbe alors la fidéjussion, qui disparaît comme inutile, en emportant avec elle les exceptions personnelles au fidéjusseur. Toutefois il en est autrement, quand la fidéjussion garantissait une dette naturelle ; elle survit alors à raison de son utilité, et sauve en même temps l'obligation principale, qui subsiste pour lui servir de support (L. 21, § 2, D. *De fidejuss.* 46-1 ; L. 93, § 2, 3; L. 95, § 3, D. *De solutionibus*, 46-3. — *Conf.* C. C., art. 1301, 2035).

En règle générale, quand la confusion a eu lieu, les effets qui en résultent sont irrévocables en sens qu'ils se maintiennent, alors même que l'héritier chez qui s'est produite la confusion viendrait à se défaire de l'hérédité, en l'aliénant. Toutefois, la confusion disparaît avec tous ses effets lorsque le titre héréditaire est révoqué. Il en est ainsi, par exemple au profit du mineur de vingt-cinq ans qui se fait restituer contre son acceptation d'une hérédité désavantageuse, ou pour l'héritier testamentaire qui est expulsé de la succession par la plainte d'inofficiosité. L'un et l'autre reprennent les droits actifs ou passifs qu'avait éteints l'adition (L. 21, § 2, *De inoff. test.* 5-2 ; L. 87, § 1, *De acq. vel omitt. hered.* 29-2).

CHAPITRE XXXVI

MODES SPÉCIAUX D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Dans le droit romain primitif, les formes nécessaires pour rendre efficace la volonté de l'homme étaient également nécessaires pour la révoquer et la détruire. C'est ainsi qu'on a déjà vu la *manus* établie par la *confarreatio* se dissoudre par la *diffarreatio*, les choses sacrées redevenir profanes par la cérémonie inverse de la *consecratio* et la possession se perdre *corpore aut animo*. De même, on le verra, le testament et le legs n'étaient révoqués, l'un que par un autre testament, l'autre que par une formule semblable à celle qui lui avait donné naissance. C'était l'application d'un grand principe posé en ces termes par le jurisconsulte Gaius : *Omnia quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt* (L. 100, D. *De regulis juris*, 50-17).

On ne s'étonnera pas que les obligations aient également subi ce principe. Il s'exprime même à leur égard par des adages plus spéciaux, entre autres : *ferè quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur*. Cette maxime signifie qu'à chaque classe d'obligations contractuelles correspond un mode particulier d'extinction également conventionnelle, réglé sur le modèle de leur formation (L. 35; L. 153, D. *De regulis juris*, 50-17).

En effet, au temps même de Gaius, les obligations contractées par la forme antique du *nexum* s'éteignent encore *per æs et libram*; les obligations verbales s'éteignent par le procédé verbal de l'acceptilation, et les obligations consensuelles par le *contrarius consensus* (*Gaius*, III, 174) (1).

Quant aux deux classes d'obligations littérales et réelles, elles semblent échapper à la règle. Mais on sait qu'il nous est parvenu peu de textes relatifs à l'*expensilatio*, et l'on a le droit de penser que, si nos documents étaient plus riches, ils nous feraient connnaître un mode spécial produisant l'extinction *contrariis litteris*. Pour les contrats réels, formés *re*, ils se dissolvent *re*, c'est-à-dire par le paye-

(1) Gaius nous apprend également que le mode extinctif *per æs et libram* devait être employé : 1° par le légataire *per damnationem* qui voulait libérer l'héritier *ipso jure*; 2° par le créancier qui avait l'intention d'affranchir le *judicatus* de sa dette (*Gaius*, III, 175).

ment, ce qui revient à constater que leur mode propre d'extinction reçut une application générale à toutes les obligations contractuelles ou non contractuelles.

La portée de la règle fut donc absolue à l'origine, suivant toutes les vraisemblances. On doit même conjecturer qu'elle commença par être impérative ; les parties ne pouvaient dissoudre l'obligation que par le mode spécial au contrat qui l'avait créée, c'est-à-dire les obligations engendrées *verbis* par l'acceptilation, etc. Cette conclusion n'a rien que de conforme à l'esprit formaliste des premiers législateurs romains. Mais, dans le droit classique, il n'en est plus de même ; l'emploi de tel ou tel mode d'extinction est devenu facultatif, et l'ensemble du système, au lieu de gêner la volonté des parties, lui ouvre désormais diverses voies également libres pour arriver à la suppression des obligations.

L'acceptilation, le *contrarius consensus* et la perte de la chose due constituent les seuls modes spéciaux qui aient encore de l'importance pratique, à l'époque des grands jurisconsultes classiques.

PREMIÈRE SECTION

ACCEPTILATION.

(*Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis toll. oblig.* § 1, 2).

L'acceptilation est un mode solennel d'extinction appliquée aux obligations *verbis* et qui exige l'emploi d'une formule verbale. Ce n'est au fond qu'une remise de dette faite en termes consacrés et expressément reconnue par le droit civil (*Conf.* C. C., art. 1282-1288).

§ I

Forme et nature de l'acceptilation.

L'acceptilation se restreignit d'abord à la stipulation ; mais on finit par l'étendre aux obligations nées de la *dictio dotis* ou de la *jurata promissio liberti*, c'est-à-dire à toutes les obligations verbales (L. 13, pr. D. *De acceptilatione*, 46-4. — *Gaius*, III, 170).

Forme de l'acceptilation. — Comme la stipulation, elle consiste dans une interrogation suivie d'une réponse ; seulement, les rôles sont renversés, c'est le débiteur qui interroge et le créancier qui répond. Le débiteur interroge par exemple le créancier dans les termes suivants : *quod ego tibi promisi, acceptumne habes?* et le

créancier répond : *Habeo* ou *acceptum habeo*. Tout ce qu'on sait déjà de l'élargissement progressif de la stipulation retrouve ici son application. Enserrée au début dans une formule unique et latine, l'acceptilation devint de plus en plus libre, admit les langues étrangères, et fut enfin ouverte aux pérégrins (sauf probablement sous la forme *quod spopondi*).

Depuis la suppression des solennités de paroles, en 469, elle n'exige plus qu'une question et une réponse concordantes et continues (L. 7; L. 8, § 4; L. 9, D. *De acceptilat.* 46-4. *Suprà*, p. 265).

Nature de l'acceptilation. — Considérée dans sa nature, l'acceptilation est un acte légitime, *actus legitimus*, contenant la fiction d'un payement, *imaginaria solutio*. (*Gaius*, III, 169. — *Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus modis toll. oblig.* § 1).

I. — L'acceptilation est d'abord un *actus legitimus;* on avait déduit de ce caractère deux corollaires importants :

1° L'apposition expresse d'un terme ou d'une condition quelconque vicie l'acceptilation. Les jurisconsultes appuient cette décision sur l'analogie fictive de cette opération avec le payement, qui est nécessairement un fait pur et simple. Mais on y admet toutes sortes de modalités tacites, c'est-à-dire non insérées dans la formule de l'interrogation. Par suite, l'acceptilation se trouve valablement soumise aux termes ou conditions que les parties expriment dans un acte distinct, ou qui résultent évidemment des circonstances. La libération du débiteur est alors reculée jusqu'à l'échéance du terme ou l'événement de la condition; cette dernière rétroagissant aussi bien que dans les contrats ne peut éteindre que les dettes qui existent au moins à l'instant de l'acceptilation (*F. V.* § 329. — L. 4; L. 5; L. 12; L. 13, § 8, 9, D. *De acceptilat.* 46-4. — L. 77, D. *De regulis juris*, 50-17).

2° L'acceptilation doit intervenir entre le débiteur et le créancier, et ne peut avoir lieu par représentants. Cette règle présentait bien des inconvénients dans le cas où l'un des intéressés était hors d'état de participer à l'acceptilation, comme *l'infans*, le fou, l'absent, le muet ou le sourd. Mais la novation fournissait un remède; car toute personne capable de nover la créance ou la dette d'autrui avait la faculté de se rendre créancier ou débiteur, et de prendre part ensuite en son propre nom à l'acceptilation (L. 3; L. 13, § 10; D. *De acceptilat.* 46-4).

Quant aux individus *alieni juris*, ils n'ont pas le pouvoir, même

sur un ordre formel du père de famille, d'éteindre ses créances par acceptilation; mais il leur est loisible de le libérer de ses dettes au moyen de ce procédé (L. 71, § 2, D. *De solutionibus*, 46-3; L. 22, D. *De accept.* 46-4).

II. — L'acceptilation constitue un paiement fictif, *imaginaria solutio;* les jurisconsultes tiraient de là plusieurs conséquences fort rigoureuses et qui ont, pour la plupart, disparu dans le droit définitif.

1° De même que le créancier n'est pas obligé de recevoir en payement, *aliud pro alio;* de même aussi, l'indication de la *res debita* ne saurait être remplacée dans la formule de l'acceptilation par la mention d'un autre objet; cette règle fut toujours observée (L. 13, § 3, D. *De accept.* 46-4).

2° Le créancier ne pouvant être contraint de recevoir un payement partiel, on en avait d'abord conclu que l'acceptilation ne pouvait pas être faite pour partie. Cette conséquence était inadmissible, car l'acceptilation supposant le concours du créancier, on ne voit pas pourquoi la volonté du créancier serait moins énergique quand il s'agit d'un payement fictif que dans le cas d'un payement véritable. Aussi, ne tarda-t-on pas à se relâcher de cette rigueur; la question était déjà discutée au temps de Gaius, mais dans le droit de Justinien, la validité de l'acceptilation partielle, sauf dans le cas d'une dette indivisible, ne fait plus la moindre difficulté (*Gaius*, III, 172. — L. 13, § 1, D. *De accept.* 46-4. — *Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus modis obl. toll.* § 1, *in fine*).

3° Enfin lorsque dans une dette alternative ou de genre, l'option appartient au créancier, le débiteur ne peut pas, dans son interrogation, indiquer quelle est la chose sur laquelle portera l'acceptilation. Mais il est probable que la validité de l'acceptilation finit par prévaloir, car le créancier qui répond à l'interrogation adhère évidemment au choix fait par le débiteur (L. 27. § 6, *De pactis*, 2-14).

Cependant, il ne faudrait pas pousser trop loin cette comparaison de l'acceptilation et du payement parce que le parallèle se trouverait souvent en défaut. Ainsi, en est-il par exemple de la capacité requise chez les parties; le créancier et le débiteur ne jouissent pas de la même capacité pour les deux actes.

Le germe de la différence est dans la nature ordinairement gratuite de l'acceptilation, qui ne constitue qu'un payement fictif. Elle est donc plus favorable au débiteur et plus nuisible au créancier

qu'un payement réel. En conséquence, le pupille agissant, *non auctore tutore* et tout débiteur qui n'est ni fou ni *infans* peut recevoir une acceptilation, quoique incapable de payer. A l'inverse, la femme en tutelle, quoique capable d'accepter seule un payement, ne peut consentir seule une acceptilation (*Gaius*, II, 85, III, 171. — L. 2. D. *De accept.* 46-4).

§ II

But et effets de l'acceptilation.

Connaissant la forme et la nature de l'acceptilation, il s'agit d'en déterminer le but pratique et les effets juridiques.

But de l'acceptilation. — L'acceptilation, comme toute remise de dette, peut intervenir à titre gratuit ou à titre onéreux.

Elle est à *titre gratuit* lorsque le créancier ne reçoit aucun équivalent en échange de la libération qu'il procure au débiteur; on l'emploiera pour réaliser une donation, pour faire une constitution de dot ou pour exécuter le *legatum liberationis* mis par le testateur à la charge de son héritier (L. 17, D. *De donat.* 39-5; L. 43, pr. *De jure dotium*, 23-3; L. 3, § 3, *De liber. legata*, 34-3).

L'acceptilation est au contraire à *titre onéreux* lorsque le créancier reçoit une compensation quelconque en retour de la remise de dette qu'il consent. Elle reçoit alors un très grand nombre d'applications. D'abord, elle peut accompagner le payement ou la *datio in solutum* et, dans ce cas, son but sera de supprimer tout débat sur la validité du payement ou sur la translation de propriété et d'assurer la libération *ipso jure* du débiteur (L. 19, § 1, D. *De accept.* 46-4).

Les parties peuvent également se servir de l'acceptilation à titre onéreux pour en faire un des éléments d'un contrat innomé (L. 9, D. *De præscr. verbis*, 19-51. — *Suprà*, p. 450).

Enfin le créancier doit encore y recourir toutes les fois que le débiteur peut exiger sa libération, soit que son engagement n'ait jamais eu de cause, soit qu'il ait perdu sa cause originaire, soit enfin qu'il ait été déterminé par dol ou par violence (L. 10, § 1, D. *De pactis*, 2-14. — L. 9, § 7, D. *Quod metus*, 4-2).

Effets de l'acceptilation. — Dans ses effets l'acceptilation régulière est complètement assimilable au payement. Comme lui, en effet, elle fait disparaître la dette *ipso jure* avec tous ses accessoires et opère *erga omnes*.

1° La dette est éteinte *ipso jure*. Cela veut dire deux choses: d'abord que l'acceptilation constitue un véritable moyen de défense invocable en tout état de cause, ensuite que, l'acceptilation une fois réalisée, un simple pacte serait impuissant à faire revivre la dette. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'acceptilation soit *régulière*, c'est-à-dire qu'elle soit faite dans les formes voulues et qu'elle s'applique à une dette verbale; appliquée à toute autre dette, elle ne pourrait l'éteindre qu'*exceptionis ope* (L. 27, § 9, D. *De pactis*, 2-14).

2° L'extinction de la dette par voie d'acceptilation entraîne du même coup l'extinction de tous les accessoires personnels ou réels qui garantissaient le payement de la dette, tels que : fidéjussion, hypothèques ou gages (L. 49, D. *De solutionibus*, 46-3).

3° Enfin l'acceptilation opère *erga omnes*, ce qui veut dire que tous les intéressés doivent la subir ou peuvent l'invoquer. Ainsi, toutes les fois que plusieurs créanciers ont stipulé la même chose, par exemple en cas d'*adstipulatio* ou de corréalité active, l'acceptilation consentie par l'un des créanciers libère le débiteur à l'égard de tous (L. 13, § 12, D. *De accept.* 46-4. — *Conf.* C. C., art. 1198, *in fine*).

De même, toutes les fois que plusieurs débiteurs ont promis la même chose, ce qui se présente notamment en cas d'*adpromissio* ou de corréalité passive, l'acceptilation consentie par le créancier à l'un des coobligés éteint l'obligation de tous les autres (L. 16, pr. § 1, D. *De accept.* 46-4. — *Conf.* C. C., art. 1210, 1284, 1285, 1287) (1).

Ce principe conduit encore à décider que, dans le cas où un fils de famille ou un esclave reçoivent acceptilation des dettes qu'ils ont contractées envers les tiers, le *paterfamilias* est déchargé par voie de conséquence des obligations prétoriennes dont il pouvait être tenu (L. 11, § 1, D. *De accept.* 46-4).

(1) Dès qu'il y a plusieurs coobligés, il suffit que l'un d'eux soit obligé *verbis* pour que l'acceptilation qui lui est faite libère aussi les autres *ipso jure ;* ainsi l'acceptilation faite au fidéjusseur libèrera le débiteur principal tenu *ex mutuo* (L. 13, § 7, D. *De accept.*, 46-4).

§ III

Stipulation Aquilienne.

Appliquée à des obligations non verbales, l'acceptilation ne pouvait pas les faire disparaître *ipso jure*. Mais comme il était impossible de lui refuser au moins la force d'une simple manifestation de volontés, les jurisprudents la considéraient alors comme un pacte de remise qui opérait *exceptionis ope* (L. 27, § 9, D. *De pactis*, 2-14; L. 8; L. 19, D. *De accept.* 46-4).

Cependant il existait un moyen bien simple d'éteindre de plein droit par l'acceptilation une dette quelconque; il suffisait de transformer cette dette en obligation verbale et d'y appliquer ensuite la formule extinctive de l'acceptilation (*Gaius*, III, 170. — *Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus modis obl. toll.* § 1).

Telle est l'idée féconde qui fut développée par le jurisconsulte Aquilius Gallus, ami de Cicéron et son collègue dans la préture vers la fin du septième siècle de Rome. Il inventa une formule double, que le Digeste et les Institutes nous ont conservée sous le nom de stipulation Aquilienne. Cette formule contient : 1° un modèle de stipulation destinée à nover tous les droits réels ou de créance compris dans un patrimoine; 2° un modèle d'acceptilation destinée à les supprimer, une fois transformés en obligation verbale (L. 18, D. *De acceptil.* 46-4. — *Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.* § 2).

Nature de la stipulation aquilienne. — On voit tout de suite que la stipulation Aquilienne constitue un procédé de novation. A ce point de vue, elle a pour caractère spécial et technique de nover les droits réels eux-mêmes, qui ne se novent pas en thèse générale (L. 4, D. *De transact.* 2-15).

Cette anomalie apparente s'explique sans peine si l'on considère que la stipulation d'Aquilius Gallus suppose que les droits qu'il s'agit de nover sont déduits en justice par la *litis contestatio;* la formule Aquilienne prouve bien qu'il en est ainsi puisqu'elle emploie les termes dont se servait le préteur pour rédiger les formules d'action. Or, on verra plus tard que la condamnation, dans le système classique de procédure, est toujours pécuniaire; par conséquent, l'effet de la *deductio in litem* est de transformer le droit quelconque en une créance, qui n'a jamais pour objet que de l'ar-

gent, et qu'on peut dès lors nover sans difficulté (L. 4; L. 32, C. *De transact.* 2-4).

But de la stipulation aquilienne. — Mais si la stipulation Aquilienne constitue un procédé de novation, il est non moins vrai qu'on en use uniquement dans le but de supprimer immédiatement par une acceptilation subséquente la dette verbale qu'elle aura créée. Car il serait impossible de s'expliquer autrement l'intérêt qu'auraient les parties à fondre des droits antérieurs dans une créance d'argent indéterminée. D'ailleurs les documents ne paraissent pas devoir laisser le moindre doute à cet égard ; tous tendent à établir que la stipulation n'a d'autre but que de préparer et de rendre possible une acceptilation. Il résulte en effet des différents textes, tant ceux du Digeste que des Institutes, que les deux formules imaginées par Aquilius Gallus forment en réalité une opération unique, un seul tout indécomposable. Témoin la formule même en usage : *Quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi id omne habesne acceptum* (L. 18, § 1, D. *De accept.* 46-4. — *Inst.* L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.* § 2).

On pourrait même faire un pas de plus et déterminer la sphère d'application de la stipulation Aquilienne. Elle avait pour objet peut-être exclusif, tout au moins principal, d'effacer *ipso jure* des droits litigieux, à la suite d'un désistement ou d'une transaction. Elle offrait alors l'avantage d'éteindre, avec plus d'énergie qu'un pacte de remise, les actions purement *in rem*, et de tarir d'un seul coup, si besoin était, les différentes sources de poursuites réelles ou personnelles entre les deux parties. De plus, si quelque compensation était promise par simple convention à l'auteur de l'acceptilation, ce pacte devenait obligatoire, à titre de contrat innomé *facio ut des* (L. 15, C. *De transact.* 2-4).

§ IV

Comparaison de l'acceptilation et du pacte de non petendo.

Le pacte *de non petendo*, déjà signalé dans la théorie générale des pactes, est une convention qui accorde au débiteur, soit un terme pour payer, soit une pleine remise de sa dette. Il relève des mêmes principes dans ses deux applications ; mais nous retrouverons le *pactum ne petatur intra tempus* en traitant des exceptions temporaires ; le *pactum ne petatur* doit donc seul nous occuper pour le moment.

Le pacte de remise tend au même résultat que l'acceptilation. Mais il lui est inférieur par l'énergie; en revanche, il a l'avantage de n'exiger aucune forme solennelle et de restreindre au gré de ses auteurs l'extinction qu'il produit. Ces trois différences sont faciles à comprendre.

I. — Le pacte de remise n'opère pas *ipso jure*, mais seulement *exceptionis ope* (1); le défendeur qui l'invoque devra donc en principe le faire insérer dans la formule. Autrement dit, ce pacte laisse subsister la dette et se contente de la paralyser; dès lors, un pacte inverse la rendra de nouveau efficace, en neutralisant l'*exceptio pacti* par une *replicatio pacti*. En conséquence, toutes les fois qu'un résultat irrévocable est nécessaire pour engendrer ou parfaire un rapport de droit, le pacte *de non petendo* n'y pourra suffire; c'est ainsi qu'il n'engendre pas le contrat innomé *facio ut des*, *facio ut facias*, et qu'il ne parfait pas la donation faite *ultra modum legis Cinciæ* (L. 27, § 2, D. *De pactis*, 2-14. — *Inst.* L. IV, t, XIII, *De exceptionibus*, § 3) (2).

II. — Le pacte de remise n'exige aucune forme et peut n'être que tacite (3). Il est donc applicable à toute sorte d'obligations et comporte toute espèce de modalités licites. Le créancier et le débiteur même absents, sourds ou muets y procèdent valablement, par le seul fait qu'ils sont capables de consentir. Les représentants quelconques, tuteur, curateur, mandataire, y sont admis dans les limites de leurs pouvoirs. Enfin les personnes *alieni juris* peuvent, non seulement procurer au *paterfamilias* sa libération par ce moyen, mais encore le dépouiller ainsi des créances comprises dans leur pécule, pourvu qu'elles aient la libre administration de ce pécule et qu'elles ne fassent pas une remise gratuite (L. 4, § 1 ; L. 10, § 2 ; L. 18; L. 28, § 2, D, *De pactis*, 2-14).

III. — Le pacte *de non petendo* restreint au gré de ses auteurs l'extinction qu'il produit. L'intention des parties étant en effet la

(1) Par dérogation à ce principe, le pacte éteint *ipso jure* les actions *furti* et *injuriarum* (L. 7, § 14 ; L. 17, § 1, D, *De pactis*, 2-14. — *Suprà*, p. 443).

(2) Il va sans dire que le pacte *ne petatur* qui paralyse l'obligation personnelle de l'un des débiteurs paralyse également les hypothèques établies par lui ou par des tiers pour lui (L. 17, § 2, D. *De pactis*, 2-14).

(3) L'abandon volontaire de l'écrit (*cautio*) consenti par le créancier au profit du débiteur est ordinairement regardé comme un pacte tacite *de non petendo ;* mais il n'en est pas de même de la simple remise du gage (L. 2, pr. § 1 ; L. 3, D. *De pactis*, 2-14. — *Conf.* C. C., art. 1282, 1283, 1286).

loi souveraine du pacte, il en résulte que l'étendue de ses résultats ne peut pas se déterminer *à priori* par une formule absolue; il opère tantôt à l'égard des parties seules, tantôt à l'égard de tous les intéressés ou de plusieurs d'entre eux. A ce point de vue, on appelle pacte *in rem* le pacte impersonnel, c'est-à-dire conçu sans désignation de personnes (*non petam*), et pacte *in personam* le pacte dont les sujets actifs ou passifs sont déterminés (*non petam à Titio*) (L. 7, § 8; L. 22, D. *De pactis*, 2-14).

Pacte de remise consenti par l'un des créanciers. — 1° S'il y a plusieurs créanciers corréaux, le pacte émané de l'un d'eux ne donne jamais lieu à l'exception *pacti* contre les autres, fût-il *in rem*. Mais en supposant dans ce dernier cas un lien de société entre les *correi*, il est permis de croire qu'il procure au débiteur poursuivi une exception de dol, pour la part que l'auteur du pacte aurait eue dans le montant de la créance. 2° Le pacte consenti par le stipulant principal est opposable à l'*adstipulator;* mais le pacte émané de l'*adstipulator* ne doit pas être opposable au stipulant principal (L. 27, pr. D. *De pactis*, 2-14).

Pacte de remise consenti à l'un des codébiteurs. — Le pacte *in personam* ne profite qu'au débiteur qu'il désigne. Le pacte *in rem* est invocable par tous les obligés investis d'un recours contre le débiteur qui l'a obtenu. Sont compris dans cette formule les codébiteurs corréaux unis par un lien de société, et les fidéjusseurs ou débiteurs accessoires envers le débiteur principal. Mais la remise consentie à l'un des débiteurs accessoires ne profite ni aux autres ni au débiteur principal (L. 23; L. 25, D. *De pactis*, 2-14) (1).

DEUXIÈME SECTION.

CONTRARIUS CONSENSUS.

(*Inst.*, L. III, t. XXIX, *quibus modis oblig. toll.* § 4).

Les contrats consensuels peuvent se dissoudre comme ils se forment, par le simple consentement. Ce que les parties ont voulu, elles sont maîtresses de ne plus le vouloir. *Obligationes quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur* (*Inst.* L. III,

(1) Il est donc possible que le pacte *in personam* ne libère pas l'héritier du débiteur qui l'a reçu. Il n'a d'autre conséquence alors que d'affecter l'obligation d'un terme incertain, et de valider sous une forme détournée les stipulations *post mortem promittentis* (L. 17, § 3; L. 25, § 1, D, *De pactis*, 2-14).

t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.* § 4. — *Conf.* C. C., art. 1134).

Mais pour que le *contrarius consensus* produise cet effet extinctif, il faut l'une ou l'autre des conditions suivantes : ou qu'il intervienne avant l'exécution du contral, *rebus adhuc integris*, ou que les choses soient remises dans l'état antérieur, *rebus in integrum restitutis*.

1° *Rebus integris.* — Le *mutuus dissensus* doit normalement intervenir avant tout fait d'exécution du contrat, *rebus adhùc integris, re nondùm secutâ*. Les jurisconsultes romains se divisent sur l'interprétation de ce principe. Les uns, et parmi eux Papinien, ne voient d'obstacle au plein effet du *contrarius consensus* que dans l'exécution totale ou partielle d'une obligation essentielle au contrat, comme la livraison faite par le vendeur, ou le payement du prix effectué par l'acheteur. Les autres, et avec eux Paul, enseignent au contraire qu'un acte d'exécution quelconque, même relatif à des éléments accidentels du contrat, empêche le *contrarius consensus* d'opérer *ipso jure*, et ne lui laisse plus, comme à tout autre pacte ordinaire, que la force de produire une exception ; tel serait le cas où le vendeur, pour obéir à quelque clause de la vente, aurait fourni un fidéjusseur, sans rien accomplir de plus (L. 3, D. *De rescind. vend.*, 18-5; L. 95, § 12, D. *De solut.*, 46-3).

On doit ajouter d'ailleurs que les choses cessent d'être entières, avant toute exécution directe, par le seul fait que l'une des obligations a disparu, fût-ce à la suite d'une novation ou même de la perte fortuite de l'une des choses dues. Car de même que le consentement a formé simultanément toutes les obligations nées du contrat, de même le consentement ne saurait éteindre les unes sans éteindre les autres (L. 5, § 2, D. *De rescind. vend.*, 18-5).

2° *Rebus in integrum restitutis.* — Le *contrarius consensus* peut encore produire son effet extinctif *ipso jure* alors même que le contrat consensuel aurait été exécuté en tout ou en partie, à la condition que les choses puissent redevenir entières. Il faut donc que les parties se replacent dans la situation juridique où elles seraient si le contrat n'avait pas eu lieu; dans ce but, elles devront faire disparaître les actes d'exécution, ainsi le vendeur rendra le prix et l'acheteur restituera la chose (L. 58, D. *De pactis*, 2-14. — L. 1, C., *Quando liceat*, 4-45).

Effet du contrarius consensus sur les pactes. — Il faut remarquer que la règle applicable aux contrats consensuels ne l'est pas aux pactes. Soit un pacte *de non petendo*, puis un pacte contraire *de*

petendo ; le second ne dissout pas le premier de plein droit, mais en paralyse seulement l'exception par une réplique.

La raison en est que l'*exceptio pacti* était conçue *in factum*, et posait uniquement au *judex* la question de savoir si la convention de remise avait eu lieu. Le juge ne pouvait répondre qu'affirmativement ; il fallait donc lui poser ensuite la question de savoir s'il était intervenu une convention inverse. C'est là ce que veut exprimer le jurisconsulte Paul en disant : *in pactis factum versatur* (L. 27, § 2, D. *De pactis*, 2-14).

TROISIÈME SECTION.

PERTE DE LA CHOSE DUE. — RÈGLES DE LA DEMEURE.

Perte de la chose due. — La perte de la chose due, *interitus rei debitæ*, est un mode d'extinction spécial à certaines obligations, non plus à raison de leur cause, mais à raison de leur objet (*Conf.* C. C., art. 1302, 1303).

Ce mode ne s'applique directement et réellement qu'aux obligations de corps certains ; les dettes de genre n'y sont pas exposées, parce que la disparition absolue d'un genre, quoique possible en fait, est trop extraordinaire pour compter en droit ; cette règle s'exprime par une maxime bien connue : *genera non pereunt* (1).

Supposons que Titius doive à Séius un corps certain, tel que l'esclave Stichus, un cheval déterminé, etc. Si l'objet dû vient à périr par le fait du débiteur, même sans faute de sa part, l'obligation persiste et porte désormais sur les dommages-intérêts. Mais si le corps certain vient à périr par cas fortuit ou par force majeure, le débiteur ne doit plus rien ; il est libéré parce que, d'une part, n'étant pas en faute, il ne doit pas des dommages-intérêts et que, d'autre part, la chose n'existant plus, il est dans l'impossibilité de la livrer, *impossibilium nulla obligatio* (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 16 ; L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 1, 2. — L. 91, § 1, 2, D. *De verb. oblig.*, 45-1).

On voit par là que dans le cas où la dette dérive d'une cause unilatérale, les risques sont toujours pour le créancier. Dans les contrats synallagmatiques, la question des risques n'a plus le même sens ; elle revient à se demander si le débiteur libéré de sa

(1) Quant aux obligations de faire, l'impossibilité de l'exécution équivaut à la perte de la chose due (L. 14, § 2, D. *De pecun. const.* 13-5).

propre dette peut encore se prévaloir de sa créance contre l'autre partie (*suprà*, p. 401).

Trois conditions doivent se rencontrer pour que la perte de la chose due libère le débiteur : 1° Il faut d'abord que la chose ait péri fortuitement. 2° Il faut ensuite que le débiteur ne se soit pas chargé des cas fortuits. 3° Il faut enfin que le débiteur ne soit pas en demeure, *in mora*.

Lorsque ces différentes conditions se trouvent réunies, la dette est éteinte *ipso jure*, à l'égard de tous les intéressés. Toutefois, le débiteur est encore tenu envers le créancier de certaines obligations ; il doit lui rendre ce qui reste de la chose ; il doit livrer les accessoires de la chose principale qui a péri ; il doit aussi lui céder les actions qui ont pu naître dans sa personne et qui sont relatives à la *res debita* (L. 49, § 1, D. *De rei vind.* 6-1. — *Inst.* L. III, t. XXIII, *De empt. vend.*, § 3, *in fine*. — *Conf.* C. C., art. 1303).

Du reste, il n'y a pas à distinguer si la perte est physique ou juridique. L'esclave dû meurt ou reçoit la liberté, le meuble dû brûle ou devient *res sacra;* dans tous ces cas le débiteur est libéré. Nous avons déjà résolu diverses difficultés à cet égard, en traitant des stipulations inutiles (L. 83, § 5, D. *De verb. oblig.* 45-1. — *Suprà*, p. 278).

Il va de soi que les parties peuvent convenir à l'avance que la perte même fortuite ne libérera pas le débiteur. Cette convention est même sous-entendue, lorsque la tradition est faite avec estimation (L. 5, § 3, D. *Commodati*, 13-6. — L. 10, D. *De jure dot.* 23-3) (1).

De même, si la perte fortuite n'arrive qu'après la mise en demeure du débiteur, elle est censée provenir de son fait personnel, et laisse par conséquent subsister sa dette. L'obligation est alors réputée conserver son objet primitif, bien que disparu, et c'est cet objet qu'il faudra désigner dans l'*intentio* de la formule, ou dans la stipulation faite pour nover (L. 23 ; L. 83, § 7 ; L. 91, § 6, D. *De verb. oblig.* 45-1).

Demeure. — La théorie de la demeure trouve ici une place logique.

(1) Cette clause peut être, suivant les cas, considérée comme une convention à titre onéreux ou à titre gratuit. Elle sera à titre onéreux, lorsque le débiteur est intéressé dans le contrat (*vente*) ; elle sera à titre gratuit dans le cas contraire (*dépôt*).

En fait, la demeure, *mora*, consiste dans le retard injuste que le débiteur met à payer, *mora est fraudulosa dilatio*. En droit, elle suppose deux conditions : le créancier doit interpeller le *reus;* le débiteur doit être en faute de ne pas exécuter.

Conditions de la demeure. — 1° Il faut, en premier lieu, de la part du créancier une *interpellatio* régulière. Ce mot désigne une sommation d'avoir à s'exécuter, adressée après l'échéance par une personne capable de recevoir le payement, à une personne capable de payer ; le juge apprécie l'opportunité du lieu où se fait cette signification (L. 24, § 2 ; L. 32, D. *De usuris*, 22-1 ; L. 24 ; L. 49, § 3, D. *De verb. oblig.* 45-1. — *Conf.* C. C., art. 1139).

2° Il faut, en second lieu, de la part du débiteur un retard injuste. Par suite, si le débiteur a des raisons plausibles de se croire déchargé de son obligation, s'il a des motifs légitimes pour se refuser à l'exécution de sa dette, ou s'il a perdu sans dol ni faute la détention de ce qu'il devait, son refus d'obtempérer à l'*interpellatio* ne le met pas en demeure (L. 5, D. *De rebus creditis*, 12-1 ; L. 21 ; L. 22, D. *De usuris*, 22-1).

D'ailleurs, ces règles ne sont pas sans exceptions. Ainsi, en l'absence d'un débiteur qui n'a chargé personne de payer à sa place, l'*interpellatio* étant impossible se trouve suffisamment remplacée par la constatation de ce fait devant témoins (L. 2, D. *De nautic. fœnore*, 22-2).

Il y a même un ensemble d'hypothèses où le débiteur est en demeure *re ipsâ*, c'est-à-dire de plein droit et sans le fait du créancier. C'est lorsque l'obligation de restituer dérive d'un délit, comme un vol, une violence, un détournement entre associés, etc. (L. 20, D. *De cond. furtiv.*, 13-1 ; L. 1, § 1, D. *De usuris*, 22-1 ; L. 19, D. *De vi*, 43-16. — *Conf.* C. C., art. 1302 *in fine*).

On a l'habitude d'affirmer en thèse générale que la demeure a lieu de plein droit dans les obligations à terme, et d'exprimer ce résultat par un adage qui n'est pas romain : *dies interpellat pro homine*. Qu'il en soit ainsi dans certains cas déterminés, rien de plus vrai; par exemple, la stipulation pénale devient exigible dès l'expiration du délai consenti pour l'obligation principale ; de même, le pacte commissoire est encouru par la seule échéance du terme, sans interpellation préalable ; de même encore, la demeure se produit dès l'échéance, lorsqu'il résulte des circonstances que l'obligation ne peut être utilement exécutée plus tard. Mais, en

règle générale, le terme ne constitue pas la demeure *re ipsâ;* cette proposition n'est pas seulement conforme aux textes, elle est en outre commandée par les principes. Il est certain en effet, sauf preuve contraire, que le terme est supposé dans l'intérêt du débiteur; or, ne le retournerait-on pas contre lui si l'on attachait la mise en demeure à la seule échéance du terme (L. 4, § 4, D. *De lege commiss.* 18-3 ; L. 12, C. *De contr. stipul.* 8-38. — L. 32, p. D. *De usuris*, 22-1 ; L. 41, § 1, D. *De verb. oblig.* 45-1. — *Conf.* C. C., art. 1146, 1187).

Effets de la demeure. — La mise en demeure entraîne ordinairement deux conséquences importantes. 1° Si la dette a pour objet un corps certain, la demeure transporte les risques du créancier au débiteur ; ce dernier ne sera plus libéré par la perte totale et répondra de toute perte partielle (L. 8, § 1, D. *De condict. furtiv.* 13-1 ; L. 108, § 11, D. *De legatis* 1°, 30).

2° La demeure engendre de plus l'obligation de restituer les fruits, et dans les dettes *bonæ fidei* fait courir les intérêts. Cette dernière règle embrassait naturellement les fidéicommis, et fut étendue au legs *sinendi modo* (*Gaius*, II, 280. — L. 32, § 2, D. *De usuris*, 22-1 ; L. 23, D. *De legatis*, 1°, 30) (1).

Les mineurs de vingt-cinq ans ont de plein droit l'un des avantages de la demeure: c'est que les intérêts courent *re ipsâ* depuis l'échéance de leur créance jusqu'à leur majorité. Encore faut-il que leur débiteur soit dans son tort en ne payant pas ; c'est ainsi que les intérêts ne courent point au profit du pupille, qui n'a pas de tuteur (L. 17, § 3, D. *De usuris*, 22-1. — L. 3, C. *In quibus causis*, 2-41).

Purgatio moræ. — La demeure est purgée, lorsque le débiteur en arrête les conséquences. Il y parvient en faisant, soit au créancier, soit à son représentant, des offres complètes dans la forme et suivant les règles déjà signalées. La novation et l'acceptilation conditionnelles sont encore des manières de purger la *mora.*

La *purgatio moræ* aboutit, pour ainsi dire, à mettre le créancier en demeure au lieu et place du débitenr qui n'a plus à supporter les risques (L. 8 pr. D. *De condict. furtiva*, 13-1 ; L. 72, pr. D. *De solut.*, 46-3. — *Suprà*, p. 517) (2).

(1) La mise en demeure produit exceptionnellement un effet remarquable sur l'action *rei uxoriæ*, elle la rend transmissible aux héritiers de la femme (*F. V.* § 112. — *Suprà*, p. 250).

(2) On sait que la demeure d'un *correus debendi* ne rejaillit pas sur les autres

CHAPITRE XXXVII

ACQUISITION ET TRANSMISSION DES OBLIGATIONS CESSION D'ACTIONS OU DE CRÉANCES.

(*Inst.* L. III, t. XXVIII. *Per quas pers. nobis obligatio adquiritur* (1).

Ce chapitre se réfère à deux objets dinstincts : 1° acquisition des obligations ou créances ; 2° transmission des créances ou cession d'actions.

Le premier point est traité en partie dans le titre XXVIII du livre III des Institutes ; le second est étudié dans différents titres du Digeste ou du Code (D. *De hered. vel act. vend.* 18-4, — C. h. t., 4-39).

PREMIÈRE SECTION

ACQUISITION DES CRÉANCES.

On peut acquérir une créance ou par soi-même ou par l'intermédiaire de certaines personnes (*Inst.* L. III, t. XXVIII, *Per quas pers. nob. oblig. adquir.* pr.).

I. — Quand on veut acquérir une créance par soi-même, ce qui arrive le plus ordinairement, il faut d'abord figurer personnellement à l'acte juridique créateur de l'obligation, il faut de plus avoir la capacité naturelle et légale d'y figurer valablement. Ces règles nous sont déjà connues, elles ont été développées sur la capacité requise pour contracter. (*Suprà*, p. 268 et s.)

II. — Un *paterfamilias* n'acquiert pas seulement des créances par lui-même, il peut encore en acquérir par le moyen des personnes *alieni juris* qui sont placées sous sa puissance. Nous avons vu ailleurs, en effet, que toutes les acquisitions quelconques (droits réels ou droits de créance) réalisées par un fils ou par un esclave profitent directement au père ou au maître ; c'est le *pater* qui devient lui-même créancier au même titre et de la même manière que s'il avait figuré personnellement au contrat. Il faut en dire autant d'ail-

correi tandis que la demeure encourue par le débiteur principal rejaillit sur le fidéjusseur (L. 24, § 1 ; L. 32, § 4, D. *De usuris*, 22-1).

(1) Le mot *obligatio* est pris ici dans le sens actif et veut dire créance.

leurs de la femme *in manu mariti* et de l'individu *in mancipio*. Ces principes déjà exposés sont rappelés ici par Justinien (*Inst.* L. III, t. XXVIII, *Per quas pers. nob. oblig. adquir.* § 1, 2, 3. — *Suprà*, p. 270).

III. — Une troisième hypothèse peut se concevoir ; il se peut qu'un individu *sui juris* se soit fait représenter dans un acte juridique par un homme libre, deviendra-t-il créancier? La question revient à ceci: peut-on acquérir une créance *per extraneam personam* ? On la résout en principe par la négative ; la théorie de la non représentation fait obstacle à ce que le droit de créance puisse prendre naissance sur la tête du représenté, il s'arrête sur la tête du représentant qui seul devient créancier. Ce ne fut que le droit postérieur qui dérogea, sur ce point, à la rigueur du droit civil, en investissant le mandant d'actions *utiles* contre les tiers et en donnant aux tiers l'action *institoria utilis* contre le mandant (*suprà*, p. 439).

DEUXIÈME SECTION

TRANSMISSION DES OBLIGATIONS. — CESSION DE CRÉANCES.

La transmission des créances peut se faire à titre universel ou à titre particulier.

Il y a transmission de créances à *titre universel* lorsque toutes les créances qui composent un patrimoine passent en bloc, avec ce patrimoine lui-même, de la tête de l'auteur sur la tête du successeur ou ayant-cause. Ce fait se produit dans les cas de succession testamentaire ou ab intestat, de *bonorum emptio*, d'abrogation, de *conventio in manum*, etc. Alors, l'ayant-cause universel qui est le continuateur juridique de la personne de l'auteur se trouve *de plano* investi des actions et des créances qui compétaient à celui-ci. Les actions passent tantôt sous le nom d'actions *directes*, comme dans les successions civiles, tantôt sous forme d'actions *utiles* ou *fictices*, comme dans les successions prétoriennes (*Gaius*, III, 81 ; IV, 34).

On dit au contraire que la transmission de créances se produit à *titre particulier*, lorsqu'un créancier, pour un motif quelconque, veut se dépouiller de telle de ses créances pour en investir activement une personne déterminée. La transmission s'appelle spécialement alors *cession de créances ;* le créancier qui veut aliéner sa créance prend le nom de *cédant ;* celui qui veut l'acquérir s'appelle *cessionnaire*, quant au débiteur dont la dette est ainsi transmise il est qualifié de débiteur *cédé* (*Conf.* C. C., art. 1689-1701).

Si les Romains ont toujours connu et admis la transmission des créances à titre universel, ils n'ontjamais admis au contraire qu'une créance pût se transmettre à titre particulier. Considérant à tort ou à raison que l'obligation était un rapport essentiellement personnel entre le débiteur et le créancier, ils en concluaient qu'il était impossible de supprimer ou de changer l'un des termes de ce rapport, sans détruire la créance elle-même. Bien que cette doctrine ait été constestée, elle nous paraît être néanmoins la seule qui puisse s'appuyer à la fois sur les principes et sur les textes (*Gaius*, II, 38).

Cette règle, qui frappait ainsi les créances d'incessibilité, devait être, on le comprend, fort gênante en pratique ; aussi les jurisconsultes imaginèrent-ils divers procédés pour arriver indirectement au résultat que la nature juridique de la créance empêchait d'atteindre directement.

§ I

Causes et objet de la cession de créances.

Causes de la cession de créances. — La cause et le procédé de la cession sont choses bien distinctes. La *cause* n'est en réalité que le fait juridique qui justifie et qui explique la cession ; elle peut varier avec chaque hypothèse. Le *procédé* est au contraire le moyen pratique qui réalise la cession ; il est toujours le même, quelle que soit l'espèce.

Les causes diverses qui déterminent la cession de créances se divisent en deux catégories. Les unes exigent le libre concours des parties, l'acord des volontés du cédant et du cessionnaire ; on les appelle *cessions volontaires*. Elles peuvent être le résultat ou la conséquence d'un legs (*legatum nominis*) ou d'une convention quelconque, par exemple, d'une vente, d'une donation, d'une *datio in solutum*, d'une constitution de dot, etc.

Il y a aussi des causes de cessions qui proviennent de la loi elle-même ; la cession prend alors le nom de *cession nécessaire*. Elle se produit généralement en faveur des personnes qui sont obligées à la dette d'autrui et qui désintéressent le créancier ; elles sont dans ce cas investies du *beneficium cedendarum actionum*. Ainsi, le fidéjusseur qui paye *de suo* l'obligation principale, le *mandator pecuniæ credendæ* qui acquitte la dette, le détenteur d'un bien hypothéqué qui libère la chose, le *correus debendi* qui satisfait le créancier, ont le droit d'exiger une cession de créances, ce qui leur permettra

de recourir efficacement contre l'obligé principal ou contre les coobligés (*Conf.* C. C., art. 1251).

Objet de la cession de créances. — La cession peut comprendre en thèse générale toutes les actions, tant réelles que personnelles. Seulement, la cession des actions réelles est rare et d'utilité fort minime, tandis que la cession des actions personnelles est fréquente et d'une haute importance. On ne comprend guère la cession de l'action en revendication que dans le cas où le propriétaire a perdu la possession de sa chose ; ne pouvant alors employer ni la tradition ni la *cessio in jure* ni la mancipation, il est contraint de prendre un détour et de céder son action *in rem*. (L. 21, D. *De rei vind.* 6-1).

Actions incessibles. D'ailleurs, pour qu'une action soit cessible, il faut d'une part que le droit ne soit pas exclusivement attaché à la personne du titulaire ; il faut d'autre part que la cession n'en soit pas prohibée par une disposition formelle de la loi.

I.—La cession est d'abord impossible quand le droit personnel ou réel qu'il s'agit de céder est juridiquement intransmissible. Ainsi en est-il des actions *quæ vindictam spirant*, comme l'*actio injuriarum*, la *querela inofficiosi testamenti* et toutes les actions populaires; ces actions ne font pas, pour ainsi dire, partie de notre patrimoine. Il faut en dire autant des droits d'usage, d'habitation et des *operæ officiales libertorum* (L. 28, D. *De injuriis*, 47-10, L. 7, § 1, D. *De popul. act.*, 47-23).

II. — L'incessibilité d'une créance ou d'un droit peut encore résulter d'un texte législatif.

Ainsi Dioclétien et ses successeurs annulèrent la cession de créances faite *ad potentiorem*, c'est-à-dire dans le but de susciter au débiteur un créancier plus puissant et plus redoutable (L. 1, 2, C. *Ne liceat potent.*, 2-14).

Une autre restriction plus importante et surtout plus connue date de l'empereur Anastase. Cet empereur, dans une constitution qui fut plus tard confirmée et renouvelée par Justinien, décida qu'en dehors de certains cas rigoureusement déterminés, le cessionnaire, à titre onéreux, d'un droit litigieux ne pourrait exiger du débiteur cédé que ses déboursés et les intérêts légitimes. On voulait ainsi couper court aux manœuvres de spéculateurs éhontés (*alienis fortunis inhiantes*) ; c'était en effet détruire le mal par la racine que de leur enlever toute espérance de gain (*Const. Per di-*

versas et *Ab Anastasio ;* L. 22 ; L. 23, C. *Mandati,* 4-35. — *Conf.* C. C., art. 1699, 1700, 1701) (1).

§ II

Procédés de cession.

Les Romains imaginèrent deux procédés de cession, c'est-à-dire deux moyens pratiques pour arriver indirectement à transmettre une créance à titre particulier. Ces procédés furent : 1° la délégation ; 2° la *procuratio in rem suam.*

Premier procédé de cession ; délégation. — La novation par changement de créancier, délégation, constitue manifestement une manière de réaliser, non pas un véritable transport de créance, mais une opération presque semblable. Titius, créancier de Seius, libère son débiteur, qui promet à Mœvius l'objet de son obligation précédente. Cette novation éteint immédiatement et de plein droit la créance de Titius, et la remplace par la créance équivalente de Mœvius (*Gaius*, II, 38).

Pendant longtemps et notamment durant tout le premier système de procédure, qui interdisait rigoureusement la représentation judiciaire, on ne connut pas d'autre procédé. Cependant cette méthode présentait un double inconvénient fort grave. D'abord elle nécessitait le consentement du débiteur ; ensuite elle laissait disparaître en principe, avec la créance antérieure, les garanties accessoires dont elle était peut-être entourée. Aussi fut-elle abandonnée le jour où le système formulaire permit aux plaideurs de se faire représenter en justice ; on eut alors recours à la *procuratio in rem suam.*

Second procédé de cession ; procuratio in rem suam. — Une cession plus directe et plus réelle peut s'opérer par la voie du mandat judiciaire, *procuratio ad litem.* Titius, créancier de Seius, confie à Mœvius l'exercice de son action et le dispense de toute reddition de compte, c'est-à-dire lui en abandonne d'avance le résultat; c'est une *procuratio in rem suam.*

Du jour où Mœvius aura mené l'instance jusqu'à la *litis contestatio,* le droit, désormais transformé par l'effet immédiat de cette partie

(1) La cession de droits litigieux était cependant permise dans trois cas principaux : lorsqu'elle intervenait à titre de *datio in solutum ;* quand elle était consentie par un successeur au profit d'un cohéritier ; lorsqu'elle était faite à un légataire ou fidéicommissaire en exécution de la volonté du défunt (L. 22, C. *Mandati,* 4-35. — *Conf.* C. C., art. 1701).

de la procédure, deviendra sien comme s'il l'eût toujours été. Il y a donc ici substitution du cessionnaire dans la position qu'aurait eue le cédant en agissant lui-même. Pour agir *procuratorio nomine*, le cessionnaire se fera délivrer par le magistrat une formule d'action dite formule Rutilienne, du nom du préteur qui l'a inventée, dont l'*intentio* sera rédigée au nom du créancier cédant et dont la *condemnatio* sera rédigée en son nom propre (*Gaius*, IV, 86).

Vices originaires. — Mais ce procédé avait aussi à l'origine des vices graves et nombreux. Il constituait une application particulière du mandat *ad litem.* Dès lors, il supposait dans les parties une capacité spéciale qui ne se confondait pas avec la capacité d'aliéner et d'acquérir, et qu'on appréciera plus tard (*Paul. S.* L. I, t. II, § 3. — *Inst.* L. IV, t. X, *De his per quos agere poss*).

En outre et surtout, la *procuratio in rem suam* ne saurait dépasser les effets d'un mandat ordinaire. Par conséquent, tant qu'il n'était pas devenu *dominus litis* par suite de la *litis contestatio*, le cessionnaire *procurator* était bien investi du droit de poursuivre la créance, et même de l'éteindre par les voies prétoriennes du pacte de remise ou du serment ; mais il n'en était pas titulaire. Elle restait dans le patrimoine du cédant, qui pouvait donc l'anéantir lui-même au moyen de l'acceptilation, recevoir un payement valable du cédé, révoquer le mandat. De plus, le débiteur avait la faculté d'opposer au cessionnaire toutes les exceptions, même de compensation, dont il jouissait contre le cédant. Enfin la *procuratio* s'évanouissait, comme tout autre mandat, par la mort du cédant on du cessionnaire (L. 13, § 1, D. *De pactis*, 2-14 ; L. 17, § 3. D. *De jurejurando*, 12-2 ; L. 23, § 1, D. *De hered. vel act. vend.* 18-4 ; L. 18, § 1, D. *De compens.* 16-2. — L. 16 ; L. 17, D. *De procurat.* 3-3).

Réformes postérieures. — Vers la fin de l'époque classique, ces regrettables défectuosités avaient à peu près disparu et le *procurator in rem suam* était, en quelque sorte, devenu un véritable acquéreur de créance.

L'inconvénient tiré de la capacité spéciale requise du *procurator ad litem* disparut en partie. On admit d'abord et d'assez bonne heure que les femmes et les militaires pourraient agir *procuratorio nomine* dans leur propre intérêt ; c'était évidemment leur reconnaître le droit de figurer dans une *procuratio in rem suam.* Quant à l'incapacité résultant de l'*infamia* elle fut supprimée par Justinien qui permit aux *infames* de représenter ou de se faire représenter en jus-

tice (L. 8, § 2. D. *De procurat.* 3-3. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.* § 2).

Envers le cédé, le cessionnaire se garantissait de tout danger par une simple signification, *denuntiatio litis*, qu'il lui faisait de la cession. Le débiteur n'était plus admis à se prévaloir alors, ni des conventions extinctives de sa dette que lui aurait consenties le cédant, ni du payement qu'il lui aurait versé, ni des exceptions qu'il aurait acquises à son encontre (L. 3, C. *De novationibus*, 8-42. — *Conf.* C. C., art. 1690) (1).

Mais la réforme capitale consista à reconnaître de son chef au *procurator in rem suam* un droit propre et à l'investir des actions utiles. Désormais il se trouva tranquille du côté du cédant; ce dernier ne fut plus maître, ni de révoquer le mandat, ni de l'inutiliser en poursuivant lui-même; et le décès de l'une des parties ne fit plus tomber le mandat (L. 25; L. 55. D. *De procurat.* 3-3. — L. 1; L. 2, C. *De oblig. et act.* 4-10; L. 1, C. *De cont. tut. jud.* 5-58).

Enfin, par un dernier progrès, les jurisconsultes et les empereurs en arrivèrent à sous-entendre la *procuratio in rem suam* dans tous les cas où elle était due en vertu d'une convention, d'un testament ou de la loi, pourvu que la personne qui y avait droit n'eût pas laissé périr les actions par sa faute, en payant sa dette sans aucune réserve. C'est par une application de cette règle qu'on a vu le mandant, sans nulle cession formelle, exercer des actions utiles contre les tiers débiteurs de son mandataire (L. 1, § 13, *De tutel. et rationibus*, 27-3. — L. 7; L. 8, C. *De hered. vel act. vend.*, 4-39; L. 18, C. *De legatis*, 6-37. — *Suprà*, p. 440).

§ III

Effets de la cession de créances.

Les effets d'une cession de créances doivent s'envisager à deux points de vue : 1° dans les rapports du cessionnaire avec le débiteur cédé et le tiers ; 2° dans les rapports du cessionnaire avec le cédant.

I. — *A l'égard du débiteur cédé et des tiers*, la cession de créan-

(1) Cette formalité de la *denuntiatio litis* assez comparable à la signification exigée par la loi française est indiquée dans une constitution de Gordien; mais il ne paraît pas que ce texte contienne une innovation, il ne fait plutôt que consacrer un usage déjà reçu en pratique. D'ailleurs la *denuntiatio* pouvait être suppléée par le payement partiel que le débiteur cédé aurait effectué entre les mains du cessionnaire, *vel aliquid ex debito accipiat* (L. 3, C. *De novat.* 8-42).

ces aboutit à un résultat fort simple. Le cessionnaire se trouve complètement et exactement substitué au créancier primitif; il prend sa place juridique *erga omnes*, à l'encontre de tous les intéressés (L. 2, pr. D. *De hered. vel act. vend.* 18-4).

De là deux conséquences importantes :

1° Le cessionnaire est investi de toutes les actions et de tous les droits qui compétaient au cédant ; il pourra donc, non seulement poursuivre le débiteur de la même manière que l'ancien créancier, mais encore se prévaloir de toutes les garanties qui assuraient le payement de la créance. Il profitera des gages ; il poursuivra les fidéjusseurs et tous les autres *intercessores;* il invoquera les hypothèques (L. 13, § 1, D. *De pactis*, 2-14. — L. 6 ; L. 14, pr. ; L. 23, pr. D. *De hered. vel act. vend.*, 18-4. — *Conf.* C. C., art. 1692).

Les privilèges attachés à la créance, *beneficia causæ*, passent également au cessionnaire ; il n'y a que les privilèges attachés à la qualité des créanciers, *beneficia personæ*, qui ne sont pas compris dans la cession (L. 43, D. *De usuris*, 22-1 ; L. 42, D. *De ad. et per. tut.*, 26-7).

2° Le cessionnaire est passible de toutes les exceptions et de tous les moyens de défense que le débiteur ou les tiers auraient pu opposer au cédant (L. 32, D. *Solut. matr.*, 24-3; L. 37, § 4, D. *De op. libert.*, 38-1).

Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que le cédé ou les coobligés aient acquis ces moyens de défense sans dol et avant la signification de la cession ; il faut en outre qu'ils n'y aient pas renoncé expressément ou tacitement ; il faut enfin que les exceptions ne puissent pas être considérées comme *personnelles* au créancier cédant, telles seraient par exemple les exceptions de dol et de compensation (L. 4, § 20, D. *De dol. mal.*, 44-4 ; L. 12, D. *De novat.*, 46-2. — *Conf.* C. C., art. 1295, 1691).

II. — *Envisagés au point de vue des rapports du cessionnaire avec le cédant*, les effets de la cession de créance doivent se régler suivant la nature et les caractères du *negotium juris* intervenu entre les parties.

Ainsi, la cession a-t-elle eu pour cause une donation, on appliquera les principes qui régissent les donations. A-t-elle eu pour cause une vente, un legs ou une constitution de dot, on suivra les règles admises en matière de vente, de legs ou de dot.

Un principe spécial domine cependant ici l'application des règles

du droit commun. Même dans le cas où la cession est à titre onéreux, le cédant ne garantit pas la solvabilité du débiteur cédé ; il ne garantit, sauf convention contraire, que l'existence de la créance. Il faut donc que le cédé soit véritablement débiteur du cédant et que la créance ne soit paralysée par aucune exception péremptoire. Dans le cas contraire, le cessionnaire aurait droit à des dommages-intérêts; ces dommages-intérêts se mesureraient à la créance si celle-ci avait pour objet une somme déterminée ; en toute autre hypothèse, ils se calculeraient sur le préjudice causé (L. 4; L. 5, D. *De hered. vel act. vend.*, 18-4. — *Conf.* C. C., art. 886, 1693, 1694, 1695).

TROISIÈME DIVISION

DES MODES D'ACQUÉRIR *PER UNIVERSITATEM*, ET PRINCIPALEMENT DES SUCCESSIONS (1).

(*Inst.* L. II, t. X. — XXV; L. III, t. I. — XII.)

CHAPITRE XXXVIII

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES SUCCESSIONS.

Les modes d'acquérir *per universitatem* sont ceux qui s'appliquent à un patrimoine ou à une fraction de patrimoine. Certains d'entre eux portent sur les biens d'une personne vivante, comme l'*adrogatio*, la *conventio in manum*, le sénatus-consulte Claudien, etc. D'autres s'appliquent aux biens d'une personne morte, comme la succession dans ses diverses formes. Il en est enfin qui s'appliquent tantôt aux biens d'un vivant, tantôt aux biens d'un défunt, comme la confiscation générale et la *bonorum venditio*.

La théorie de la succession domine de haut tous les autres modes d'acquérir à titre universel, et c'est elle surtout qu'il faut approfondir.

(1) Pour la distinction des modes d'acquérir à titre singulier ou *per universitatem*, voy. *Suprà*, p. 143.

Du patrimoine et de l'hérédité en général. — On entend par patrimoine (en latin *familia*) l'ensemble des droits actifs et passifs d'une personne. Quand le patrimoine est laissé par un défunt, on l'appelle spécialement hérédité (*hereditas*). L'hérédité comprend trois éléments : 1° les biens, c'est-à-dire tout l'actif corporel ou incorporel; 2° les dettes, c'est-à-dire les obligations du défunt, augmentées de celles qu'occasionne la transmission héréditaire ou qu'il a lui-même imposées à ses héritiers; 3° dans l'ancienne législation romaine, les *sacra privata*, c'est-à-dire la charge de continuer le culte domestique du défunt : mais ce troisième élément n'existait plus en fait à l'époque classique, et disparut en droit sous les empereurs chrétiens.

La personne qui recueille l'hérédité se nomme *heres*, d'un nom voisin de *herus* et qui suppose également l'idée de propriété. Dans la mesure de l'hérédité, c'est-à-dire pour l'actif et le passif du patrimoine, en laissant de côté les droits de famille, sociaux et politiques, qui sont de leur nature intransmissibles, l'héritier continue la personne juridique du défunt et le représente *in universum jus* (L. 24, D. *De verb. sign.*, 50-16; L. 59; L. 62, D. *De regulis juris*, 50-17).

La *succession*, dans le sens technique du mot, n'est donc que la transmission de l'hérédité. Or l'hérédité se transmet, soit au profit des personnes désignées par le défunt, soit au profit des personnes désignées par la loi. On distingue par conséquent deux ordres de successions : la succession testamentaire, *à testato*, lorsque la vocation résulte de la volonté du *de cujus*, la succession légitime, *ab intestato*, lorsque la vocation dérive d'une disposition législative (*Conf.* C. C. art. 718-892; 967-1047) (1).

Prépondérance de la succession testamentaire. — Un principe à retenir, c'est la prépondérance marquée de la succession testamentaire sur la succession légitime dans le droit des Romains. L'influence en fut grande et profonde dans leur législation successorale, où l'on en retrouve la trace à chaque pas. L'expliquer paraît impossible. Cette répugnance à mourir sans testament est un trait de mœurs nationales; on le constate, mais en rendre compte scientifiquement est aussi malaisé que de pénétrer la raison du

(1) Les successions se subdivisent encore en successions civiles ou prétoriennes, suivant que la transmission est réglée par le *jus civile* ou par l'*edictum prætoris*; l'hérédité prétorienne prend spécialement le nom de *bonorum possessio*.

caractère ou des instincts naturels d'un individu. Il faut néanmoins remarquer, en fait, que le testament avait sur la succession légitime le précieux avantage de favoriser l'expression de volontés particulières, telles que legs, affranchissements d'esclaves ou nominations de tuteurs. De plus, le père de famille qui laissait un testament, était à peu près certain que son culte privé n'irait pas s'égarer en des mains indifférentes ou indignes, car l'héritier testamentaire ne pouvait pas, à la différence de l'héritier légitime, céder l'hérédité à un tiers avant d'avoir fait adition. Ces diverses considérations pratiques ne durent pas être entièrement étrangères à la préférence des Romains (*Gaius*, II, 35, 36).

Du principe résultent deux corollaires importants :

1° La succession légitime, essentiellement subsidiaire à la succession testamentaire, ne s'ouvre jamais qu'à défaut de testament (L. 39, D. *De adq. vel om. hered.*, 29-2).

2° Il n'y a pas de concours possible entre les deux successions ; c'est la maxime si connue : *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* (*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 5).

Cette seconde règle reçoit une double application.

D'abord elle proscrit le concours *successif* des deux ordres d'héritiers, ce qui veut dire que personne ne saurait avoir l'un après l'autre un héritier testamentaire et un héritier légitime, ou *vice versa ;* par conséquent, sont exclüs de l'institution héréditaire le terme suspensif et toutes les modalités résolutoires.

Elle proscrit ensuite le concours *simultané*, c'est-à-dire que nul ne saurait avoir l'un avec l'autre un héritier testamentaire et un héritier légitime ; par conséquent il faut exclure de l'institution héréditaire toute désignation d'une quote-part, *ex certâ parte*, ou d'un objet déterminé, *ex certâ re*, limitative de la vocation de l'institué ; le testament doit donc porter sur toute l'hérédité.

La première de ces deux applications n'a rien que de logique ; puisque les éléments constitutifs de l'hérédité, c'est-à-dire les droits réels, les droits de créance actifs ou passifs, et dans l'ancien temps les *sacra*, sont perpétuels de leur nature, il est clair que l'hérédité doit offrir le même caractère. En d'autres termes, une fois posée sur une tête, elle ne s'en peut détacher au point de vue juridique, et la qualité d'héritier est indélébile ; *semel heres, semper heres*. Mais il n'apparaît aucun motif sérieux de prohiber le partage d'une hérédité entre des héritiers légitimes et des héritiers

testamentaires ; car on ne l'a jamais interdit entre cohéritiers tous *à testato* ou tous *ab intestato*, preuve que l'hérédité n'est pas indivisible.

Le testament prime donc la succession légitime et réclame de plus longues explications.

CHAPITRE XXXIX

DÉFINITION ET CONDITIONS EXTRINSÈQUES DU TESTAMENT.

(*Inst.* L. II, t. X. *De testamentis ordinandis.*)

On trouve, dans les textes du droit romain qui nous sont parvenus, deux définitions du testament ; l'une d'Ulpien : *testamentum est mentis nostræ justa contestatio, in id solemniter facta ut post mortem nostram valeat ;* l'autre de Modestin : *testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit* (*Ulpien*, R. t. XX, § 1. — L. 1, D. *Qui test. fac. poss.*, 28-1. — *Inst.* L. II, t. X, *De test. ord. pr.*).

Deux idées principales ressortent de ces définitions. D'abord, la déclaration de volonté du testateur doit être *justa, solemniter facta*, c'est-à-dire faite suivant les formes prescrites par la loi. Ensuite, les dispositions testamentaires ne doivent jamais s'exécuter qu'après la mort du testateur. Mais, ces définitions sont incomplètes, car aux deux caractères qu'elles expriment, il faut en ajouter deux autres : le testament romain doit, en outre, contenir une institution d'héritier ; il doit enfin s'appliquer à l'hérédité tout entière.

Le testament doit donc se définir : un acte solennel contenant institution d'héritier, portant sur tout le patrimoine et destiné à ne produire son effet qu'après la mort de son auteur (*Conf.* C. C. art. 895) (1).

Cette définition met en relief les quatre éléments essentiels du testament que les détails ultérieurs feront mieux ressortir.

Puisque le testament est un acte solennel, il faut indiquer avant tout les formes qui lui sont imposées.

(1) En rapprochant cette définition de celle que nous donne l'art. 895 du Code civil, on voit que le testament français ressemble au testament romain par deux points et qu'il en diffère aussi par deux côtés. Comme lui en effet, il est solennel et révocable jusqu'au décès ; mais à l'inverse, il n'est pas nécessaire qu'il contienne une institution d'héritier ni qu'il porte sur toute l'hérédité.

§ I

Formes proprement dites du testament.

Les formes du testament ont varié avec les époques ; on peut à cet égard distinguer trois phases ou périodes, et chacune de ces périodes comprend elle-même plusieurs espèces de testament.

Droit ancien. — Cette période renferme trois testaments : 1° le testament *calatis comitiis ;* 2° le testament *in procinctu ;* 3° le testament *per æs et libram*, dans sa première forme.

1° *Calatis comitiis.* — A l'origine, le testament impliquait l'intervention du pouvoir législatif ; les comices par curies, en présence des pontifes, étaient appelés à consacrer la volonté du testateur. Leur mission dut être probablement, à l'origine, d'en approuver ou d'en rejeter les dispositions. Mais ils n'intervinrent plus qu'à titre de témoins et pour la solennité de l'acte, du jour où la loi des Douze Tables eut posé le célèbre principe de la souveraineté du père de famille en matière testamentaire, *uti legâssit rei suæ ità jus esto.* Ils étaient convoqués à cet effet deux fois par an, *calare comitia* (*Gaius,* II, 101. — *Inst.* L. II, t. X, *De testam. ordin.*, § 1).

2° *In procinctu.* — On testait *in procinctu* par une déclaration faite à haute voix, devant l'armée, avant d'aller au combat ; on appelle en effet *procinctus* la troupe équipée et prête à marcher. Ce procédé fut imaginé sans doute dans la seconde période du testament *calatis comitiis ;* car l'armée ne pouvait remplacer les comices que dans un rôle passif de témoin (*Gaius*, II, 101. — *Inst.* L. II, t. X, *De test. ord.*, § 1).

Ces deux modes de tester avaient le grave inconvénient de ne pas être accessibles à tous, et de n'être possibles qu'en des circonstances particulières et à des époques déterminées. On y substitua le testament *per æs et libram* qui n'exigea plus l'intervention réelle du peuple ou de l'armée.

3° *Per æs et libram, dans sa première forme.* — Ce testament n'est au fond que la mancipation appliquée par le père de famille à son hérédité. Avec le ministère d'un *libripens* ou porte-balances, et devant cinq témoins qui représentent les cinq classes de citoyens, le testateur mancipe son patrimoine, *familia*, à l'institué ; ce dernier est un acquéreur, sous le nom de *familiæ emptor*, et des pactes adjoints lui imposent les legs ou les autres dispositions accessoires. Bref, on retrouve ici la cérémonie ordinaire de la

mancipation, appliquée à la transmission du patrimoine, comme elle s'appliquait quotidiennement au transfert des droits réels, et même, dans ces temps primitifs, à la création ou à l'extinction des droits de créance (*Gaius*, II, 102. — *Inst.* L. II, t. X, *De test. ord.*, § 1 *in fine*).

Les testaments *calatis comitiis* ou *in procinctu* étaient donc des actes publics, au contraire du testament *per æs et libram*, acte véritablement privé, plus commode et sans doute plus fréquent. Mais ils offraient tous le double danger de n'être ni secrets ni révocables à volonté ; car il fallait probablement une loi pour détruire les deux premiers, et certainement, pour effacer le troisième, une remancipation faite par le *familiæ emptor* au testateur.

Droit classique. — Cette seconde période va probablement de la fin de la république au règne de Théodose le jeune ; on y rencontre également trois espèces de testament : 1° le testament *per æs et libram* modifié ; 2° le testament *nuncupatif* ; 3° le testament *prétorien*.

1° *Per æs et libram, dans sa seconde forme.* — Le testament *per æs et libram*, tel qu'il existait à l'origine, fut gravement modifié. Il comporte désormais un écrit où les dispositions du testateur sont rédigées, soit de sa main, soit par un tiers autre que l'institué. Ces *tabulæ testamenti*, sans valeur propre, reçoivent leur force juridique d'une mancipation où le rôle de *familiæ emptor* n'appartient plus à l'héritier, et d'une *nuncupatio* qui constitue la partie essentielle de l'opération ; c'est une formule solennelle par laquelle le testateur déclare, en présence du *familiæ emptor*, du *libripens* et des cinq témoins, que ses dernières volontés sont contenues dans l'écrit qu'il tient à la main. Lui seul les connaît donc et reste maître, en gardant cet écrit, de les cacher ou de les anéantir (*Gaius*, II, 103, 104. — *Ulpien*, R. t. XX, § 9).

2° *Testament nuncupatif.* — La mancipation n'était plus, dans ce nouveau système, qu'une cérémonie superflue, étrangère à l'essence de l'acte et fondée sur une servile routine. Le droit civil en vint facilement à consacrer un autre testament qu'on appelle nuncupatif, et qui se fait par une déclaration orale en présence de sept témoins (L. 21, pr., D. *Qui test. facere poss.*, 28-1. — L. 2, C. *De bon. poss. sec. tabul.*, 6-11).

3° *Testament prétorien.* — Le préteur admit de son côté comme valable le testament écrit et présenté à sept témoins, qui apposaient

leur cachet sur l'acte, et le signaient de leur nom à l'extérieur, *signatio* et *adscriptio*. Du reste, ce procédé ne créait pas un *heres* ou véritable héritier civil, mais un *bonorum possessor secundum tabulas;* on approfondira plus loin la différence entre eux (*Gaius*, II, 119. — *Inst*. L. II, t. X, *De test. ord.*, § 2).

Le droit prétorien était arrivé à cette simplification en reconnaissant le vrai caractère du *familiæ emptor* et du *libripens* dans l'inutile mancipation de cette deuxième période. Ils n'étaient plus que des témoins sous des noms techniques, et s'ajoutèrent désormais aux cinq autres en cette seule qualité.

Droit du Bas-Empire. — Le testament nuncupatif fut toujours maintenu. Mais en outre, depuis une constitution de Théodose le jeune, de l'année 439, on pratiqua un testament écrit, qui s'appelle *tripertitum*, parce qu'il emprunte ses règles à trois sources différentes.

Testamentum tripertitum. — Par application des règles du droit civil, ce testament doit être fait *uno contextu*, c'est-à-dire d'un seul trait, et devant des témoins réunis exprès, *testes rogati*. En conformité du droit prétorien, il requiert le nombre de sept témoins, leur cachet et signature à l'extérieur de l'acte, *signatio* et *adscriptio*. Enfin, et c'est ici la formalité nouvelle requise par le droit impérial, le testament nécessite, à l'intérieur, la signature du testateur et de chaque témoin, *subscriptio* (*Inst*. L. II, t. X, *De test. ord.*, § 3, 14. — L. 21, § 2, D. *Qui test. facere poss.*, 28-1. — L. 21, C. *De testamentis*, 6-23) (1).

A toutes ces formalités, Justinien en ajouta une nouvelle : il voulut que le nom de l'héritier fût écrit de la main du testateur ou d'un témoin. Mais cette exigence, qui rendait ainsi le testament public, fut supprimée par Justinien lui-même dans une Novelle postérieure (*Inst*. L. II, t. X, *De test. ord.*, § 4. — L. 29, C. *De testamentis*, 6-23. — *Novelle* 119, ch. 9).

La loi romaine, dans ces trois phases, présente donc sept formes de testament, *calatis comitiis*, *in procinctu*, *per æs et libram* sous deux aspects divers, *prétorien*, *nuncupatif*, *tripartite* (2).

Il reste à faire observer avec les Institutes que, d'une part, le testament pouvait être écrit sur toute espèce de matière, tablettes,

(1) Si le testateur ne sait pas ou ne peut pas signer on appelera un huitième témoin (L. 21, C. *De testamentis*, 6-23).

(2) Le Code civil ne connaît que trois testaments ordinaires : le testament olographe, le testament public et le testament mystique (C. C. art. 969).

parchemin ou papier, et que, d'autre part, le testateur avait le droit de rédiger son testament en plusieurs exemplaires, pourvu que chaque exemplaire satisfît aux formalités légales (*Inst.* L. II, t. X, *De test. ordin.*, § 12, 13).

§ II

Témoins testamentaires.

Nous avons vu que les déclarations testamentaires devaient toujours se faire en présence d'un certain nombre de témoins. Le nombre exigé était de cinq pour le testament *per æs et libram*, sans compter le *libripens ;* il fut porté à sept pour le testament nuncupatif, prétorien et tripartite (1).

En thèse générale, peuvent être témoins d'un testament ceux qui pourraient y jouer le rôle d'héritier (*Infrà*, p. 562).

Incapacité absolue. — Conformément à cette règle, sont absolument incapables de figurer en qualité de témoin dans aucun testament : 1° le pérégrin, s'il n'a obtenu le *jus commercii;* 2° l'esclave sans maître, ou dont le maître n'a pas la *factio testamenti* avec le testateur. Par exception à la règle, cette même incapacité absolue pèse sur : 1° les femmes ; 2° les impubères ; 3° les prodigues interdits ; 4° les fous, les muets ou les sourds ; 5° les esclaves d'un maître capable ; 6° les *intestabiles*, c'est-à-dire ceux qui ont encouru certaines condamnations, notamment pour adultère, concussion ou diffamation.

Le testateur n'est donc maître, en définitive, de choisir des témoins que parmi les citoyens romains, mâles, pubères et investis du plein exercice de tous leurs droits (*Inst.* L. II, t. X, *De test. ord.*, § 6).

Incapacité relative. — Sont atteints d'une incapacité relative, c'est-à-dire restreinte à telles hypothèses données : 1° le fils *in potestate testatoris ;* 2° les personnes rattachées par un lien de puissance au *familiæ emptor*, en d'autres termes, son père, son fils, son frère ; cette décision n'eut plus d'autre raison d'être que l'habitude, du jour où le *familiæ emptor*, distinct du véritable héritier, perdit

(1) Quelquefois cependant, on se contentait d'un nombre moindre ; ainsi Justinien décide que pour les testaments faits à la campagne, il suffira de réunir cinq témoins. L'empereur Léon permit même de se contenter de trois témoins (L. 31, C. *De testamentis*, 6-23. — *Novelle* 49. — *Conf.* C. C. art. 974).

tout intérêt au testament ; 3° l'institué et ceux qui lui sont unis par la puissance paternelle ; Justinien rend obligatoire sur ce point la doctrine proposée dans les écrits des jurisconsultes et probablement suivie dans la pratique (*Gaius*, II, 105, 106, 108. — *Inst.* L. II, t. X, *De test. ord.*, § 9, 10. — L. 20, D. *Qui test. facere possunt*, 28-1) (1).

Règles générales. — Les témoins peuvent d'ailleurs se trouver reliés entre eux par la *patria potestas*, comme un père et son fils ou deux frères. Rien n'empêche non plus qu'ils aient la qualité de légataires ou de fidéicommissaires ou qu'ils soient parents des personnes gratifiées dans le testament (*Inst.* L. II, t. X, *De test. ord.*, § 8, 11. — *Contrà*, C. C. art. 975).

Les témoins devaient être capables au moment même de la confection du testament, et devenaient impunément incapables par la suite. L'incapacité d'un témoin était une cause de nullité, à moins que tout le monde ne l'ignorât actuellement ; c'est l'adage *error communis facit jus* (Loi *Barbarius Philippus*. — L. 3, D. *De off. prætorum*, 1-14. — L. 22, § 1, D. *Qui test. fac. poss.*, 28-1. — *Inst.* L. II, t. X, *De test. ord.*, § 7).

A l'époque classique, la même capacité était requise du *libripens* ou du *familiæ emptor* que du témoin (*Gaius*, II, 107. — *Ulpien*, R. t. XX, § 3, 7, 8).

Enfin les témoins pouvaient se servir du même cachet pour sceller le testament ; *a fortiori*, pouvaient-ils employer des anneaux ayant la même empreinte (*Inst.* L. II, t. X, *De test. ord.*, § 5).

§ III

Institution d'héritier.

L'institution, *institutio*, est la désignation de celui ou de ceux que le testateur veut pour héritiers. Toutes les autres dispositions introduites dans le testament, c'est-à-dire les legs, les affranchissements, les nominations de tuteurs, ne sont qu'accessoires et facultatives ; mais l'institution est absolument essentielle. Sans institution, pas de testament ; *institutio heredis est caput et funda-*

(1) Un père pouvait-il servir de témoin à son fils dans le cas où celui-ci testait *de peculio castrensi ?* Gaius et Justinien disent que non (*Gaius*, II, 106. — *Inst.* L. II, t. X. *De test. ord.*, § 9). Ulpien admettait au contraire le témoignage du *pater* (L. 20, § 2, D. *Qui test. fac. poss.*, 28-1).

mentum totius testamenti. En effet, les autres parties du testament se bornent à modifier la situation de l'héritier, mais c'est l'institution qui le crée (*Gaius*, II, 229. — *Conf*. C. C. art. 967, 1002).

Formules de l'institution. — Aussi l'ancien droit, conforme à la rigueur des premiers temps où le testament constituait une loi véritable, exigeait-il pour l'institution une formule impérative et sacramentelle, écrite en quelque sorte en style législatif. On ne put pendant longtemps en effet désigner son héritier qu'en ces termes : *Titius heres esto*. Il fut ensuite permis d'employer les deux expressions : *Titium heredem esse jubeo*, *Titius heres sit;* on rejetait au contraire, comme insuffisantes, les formules : *Titium heredem instituo* ou *facio* (*Gaius*, II, 117. — *Ulpien*, R. t. XXI).

Mais les jurisconsultes classiques, ennemis des règles arbitraires, tinrent pour suffisantes les locutions qui pourraient être considérées comme une abréviation de la formule sacramentelle : *Titius heres esto*. Enfin, vers l'année 339 de notre ère, les fils de Constantin autorisèrent le testateur à déclarer sa volonté en termes quelconques (L. 1, § 5, 6, 7, D. *De hered. instit.*, 28-5. — L. 15, C. *De test.*, 6-23).

Place de l'institution. — Jusqu'à Justinien, l'institution dut précéder dans le testament toutes les dispositions qui contenaient une *delibatio hereditatis*, c'est-à-dire une charge pour l'institué ; étaient nulles celles qui la suivaient (L. 1, pr., D. *De hered. instit.*, 28-5. — *Gaius*, II, 229 et s.).

On soumettait notamment à cette règle les affranchissements et legs, mais on n'y soumettait ni l'exhérédation ni la *datio tutoris*. Justinien se contenta de l'existence d'une institution d'héritier, sans lui assigner une place immuable ; désormais la validité d'une disposition testamentaire ne dépend plus de la place qu'elle occupe dans un testament (*Inst*. L. I, t. XIV, § 3, *Qui test. tut.* ; L. II, t. XX, *De legatis*, § 34. — *Gaius*, II, 186, 231. — L. 24, C. *De testam.*, 6-23).

§ IV

Modalités de l'institution d'héritier.

L'institution d'héritier est le plus souvent pure et simple; elle peut aussi recevoir certaines modalités. Mais, elle ne supporte aucune modalité résolutoire, *dies ad quem* ni *conditio ad quam;* on tiendrait pour inexistante et non écrite toute modalité de ce genre

que le testateur y aurait apposée. Ce n'est là qu'une application de la regle déjà signalée que le titre d'héritier, une fois acquis, reste ineffaçable : *semel heres, semper heres* (*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 9. — *Suprà*, p. 546).

Terme certain suspensif. — D'ailleurs, parmi les modalités suspensives, la même règle amenait à considérer comme non avenu le *dies certus à quo*. En effet, si l'on admettait une institution *ex die*, il faudrait jusqu'à l'échéance du terme attribuer les biens à l'héritier légitime, puis, le terme échu, les faire passer à l'héritier testamentaire ; ce résultat serait contraire à l'axiome *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*. De même qu'en présence du terme et de la condition résolutoire, on a bien dû se prononcer dans ce cas entre la nullité de l'institution et la suppression de la modalité ; les Romains, toujours empressés à conserver la succession testamentaire, ne pouvaient hésiter à prendre ce dernier parti (*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. instit.*, § 9).

Condition et terme incertain suspensifs. — A l'exclusion des précédentes, restent donc permises deux modalités suspensives, la condition *ex quâ* et le *dies incertu à quo ;* une analyse exacte rend aisément compte de cette faculté :

1° *Titius heres esto, si navis ex Asiâ venerit*. Ici la condition suspensive tient également dans l'incertitude la vocation de l'héritier *ab intestat* subordonnée à l'inaccomplissement de la condition et la vocation de l'héritier testamentaire, subordonnée à l'accomplissement du même événement. Ni l'un ni l'autre de ces deux successibles ne peut donc faire adition de l'hérédité *pendente conditione ;* l'événement seul ouvrira le droit du premier ou du second, et l'exécution complète et fidèle de la volonté du testateur n'aura pas abouti à l'attribution successive de l'hérédité *ab intestat* et de l'hérédité *à testato* (*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. instit.*, § 9).

2° *Titius heres esto quùm Mœvius morietur*. — Ici le terme, par le seul fait qu'il est incertain, joue le même rôle qu'une condition suspensive. En effet, puisqu'on ne connaît pas la date de l'échéance, elle peut survenir à chaque instant ; une égale indécision plane sur le droit de l'héritier légitime et sur le droit de l'héritier testamentaire. Dès lors, on ne saurait admettre le premier à réclamer, en attendant, les biens héréditaires, et, le terme une fois venu, le second prendra la succession, sans que la règle *nemo partim...* ait été violée.

La *conditio ex quâ* et le *dies incertus à quo* remplissent par conséquent des fonctions exactement pareilles dans les testaments ; de là le principe bien connu : *dies incertus in testamento conditionem facit* (L. 75, D. *De cond. et demonst.*, 35-1).

Effets spéciaux de la condition suspensive dans les testaments. — Sur ces bases, il faut préciser par trois remarques générales l'effet de la condition suspensive dans les institutions d'héritiers :

1° Toute condition de donner ou de faire, imposée à l'héritier et qui nécessite le concours d'un tiers, est tenue pour accomplie, lorsque le refus du tiers la fait défaillir. Si Titius, par exemple, est institué sous la condition d'épouser Seïa, et que celle-ci ne veuille pas y consentir, il a droit à la succession. Mais le décès de Titius, ou de Seïa, ou tout autre cas fortuit qui empêcherait le mariage, amènerait la défaillance de la condition. S'il en est ainsi, c'est que les dispositions testamentaires s'apprécient d'après l'intention du disposant, et qu'on ne suppose pas au testateur la volonté d'abandonner à l'arbitraire d'un tiers le sort de l'institution dont il a gratifié l'héritier (L. 3; L. 11, D. *De cond. instit.*, 28-7; L. 31, D. *De cond. et demonst.*, 35-1).

2° L'héritier institué sous une condition négative qui dépend de sa volonté, peut la tenir pour accomplie et se mettre immédiatement en possession de l'hérédité à charge de fournir la caution Mucienne. On désigne de ce nom l'engagement qu'il prend *cum satisdatione*, envers l'intéressé qui est le plus souvent son cohéritier testamentaire ou l'héritier légitime, de lui restituer l'hérédité, s'il contrevient à la volonté du testateur, c'est-à-dire en cas de défaillance de la condition. La caution Mucienne était réellement indispensable, dans toutes les hypothèses où la condition négative devait, de sa nature, rester en suspens jusqu'à la mort de l'institué. Par exemple, *Titius heres esto, si non ascenderit in Capitolium;* ce n'est qu'à la mort de Titius que la condition ne sera plus susceptible de défaillir. Or le droit de faire adition, absolument personnel à l'institué, ne passe pas à ses héritiers ; donc, à défaut de la caution Mucienne, la succession ne pourrait entrer dans le patrimoine de Titius, ni de son vivant ni après sa mort, et la condition serait absurde. En dehors de cette nécessité absolue, les jurisconsultes attribuent vraisemblablement à la caution Mucienne quelques autres applications de simple utilité (L. 7 ; L. 18; L. 67, D. *De cond. et dem.*, 35-1).

3° A la différence de ce qui se passe dans les obligations conditionnelles, la condition apposée à l'institution d'héritier n'a pas d'effet rétroactif. En conséquence, pour s'accomplir utilement, elle doit, lors de sa réalisation, trouver l'institué encore vivant et capable. De plus, si l'institué est *alieni juris*, c'est au jour de la condition accomplie qu'on se place pour savoir qui profite de l'institution : l'esclave ou le fils de famille a-t-il changé de *paterfamilias*, c'est le maître actuel ou le nouveau père qui prendra la succession par son intermédiaire ; l'esclave ou le fils de famille est-il devenu *sui juris*, c'est lui-même qui la recueillera. La condition ne saurait ici rétroagir, parce que toute disposition testamentaire est faite *intuitu personæ*, c'est-à-dire dans un esprit de bienveillance pour une personne déterminée ; le testateur n'a voulu gratifier qu'elle, non pas ses ayant cause (*Inst.* L. II, t, XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 4. — *Conf.* C. C. art. 1040).

Ces trois dérogations à la théorie générale des conditions se sont étendues, comme on le verra, de l'institution d'héritier aux legs et autres libéralités testamentaires.

Effets spéciaux de la condition impossible dans les testaments. — Il en faut dire autant d'une dernière règle, dont l'importance est capitale. Si le testament comporte en général des conditions suspensives, il en est néanmoins qu'il repousse ; telles sont, par exemple, les conditions illicites et impossibles.

Mais les conditions physiquement impossibles, c'est-à-dire contraires à la nature, et les conditions juridiquement impossibles, c'est-à-dire contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, sont réputées non écrites dans l'institution d'héritier, et conséquemment la laissent pure et simple. *Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec non in fideicommissis et libertatibus, pro non scripta habetur.* D'ailleurs, on doit, en cette matière, apprécier l'immoralité d'après les idées romaines, et noter que bien des conditions physiquement impossibles pour la civilisation antique ont cessé de l'être dans le monde moderne (*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 10. — *Conf.* C. C. art. 900).

Or ces deux espèces de conditions, jointes à un contrat ou à tout autre acte entre vifs, n'y sont pas réputées non écrites, et l'annulent au contraire (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 11. — *Conf.* C. C. art. 1172. — *Suprà*, p. 297).

Pourquoi n'entraînent-elles pas également la chute de l'institu-

tion ? La seule explication plausible de cette curieuse différence est dans la prédilection marquée des Romains pour la succession testamentaire. Ils présument que le testateur, mis dans l'alternative de supprimer la condition ou de mourir intestat, aurait supprimé la condition; ils le font comme il l'eût fait lui-même, pour sauver le testament. Cette doctrine était acceptée sans discussion par les jurisconsultes des deux Écoles, à l'égard de l'institution d'héritier. Les Proculiens combattaient seulement l'extension de ce droit exceptionnel aux autres dispositions testamentaires, notamment aux *manumissiones*, legs et fidéicommis, que ne protégeait pas la même raison. L'opinion des Sabiniens, quoique moins logique, prévalut cependant surla fin de l'époque classique, et Justinien ne mentionne plus de controverse; on avait cédé à l'habitude d'établir une parenté générale de règles entre l'institution d'héritier et les autres dispositions testamentaires, et de les entendre toutes dans un sens favorable au gratifié (*Gaius*, III, 98. — L. 20, D. *De cond. instit.*, 28-7 ; L. 6, § 1 ; L. 3, D. *De cond. et dem.*, 35-1) (1).

Cette théorie célèbre reçoit d'ailleurs d'assez graves atteintes dans la pratique. Tout d'abord, en présence de conditions physiquement ou moralement impossibles, le juge peut, de fait, prononcer la nullité du testament pour démence du testateur, ou parce que sa volonté n'a pas été sérieuse (L. 27, D. *De cond. instit.*, 28-7 ; L. 4, § 1, D. *De statuliberis*, 40-7. — *Conf.* C. C. art. 901).

De plus, il y a certaines conditions qui rendent l'institution nulle dans tous les cas ; ce sont : 1° les *conditiones perplexæ*, c'est-à-dire contradictoires, par exemple : *Titius heres esto, si Seius heres fuerit; Seius heres esto, si Titius heres fuerit ;* 2° les *conditiones captatoriæ*, c'est-à-dire qui tendent à provoquer en retour une autre institution, au profit du testateur ou d'un tiers ; par exemple : *Titius heres esto, si me* ou *si Mævium instituerit;* 3° les conditions purement potestatives de la part d'un tiers, par exemple : *Titius heres esto, si Mævius voluerit* (L. 32 ; L. 68, D. *De hered. inst.*, 28-5 ; L. 16, D. *De cond. inst.*, 28-7. — L. 11, C. *De test. militis*, 6-21).

Pluralité de conditions. — Le testateur peut, à son choix, ap-

(1) Une remarque curieuse à faire, c'est que Gaïus, tout Sabinien qu'il est, avoue ne pas connaître de bonnes raisons pour justifier l'extension de la règle aux legs (*Gaius*, III, 98). Le Code civil fut plus mal inspiré encore en l'étendant aux donations entre vifs (art. 900).

poser à l'institution d'héritier une ou plusieurs conditions régulières et valables. Mais, en présence d'une disposition affectée de plusieurs conditions, il faut examiner si, dans la pensée du disposant, elles ont été apposées cumulativement ou alternativement ; ce sera une pure question de fait. Si les modalités ont été apposées *cumulativement*, il faudra qu'elles soient toutes réalisées pour que l'héritier recueille le bénéfice de son institution. Que si elles ont été apposées *alternativement*, il suffira que l'une d'elles soit accomplie (*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 11).

CHAPITRE XL

CAPACITÉ DU TESTATEUR.

(*Inst.* L. II, t. XII, *Quibus non est perm. face. test.*)

Chez les Romains, la capacité de tester n'est pas une conséquence de la propriété, ni un corollaire de la capacité d'aliéner. Pour pouvoir tester il faut en avoir reçu le droit d'une disposition de la loi (L. 3, D. *Qui test. fac. poss.*, 28-1. — *Conf.* C. C. art. 902).

La capacité de tester se trouve ordinairement désignée, dans les textes, sous le nom de *factio testamenti;* les interprètes ajoutent à cette locution l'épithète d'*active* pour distinguer cette capacité de celle qui est requise chez l'institué et qui s'appelle *factio testamenti passive*.

Cette capacité impliquait sans contredit, à l'origine, la possibilité de figurer dans les comices, et devait manquer par conséquent aux pérégrins, aux femmes, aux impubères, aux sourds, aux muets et probablement aussi aux plébéiens.

A l'époque des grands jurisconsultes et de Justinien, il importe de distinguer dans la *factio testamenti active* deux éléments, qui sont la jouissance abstraite et l'application concrète de la faculté de tester, ou, pour mieux dire, le droit lui-même et l'exercice du droit. Le second présuppose le premier, tandis que la réciproque n'est pas vraie.

Droit de tester. — Pour avoir le droit de tester, il faut être libre, citoyen, et *sui juris*.

Il faut être libre et citoyen ; car le testament appartient par essence au *jus civile*, et suppose la plénitude du *commercium*. Il faut

être *sui juris* ; car on ne saurait avoir de testament, si l'on n'a pas de patrimoine.

Personnes dépourvues du droit de tester. — Sont en conséquence dépourvus du droit de tester :

1° Tous les individus *alieni juris*, esclaves, fils de famille, femmes *in manu* ou individus *in mancipio*. L'ordre ou la permission du *paterfamilias* ne les habiliterait pas à faire un testament, bien qu'il puisse leur rendre possible une aliénation ordinaire ; c'est que le droit de tester est d'ordre public, *factio testamenti est non privati, sed publici juris* (*Inst*. L. II, t. XII, *Quibus non est per. fac. test.* pr. — L. 3 ; L. 6, D. *Qui test. fac. poss.*, 28-1 ; L. 45, D. *De reg. juris*, 50-17).

Par exception, les esclaves publics, *servi publici populi romani*, étaient admis à tester pour la moitié de leurs biens (*Ulpien*, R. t. XX. § 16).

Adrien ou peut-être Marc-Aurèle concéda au fils de famille la *factio testamenti* pour son *peculium castrense*. La même faculté fut éteudue par Justinien au *peculium quasi-castrense*, mais ne s'appliqua jamais au pécule adventice, ni au pécule profectice (*Inst*. L. II, t. XI, *De test. mil.*, § 6 ; t. XII, *Quibus non est per fac. test.* pr. — *Ulpien*, R, t. XX, § 10. —L. 12, C. *Qui test. fac. poss.*, 6-22) (1).

2° Les pérégrins, les affranchis déditices, les Latins juniens et les déportés sont également privés du droit de tester. Il va sans dire cependant que les pérégrins qui ne sont pas *sine civitate* peuvent tester suivant le droit de leur cité. Quant aux Latins juniens, investis du *commercium* en principe, ils jouaient valablement le rôle de *libripens*, de *familiæ emptor* ou de témoins dans le testament d'autrui, et ne manquaient de la capacité de tester qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi Junia Norbana (*Ulpien*, R. t. XX, § 8, 14. — *Conf.* Loi du 31 mai 1854, art. 3).

3° En dehors de ces principes, certains individus sont déclarés incapables de tester par des lois spéciales. Tels sont les condamnés pour adultère, concussion, diffamation, et, sous les empereurs chrétiens, les apostats, ainsi que plusieurs sectes d'hérétiques,

(1) Lorsque le fils propriétaire d'un pécule castrense mourait sans avoir testé, le père, du moins à l'époque classique, recueillait les biens du défunt *jure peculii* (L. 9 ; L. 19, § 3, 5, D. *De cast. pec.*, 49-17). Dans le dernier état du droit, l'opinion dominante reconnaît au contraire au *paterfamilias* la qualité d'héritier *Inst.* L. II,t. XII, *Quibus non est per.* pr.).

notamment, les Manichéens. Ces personnes déchues sont appelées *intestabiles* (L. 14; L. 15, D. *De testibus*, 22-5; L. 18, § 1, D. *Qui test. fac. poss.*, 28-1. — L. 3 C. *De apostatis*, 1-7; L. 4, C. *De hæreticis*, 1-5).

Du reste, il ne suffit pas que le testateur soit capable; sa capacité doit, en outre, lui être connue absolument et sans la moindre incertitude. Ainsi, le fils de famille devenu *sui juris* par le décès de son père mort en voyage, l'esclave affranchi par le testament de son maître, ne peuvent tester valablement qu'après la connaissance acquise de l'événement qui a transformé leur condition : *de statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt* (*Ulpien*, R. t. XX, § 11. — L. 14; L. 15, D. *Qui test. fac. poss.*, 28-1).

Exercice du droit de tester. — Il arrive souvent que des personnes, investies du droit de tester, sont empêchées de l'exercer par des circonstances de fait. Pour avoir l'exercice de ce droit, il faut être capable d'exprimer une volonté libre et éclairée, et de prendre part aux solennités constitutives du testament. Dès lors en sont privés :

1° Les fous dans leurs moments de folie, les prodigues interdits, les impubères, et dans le droit classique les femmes *sine tutoris auctoritate;* car ces diverses personnes ne peuvent figurer en qualité d'aliénateurs dans une mancipation (*Ulpien*, R. t. XX, § 12, 13, 16. — *Inst.* L. II, t. XII, *Quibus non est per. fac. test.*, § 1, 2. — *Conf.* C. C. art. 903, 904, 905) (1).

2° Les sourds, les muets, les aveugles, parce que le testament *per æs et libram* leur est matériellement inaccessible. Car les sourds n'entendraient pas les paroles prononcées par le *familiæ emptor;* les muets ne sauraient prononcer les paroles de la *nuncupatio testamenti;* les aveugles ne seraient pas en mesure de vérifier l'acte présenté par eux aux témoins. De plus, l'impuissance où se trouvaient les sourds et les muets d'entendre ou de requérir les témoins, les empêchait aussi de tester dans la forme prétorienne (*Ulpien*, R. t. XX, § 13. — L. 6, § 1; L. 7; L. 8, D. *Qui test. fac. poss.*, 28-1).

Ces divers obstacles ont disparu successivement.

En effet, les aveugles eurent toujours la faculté de faire un testament nuncupatif; l'empereur Justin le soumit seulement à des

(1) Jusqu'au règne d'Adrien, en vertu d'une règle assez inexplicable, les femmes, à l'exception des Vestales, ne pouvaient tester, sans avoir subi une *capitis deminutio*, c'est-à-dire sans avoir fait la *coemptio* avec un tiers (*Gaius*, I, 115ª).

formalités additionnelles qui rendirent la fraude difficile. Leur testament dut être écrit ou lu à haute voix, en présence de l'aveugle assisté des sept témoins habituels, soit par un *tabularius*, soit par un huitième témoin dans les localités où les *tabularii* manquaient (*Paul*, S. L. III, t. IV[a], § 4. — *Inst.* L. II, t. XII, *Quibus non est per. fac. test.*, § 4. — L. 8, C. *Qui test. fac. poss.*, 6-22).

D'après une décision de Justinien, le sourd est admis à tester comme le premier venu; le muet et le sourd-muet qui savent écrire reçoivent la même autorisation. L'exercice du droit n'est donc refusé qu'aux sourds-muets de naissance, et cette privation revêt à leur égard toutes les apparences d'une véritable incapacité (*Inst.* L. II, t. XII, *Quibus non est per. fac. test.*, § 3. — L. 10, C. *Qui test. fac. poss.*, 6-22).

Époque où est requise la capacité du testateur. — Pour répondre à cette question, on doit distinguer entre le droit de tester et l'exercice du droit.

Le droit de tester doit exister dans la personne du testateur, au moment de la confection du testament, et se maintenir jusqu'au décès. Toutes les fois que le testateur, par une *capitis deminutio*, cesse d'être libre, citoyen ou *sui juris*, le testament cesse d'être valable aux yeux de la loi civile; il tombe et devient *irritum* (*Inst.* L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, § 4, 5) (1).

Au contraire, l'exercice du droit n'est indispensable qu'au moment de la confection de l'acte. Une fois le testament terminé, le testateur peut impunément devenir fou, interdit, sourd ou muet. Pourvu que le droit lui soit resté, la perte de l'exercice du droit n'a pas plus d'effet sur le testament que n'en aurait une simple maladie (*Inst.* L. II, t. XII, *Quibus non est per. fac. test.*, § 1 *in fine*, § 3 *in fine*. — L. 2, D. *Qui test. fac. poss.*, 28-1).

Testament du captif. — Le jeu de ces principes se montre nettement dans une hypothèse célèbre (*Inst.* L. II, t. XII, *Quibus non est per. fac. test.*, § 5).

Le testateur tombe en captivité chez l'ennemi; d'après la règle, le testament devrait s'évanouir. Mais de deux choses l'une; ou le captif

(1) On verra que le préteur est venu corriger sur ce point le droit civil; il suffit, en effet, pour que le testament soit valable *jure prætorio*, que le testament ait été fait en pleine capacité par un testateur qui est encore capable au moment de son décès; on ne tient pas compte des *capitis deminutiones* qui sont venues atteindre le disposant entre le jour de la confection du testament et le jour du décès (*Gaius*, II, 147. — *Inst.* L. II, t. XVII, *Quibus mod. test. inf.*, § 6).

revient, et dans ce cas la fiction du *jus postliminii* efface rétroactivement son esclavage; ou le captif meurt *apud hostes*, et dans ce cas la fiction de la loi Cornélia *de falsis* (an de Rome 673) le répute mort à l'instant même où la liberté lui était ravie. Dans l'une et l'autre hypothèse, il n'a pas subi de *capitis deminutio*, et son testament reste valable; dans le premier cas, il vaut *jure postliminii;* dans le second cas, il vaut *ex lege Cornelia* (*Ulpien*, R. t. XXIII, § 5. — *Paul*, S. L. IV, t. VII, § 1).

Si l'on suppose maintenant que le captif ait testé chez l'ennemi, le testament sera nul, comme le serait un acte quelconque. Car le *postliminium* ne peut supprimer les faits accomplis, et le fait, c'est que le testateur manquait de l'exercice du droit de tester, au moment où il a voulu faire son testament (L. 8, D. *Qui test. fac. poss.*, 28-1 ; L. 10 ; L. 18, D. *De captivis*, 49-15).

CHAPITRE XLI

CAPACITÉ DE L'INSTITUÉ.

(*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*)

La capacité d'être institué, comprise par les Romains dans la locution unique de *factio testamenti*, a reçu des commentateurs la qualification de *passive*. Elle n'est pas connexe à la capacité de tester, et s'en trouve parfois séparée.

Pour la période antérieure à Justinien, il faut avoir soin de distinguer la *factio testamenti passive* et le *jus capiendi ;* l'une est le droit d'avoir le titre d'héritier dans un testament valable, c'est la jouissance du droit; l'autre est la faculté de recueillir en fait le bénéfice d'une disposition testamentaire, c'est l'exercice du droit. La *factio testamenti passive* peut exister sans le *jus capiendi*, tandis que le *jus capiendi* suppose nécessairement la jouissance du droit.

§ I

Factio testamenti passive.

Tant que le rôle de *familiæ emptor* fut réservé à l'héritier dans le testament *per æs et libram*, la capacité d'être institué se confondit avec la capacité d'acquérir pour soi-même ou pour autrui par la

mancipation. Mais la législation postérieure adoucit les rigueurs de cette règle, en admettant à l'institution d'héritier certaines personnes que les principes en eussent logiquement exclues, notamment les *infantes*, les fous, les sourds, les muets, les captifs, les esclaves du testateur.

Droit classique. — A l'époque classique, le principe qu'on n'a pas la *factio testamenti* passive, si l'on n'est capable d'acquérir par la mancipation, n'atteint plus que quatre classes de personnes :

1° Les esclaves sans maître, ou dont e maître manque lui-même de la *factio testamenti* avec le testateur; car l'esclave n'exerce jamais qu'une capacité d'emprunt (L. 31, D. *De hered. inst.*, 28-5);

2° Les pérégrins, lorsqu'ils n'ont pas obtenu le *jus commercii* ainsi que les affranchis déditices et les déportés (*Gaius*, I, 25. — *Ulpien*, R. t. XXII, § 2);

3° Les personnes incertaines. On entend par *incertæ personæ*, non pas celles que le testateur n'a jamais vues, mais celles dont il ne peut avoir une idée nette, par exemple, *qui primus ad funus meum venerit*, ou bien, *quicumque filio meo filiam suam in matrimonio dederit* (*Ulpien*, R. t. XXII, § 4. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 25).

Les plus importantes des *personæ incertæ* étaient les *personnes morales* et les *posthumes*, c'est-à-dire les individus nés après la mort du testateur, ou dans l'intervalle entre sa mort et la confection du testament. On verra bientôt que le droit civil lui-même permit l'institution d'une catégorie de *posthumes* connus sous le nom de *postumi sui*. En outre, parmi les personnes morales, les municipes acquirent la capacité relative d'être institués par leurs affranchis, et la capacité absolue fut même accordée à quelques cités ou colonies, ainsi qu'à plusieurs divinités (*Gaius*, II, 238, 241, 242. — *Ulpien*, R. t. XXII, § 5, 6. — L. 30, D. *De vulg. et pup. subst.*, 28-6);

4° Enfin, dans un ordre d'idées complètement différent, la célèbre loi Voconia, votée en l'an de Rome 585 ou 586, sur les instances du vieux Caton, prohibait l'institution d'une femme, fût-elle la fille du testateur, par toute personne inscrite dans la première des cinq classes de Servius Tullius, c'est-à-dire portée sur les registres du cens pour une fortune égale ou supérieure à cent mille as (*Gaius*, II, 274. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, L. XX, ch. I, § 22).

Droit de Justinien. — La loi Voconia, hostile à l'enrichissement des

femmes, tomba vite en désuétude et disparut sans abrogation expresse. La *factio testamenti*, accordée aux *postumi sui* par le droit civil, fut indirectement étendue par le préteur aux autres posthumes. L'empereur Léon permit, en 469, l'institution d'une cité quelconque. Pour les églises et les établissements religieux du christianisme, Constantin et ses successeurs ne leur contestèrent jamais la capacité. Enfin, par une mesure générale qui couronna ces innovations partielles, Justinien lui-même déclara capables toutes les personnes incertaines sans distinction ; il permit même d'instituer le Christ, les archanges et les martyrs (*Inst.* L. III, t. IX, *De bonor. poss.* pr. — L. 1 ; L. 26, C. *De sacros. eccles.*, 1-2 ; L. 12, C. *De hered. inst.*, 6-24. — *Conf.* C. C. art. 902, 910, 937).

La *factio testamenti* n'est donc plus refusée, sous Justinien, qu'aux deux premières catégories d'incapables précédemment indiquées.

Mais le droit impérial créa à titre de déchéances pénales quatre nouvelles classes d'incapables : 1° les apostats et les hérétiques; 2° la veuve qui s'est remariée avant l'expiration de l'année de viduité ; 3° les enfants du condamné pour lèse-majesté ; 4° les époux incestueux et les enfants issus de leur union (L. 4, C. *De hereticis*, 1-5 ; L. 3, C. *De apostatis*, 1-7. — L. 9, C. *De incestis*, 5-5 ; L. 1. C. *De secund. nuptiis*, 5-9 ; L. 5, § 1, C. *Ad leg. Juliam*, 9-8. — *Conf.* C. C. art. 908).

La *factio testamenti* est requise à peine de nullité de l'institution, lors de la confection du testament, lors de la délation de l'hérédité et d'une façon continue depuis la délation jusqu'à l'acquisition de l'hérédité. Mais il n'est pas nécessaire que l'institué soit capable depuis la confection du testament jusqu'à l'ouverture de la succession ; l'incapacité intermédiaire est ici indifférente ; *media tempora non nocent* (*Inst.* L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 4).

§ II

Règles propres à l'institution des esclaves.

L'institution peut s'adresser ou à l'esclave du testateur ou à l'esclave d'autrui. *Servos heredes instituere possumus, nostros cum libertate, alienos sine libertate* (*Ulpien*, R. t. XXII, § 7).

Esclaves du testateur. — On appelle *servus proprius* l'esclave dont la propriété ou la nue propriété appartient au testateur (*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.* pr.).

Conditions de l'institution du servus testatoris. — Dans le droit classique, un esclave n'était valablement institué par son maître qu'à la condition d'acquérir à la suite de l'affranchissement la *civitas* ou du moins la *latinitas*. Car s'il devait rester déditice, il n'avait pas la *factio testamenti*, et l'on verra même que la capacité du Latin junien n'était pas entière. Sous Justinien, la suppression des Latins et des déditices fait disparaître cette exigence (*Gaius*, II, 186, 187. — *Ulpien*, R. t. XXII, § 8).

D'ailleurs, à toutes les époques, l'affranchissement de l'esclave fut la condition fondamentale de son institution par le maître. Le droit antérieur à Justinien ne connaissait pas de *manumissio* tacite, et faisait un devoir au testateur de léguer expressément la liberté au *servus*, sous peine de nullité du testament; la formule employée par le testateur était celle-ci : *Stichus heres liberque esto* (*Gaius*, II, 186).

Ce prince, plus raisonnable et plus humain, abrogea formellement cette règle gênante, et considéra la volonté d'affranchir comme démontrée par le seul fait de l'institution ; par cela seul qu'un maître institue son esclave, il est présumé lui donner la liberté. Dès lors, on peut instituer valablement tout esclave qu'on a la faculté de libérer (*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.* pr.).

Du reste, la loi romaine a toujours exigé que l'affranchissement de l'esclave par le testateur fût permis au moment même du testament. Si donc une raison de droit quelconque y fait obstacle, l'institution reste nulle ; ainsi une femme qui est sous le coup d'un *crimen adulterii* ne peut pas instituer son esclave accusé d'adultère (*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.* pr.).

Effets de l'institution du servus testatoris. — Quelle est enfin la situation juridique du *servus proprius* valablement institué? Qu'on suppose d'abord la *manumissio* et l'institution pures et simples. Dans ce cas, lorsque l'esclave est resté sous la puissance du testateur jusqu'au décès, il devient libre immédiatement, et du même coup acquiert l'hérédité comme héritier nécessaire, c'est-à-dire de plein droit et sans acceptation. Si l'esclave a été affranchi ou aliéné avant le décès du testateur, il a la qualité d'héritier externe, et le choix entre l'acceptation et la répudiation de l'hérédité dépend de sa volonté d'homme libre, ou de l'ordre de son nouveau maître (*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 1).

L'institution et la *manumissio* peuvent dépendre l'une et l'autre

d'une condition suspensive. En supposant la condition accomplie au jour de la mort du testateur, l'institution produit immédiatement tous ses effets ordinaires; dans l'hypothèse contraire, ces effets demeurent incertains jusqu'à l'événement qui réalise ou fait défaillir la condition.

Circonstances spéciales. — Il faut aussi prévoir deux ordres particuliers de dispositions : 1° L'institution est pure et simple, et l'affranchissement conditionnel. Alors, si l'esclave reste dans la même situation, *in eâdem causâ*, l'hérédité ne lui sera déférée qu'à l'accomplissement de la condition. Quand le maître l'affranchit ou l'aliène, on subdivise la question. N'est-ce qu'après la condition défaillie, l'institution disparaît définitivement; est-ce *pendente conditione*, l'institution subsistera malgré la défaillance ultérieure de la condition (L. 38, § 2, 3, D. *De hered. inst.*, 28-5).

2° L'affranchissement est pur et simple, et l'institution conditionnelle. Si le testateur décède *pendente adhùc conditione*, l'esclave n'acquiert pas immédiatement la liberté. La condition s'accomplit-elle plus tard, il deviendra tout ensemble libre et héritier nécessaire. Vient-elle à défaillir, l'esclave n'aura pas la succession; mais il sera libre, pourvu que le testament contienne une autre institution efficace. Le but de la loi romaine est donc évident; elle veut autant que possible dans l'intérêt du maître, imposer au *servus* institué la qualité de *necessarius heres* (L. 21, § 2; L. 22, D. *De hered. inst.*, 28-5).

Esclaves d'autrui. — Pour le *servus alienus*, la règle est simple; on ne peut instituer que l'esclave dont on pourrait instituer le maître (*Ulpien*, R. t. XXII, § 9).

La chance de recueillir l'hérédité suit la propriété de l'esclave, *ambulat cum domino hereditas*. S'il est libre au moment de l'adition, il acquiert pour lui-même. S'il est encore en esclavage sous le même maître ou sous un maître nouveau, il n'acquiert que par l'ordre et pour le compte de son propriétaire actuel (L. 2, § 9, D. *De bon. poss. sec. tab.*, 37-11. — *Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 1).

Dans l'hypothèse où le *servus alienus* institué se trouve sous la puissance du testateur, au jour du décès, l'institution s'évanouit. Car l'esclave ne saurait acquérir, ni pour un maître qu'il n'a plus, ni pour lui-même, puisque la liberté n'a pu lui être donnée directement par un testateur qui ne l'avait pas *in dominio* au jour du testament (*Ulpien*, R. t. I, § 23. — L. 49, D. *De hered. inst.*, 28-5).

Comme les biens d'un captif deviennent *res nullius*, l'application rigoureuse des principes aurait empêché d'instituer son esclave. Mais on eut recours, pour valider une institution de ce genre, à l'une ou l'autre des deux fictions du *postliminium* ou de la loi *Cornelia* (L. 32, § 1, D. *De hered. inst.*, 28-5).

Servus communis. — L'esclave commun à plusieurs maîtres est régulièrement institué du chef de ceux de ses *codomini* qui avaient *factio testamenti* avec le testateur. Le bénéfice et les charges de l'hérédité se partagent alors entre les copropriétaires qui lui ont donné l'ordre de faire adition, proportionnellement à leurs parts respectives dans la propriété du *servus* (*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 3).

Mais comment résoudre l'hypothèse où le testateur est lui-même un des maîtres de l'esclave ? Quand il l'institue en lui conférant la liberté, ou même *sine libertate*, l'esclave devient libre et *necessarius heres*, sous la réserve d'une indemnité à payer aux *codomini* dépouillés ; c'est la doctrine nouvelle de Justinien. Au temps classique, la liberté et la succession n'étaient ainsi procurées à l'esclave que dans les cas où le testateur se trouvait, lors du décès, seul maître du *servus* qu'il avait institué *cum libertate ;* dans toute autre circonstance, l'esclave appartenait aux autres copropriétaires, et leur acquérait l'hérédité (*Ulpien*, R. t. XXII, § 10 .— L. 6, § 3, D. *De hered. inst.*; 28-5. — L. 1, § 5, C. *De communi servo*, 7-7).

Servus hereditarius. — Il semble enfin qu'un esclave héréditaire ne puisse pas être institué ; compris dans une succession qui n'appartient pas encore à l'héritier, il n'a donc pas de maître. Mais, pour éviter les nombreux embarras que cette vacance aurait pu entraîner, une fiction célèbre prolonge, jusqu'à l'instant de l'adition, la personnalité juridique du *de cujus;* en d'autres termes, l'hérédité jacente représente la personne du mort, *hereditas personam defuncti sustinet.* Par conséquent, la capacité de l'esclave héréditaire est empruntée à son ancien maître décédé. Quiconque pouvait instituer ce dernier peut instituer le *servus hereditarius*, dans l'hypothèse même où la *factio testamenti* ferait défaut au maître futur, qui est l'héritier (L. 52 ; L. 64, D. *De hered. inst.*, 28-5. — *Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 2).

§ III

Jus capiendi.

Les personnes investies de la *factio testamenti* n'ont pas toujours le *jus capiendi*.

Trois catégories de personnes sont, à l'époque classique, privées du *jus capiendi* pour le tout ou pour partie.

1° La loi Junia Norbana enleva aux Latins Juniens le *jus capiendi* pour le tout ; ils ne peuvent recueillir le bénéfice des dispositions testamentaires qui leur sont faites qu'à la condition d'acquérir la cité dans les cent jours qui suivent le décès du testateur (*Gaius*, II, 110. — *Ulpien*, R. t. XXII, § 3).

2° Les lois caducaires privèrent également du *jus capiendi* les *cælibes*, les *orbi* et probablement aussi les *patres solitarii*. Les célibataires ne peuvent rien recueillir ; les *orbi*, c'est-à-dire les personnes mariées sans enfants, ne sont privées du *jus capiendi* que pour moitié ; quant à l'incapacité des *patres solitarii*, elle nous est inconnue (*Gaius*, II, 110, 111. — *Ulpien*, R. t. XXII, § 3).

3° Enfin, Suétone nous rapporte que l'empereur Domitien enleva le *jus capiendi* aux *feminæ probosæ*. *Probosis feminis ademit jus capiendi legata hereditatesque* (Suetone, *Domitien*, ch. 8).

La différence pratique est grave entre la *factio testamenti* et le *jus capiendi*. Quand l'institué manque de la *factio testamenti* lors de la confection du testament, l'institution est nulle et restera nulle quoi qu'il arrive ; l'acquisition ultérieure de la capacité n'y changerait rien. Au contraire, le *jus capiendi* n'est pas requis lors de la confection du testament. Il n'est indispensable à l'institué qu'au moment de la délation de l'hérédité, c'est-à-dire à l'époque de la mort du testateur ou de l'événement de la condition, suivant que l'institution est pure et simple ou conditionnelle. On lui donne même, pour l'acquérir utilement, un délai de cent jours à partir de cette date. Si donc j'institue une personne privée du *jus capiendi*, l'institution est actuellement valable, mais l'héritier pourra-t-il recueillir ? on ne le saura pas avant mon décès. En attendant, puisqu'il est régulier, mon testament révoquerait un testament antérieur (*Ulpien*, R. t. XVII, § 1. — t. XXII, § 3. — L. 82, D. *De acq. vel. omitt. hered.*, 29-2).

De ces deux théories corrélatives, celle du *jus capiendi* paraît la plus rationnelle. Car exiger la *factio testamenti* au moment de la

confection du testament, c'était méconnaître la nature même et l'essence de cet acte, qui ne doit produire d'effet qu'après le décès de son auteur. Tout au plus cette rigueur avait-elle une raison d'être dans l'ancien droit, au temps où l'on testait par une mancipation faite à l'héritier lui-même.

Sous Justinien, le *jus capiendi* n'est plus refusé à personne, et ne constitue pas une condition distincte de la *factio testamenti*. Aussi l'Empereur confond-il volontairement ces deux expressions (*Inst.* L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 4).

CHAPITRE XLII

MESURES PRISES POUR ASSURER L'HÉRÉDITÉ A CERTAINES PERSONNES.

Dans la législation des Douze Tables, rien ne limitait la liberté du testateur. Il lui suffisait d'instituer un héritier pour lui transmettre l'hérédité, et conséquemment pour en exclure tous ceux qu'il n'y appelait pas, même ses enfants ; la loi décemvirale consacrait en termes très précis l'omnipotence du testateur : *Uti legassit super pecunia tutelave rei suæ, ita jus esto*. Ainsi le voulait le principe de la puissance absolue du *paterfamilias* (*Ulpien*, R. t. XI, § 14).

Deux graves restrictions furent apportées avec le temps à ce pouvoir d'abord sans contrôle. L'une et l'autre furent l'œuvre de la jurisprudence ; la première se traduisit par la nécessité qui fut imposée au père de famille d'instituer ou d'exhéréder ses enfants en puissance ; l'autre tendit à créer une action particulière, la *querelæ inofficiosi testamenti* destinée à faire tomber le testament de celui qui aurait exclu sans motif ses proches parents.

PREMIÈRE SECTION

DE L'INSTITUTION OU DE L'EXHÉRÉDATION DES *SUI HEREDES*.

(*Inst.* L. II, t. XIII, *De exhered. liber.*)

Une très ancienne doctrine considérait les enfants comme copropriétaires du patrimoine paternel, *Etiam, vivo patre, quodammodo domini existimantur* (L. 11, D. *De liberis et post.*, 28 2. — *Gaius*, II, 157. — *Inst.* L. II, t. XIX, *De her. qual. et diff.*, § 2).

La dernière conséquence de cette idée eût été de retirer au père le droit de tester ; mais on n'en vint pas là. Les jurisconsultes ne lui enlevèrent pas même, de prime abord, la faculté de dépouiller ses enfants sans cause sérieuse. Il fut simplement soumis, s'il voulait les priver de sa succession, à la nécessité d'en faire une déclaration expresse. Dès lors pesa sur le père l'obligation alternative d'instituer ou d'exhéréder formellement ses enfants ; cette règle n'entamait pas au fond sa liberté, mais en gênait seulement l'exercice. Elle se rattachait à la pensée qu'on peut souvent reculer devant l'aveu catégorique d'une iniquité. Il était à présumer en effet que le père de famille obligé d'écarter expressément et par une formule spéciale ses enfants, n'oserait pas les exclure aussi facilement que s'il lui était permis de les passer sous silence.

Cette théorie naquit de la coutume, non d'une loi proprement dite. On en place l'établissement définitif vers l'époque de Cicéron (L. 29, pr., D. *De liberis*, 28-2. — Cicéron, *De orat.*, I, 38).

Peu de théories ont subi autant de transformations ; aussi faut-il l'étudier au triple point de vue du droit civil, du droit prétorien et du droit de Justinien.

§ I

Droit civil.

Le droit civil applique exclusivement aux *sui heredes* la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation.

Or les *héritiers siens* sont tous les descendants qui se trouvent actuellement sous la puissance immédiate du testateur ou qui s'y trouveraient, s'il vivait encore. Ils se divisent en deux classes. Les uns ont cette qualité au jour de la confection du testament ; ce sont les *héritiers siens proprement dits*. Les autres n'acquièrent cette qualité que postérieurement à la confection du testament ; ce sont les *posthumes*.

Héritiers siens proprement dits. — Dans la législation primitive, il n'est nécessaire d'instituer ou d'exhéréder que les descendants investis de la qualité d'*héritiers siens* au moment de la confection du testament, c'est-à-dire déjà nés et soumis à la puissance immédiate du testateur.

Cette classe comprend trois catégories d'*heredes sui* : 1° tous les descendants du premier degré, sans différence entre les fils et les filles, entre les enfants issus *ex justis nuptiis* et ceux qui ont été

adoptés ou adrogés; 2° les petits-fils ou petites-filles *per masculos* dont le père est prédécédé ou sorti de la famille par émancipation ou adoption; 3° la femme *in manu* se trouvant *loco filiæ* ou *loco neptis* à l'égard du testateur (*Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 4. — *Ulpien*, R. t. XXII, § 14).

Si le père n'institue pas ou n'exhérède pas ces personnes, il commet une *omissio* ou *præteritio*, dont les conséquences seront graves.

Formes de l'institution ou de l'exhérédation. — On sait comment se fait l'institution. Mais dans quelles formes le *paterfamilias* doit-il procéder à l'exhérédation des *sui heredes?* La règle n'est pas uniforme, et deux différences sont à signaler sur ce point entre le fils proprement dit et les filles ou petits-enfants des deux sexes :

1° Le testateur doit exhéréder son fils *nominatim*, c'est-à-dire en le désignant par son nom ou par toute autre indication strictement individuelle, comme le serait la formule : *Titius filius meus exheres esto*, ou, si le fils n'a pas de frères, la simple mention *filius meus exheres esto*. Quant aux autres descendants, il est permis de les exhéréder collectivement, *inter cæteros*, c'est-à-dire en faisant suivre l'institution de cette formule vague : *cæteri exheredes sunto* (*Gaius*, II, 127, 128. — *Ulpien*, R. t. XXII, § 20. — *Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.* pr.).

2° Tandis que l'institution ou l'exhérédation des filles et petits-enfants peut être subordonnée à toutes les conditions que comporte le droit commun, celle du fils doit être nécessairement pure et simple. On n'admet, en général, que la condition potestative de sa part. Il a paru nécessaire de maintenir plus énergiquement à l'égard du fils la nécessité d'une déclaration formelle et certaine de la volonté du père (L. 28, pr., D. *De liberis*, 28-2; L. 4, pr.; L. 86, D. *De hered. inst.*, 28-5).

La même distinction s'applique à la sanction de la *præteritio*.

Sanction de l'omission. — S'agit-il d'un fils omis ou qui a été irrégulièrement institué ou exhérédé? Le testament est alors *injustum*, frappé d'une nullité immédiate et définitive. C'est un principe essentiel de droit civil, que les conditions matérielles de la validité d'un acte sont requises au moment même de sa confection. Les Sabiniens, poussant cette doctrine jusqu'aux conséquences les plus rigoureuses, soutenaient que le testament devait rester nul, alors même, que le fils omis serait mort ou aurait été frappé d'incapacité

avant le décès de son père. Les Proculiens, considérant au contraire que la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation avait été introduite dans l'intérêt unique de l'enfant, enseignaient que cette formalité était devenue indifférente quand l'enfant ne pouvait plus recueillir l'hérédité et que, dès lors, le testament devait être valable. Quoique l'opinion proculienne fût plus raisonnable et surtout plus en harmonie avec la préférence des Romains pour la succession testamentaire, ce fut cependant la théorie sabinienne, déjà suivie dans la pratique au temps de Paul, qui fut définitivement confirmée par Justinien (*Gaius*, II, 123. — *Ulpien*, R. t. XXII, § 16. — L. 7, D. *De liberis*, 28-2; L. 29, D. *De regulis juris*, 50-17. — *Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.* pr.).

L'omission de descendants autres que le fils laisse le testament valable, et rend simplement l'institution réductible. La fille *prætérita*, pourvu qu'elle soit capable après la mort du testateur, prend aux institués une moitié de la succession, s'ils sont *extranei*, et seulement une part virile s'ils ont la qualité de *sui heredes*. Dans le cas où le testament institue à la fois des *sui* et des *extranei*, le droit de la fille s'applique séparément aux deux fractions de l'hérédité ; on lui donne une moitié de la quote-part attribuée à tous les *extranei* ensemble, une portion virile sur le total réservé aux *sui* (*Gaius*, II, 124. — *Paul*, S. L. III, t. IV^{b}, § 8. — *Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib. pr.*) (1).

Les petits-enfants omis sont traités de la même manière. Ils viennent probablement par souches, *per stirpes* ; en d'autres termes, on ne compte que pour un seul enfant tous ceux qui sont issus du même fils.

Cette attribution de parts aux filles et petits-enfants est désignée par Justinien sous le nom de *jus accrescendi*. Cette locution veut dire que le nombre des institués est fictivement accru de la personne omise ; car elle ne peut venir à la succession en qualité d'héritier légitime, à cause de la règle : *Nemo partim testatus, partim*

(1) Il résultera souvent de l'application de ces règles que la fille omise prendra plus qu'elle n'aurait eu comme héritière *ab intestat* ; ainsi, supposant deux *sui* et deux *extranei* tous institués *æquis partibus*, la fille enlèvera un tiers au *sui* et une moitié aux *extranei*, soit en tout 5/12. Ce résultat, quoique formellement écrit dans les textes, a paru tellement inadmissible à certains commentateurs qu'ils ont voulu, dans l'espèce, changer la base du calcul, et n'attribuer à la fille que la moyenne entre ce qu'elle aurait si les quatre institués étaient *sui* et ce qu'elle aurait s'ils étaient tous quatre *extranei* (*Paul*, S. L. III, t. IV^{b}, § 8).

intestatus decedere potest. La conséquence pratique de cette fiction légale ne manque pas d'importance; c'est que l'individu omis comptant comme héritier testamentaire contribue à l'acquittement des legs et des autres charges du testament, dans une proportion correspondante à son droit (L. 4, C. *De lib. præt.*, 6-28. — *Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.* pr.).

Posthumes et quasi-posthumes. — Les règles précédentes amenaient souvent la destruction des testaments, par la survenance d'un *suus heres* postérieure à leur confection.

En effet, toutes les fois qu'il survenait au testateur un *héritier sien* postérieurement à la confection du testament, son testament devait tomber parce que cet héritier, eût-il été vivant et capable de figurer dans une institution ou dans une exhérédation, ne pouvait y figurer à titre d'*héritier sien* puisqu'il n'avait pas alors cette qualité. On exprimait cette règle en disant que l'agnation ou la quasi-agnation d'un *heres suus* entraînait nécessairement la rupture du testament. Il y avait *agnatio* lorsque l'héritier sien naissait *testamento facto;* il y avait *quasi-agnatio* lorsque l'héritier sien était élevé à ce titre par la mort ou l'émancipation d'un ascendant qui le séparait jusqu'alors du testateur (*Inst.* L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, § 1).

La jurisprudence et la loi donnèrent le moyen de prévenir en certains cas cette rupture du testament. C'est la théorie de l'institution ou de l'exhérédation des posthumes et quasi-posthumes.

Diverses espèces de posthumes. — On appelle ici *postumus* tout enfant qui vient à naître, soit après la mort du père, soit après la confection du testament. Tel est le sens générique du mot; mais on distingue plusieurs classes de posthumes; on peut en indiquer quatre principales : 1° les posthumes légitimes; 2° les posthumes Aquiliens; 3° les posthumes Velléiens; 4° les posthumes quasi-Velléiens.

1° *Posthumes légitimes.* — Le posthume légitime est le descendant qui, conçu du vivant du testateur, et né après sa mort, se fût trouvé sous sa puissance immédiate, s'il eût été au monde lors de la confection du testament. Tel est, par exemple, l'enfant que met au jour la veuve du testateur, dans les dix mois de son décès. Ce descendant, à la condition de naître vivant, infligeait au testament une rupture sans remède, puisque le testateur étant mort ne pouvait rien changer à ses dispositions testamentaires. Les jurisconsultes réagissant contre ce principe permirent de prévoir, en testant,

l'agnation de ce posthume, et de l'instituer ou de l'exhéréder, nonobstant sa qualité de personne incertaine, et quoiqu'il ne fût pas encore *suus heres*. Bref, on le considérait comme vivant d'ores et déjà ; *pro jàm nato habetur* (*Gaïus*, I, 147. — *Ulpien*, R. t. XXII, § 19. — L. 12, D. *De liberis*, 28-2. — *Inst.* L. II, t. XIII, *De exher. lib.*, § 1).

2° *Posthumes Aquiliens*. — Le posthume Aquilien est le descendant qui, conçu avant et né après la mort du testateur, ne se fût pas trouvé sous sa puissance immédiate, s'il eût été vivant lors de la confection du testament. Tels sont les petits-enfants et les arrière-petits-enfants, nés *sui juris* postérieurement au décès de leur aïeul ou bisaïeul, lorsque leur père et leur grand-père, prédécédés à ce dernier, étaient néanmoins en vie au jour de la confection du testament. Une formule imaginée par le jurisconsulte Aquilius Gallus fournit au testateur le moyen d'empêcher la rupture de son testament, en lui permettant l'institution ou l'exhérédation conditionnelle de cet *heres suus* éventuel ; de là son nom de posthume Aquilien (L. 29, pr., § 1, 5, D. *De liberis*, 28-2. — *Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 1) (1).

Les posthumes précédents ont pour caractère commun de naître après la mort du testateur. On mit plus de temps à se préoccuper d'autres héritiers siens qui survenaient *vivo testatore*, et qui n'occasionnaient ainsi qu'un mal ordinairement réparable ; car il restait possible, en principe, de refaire le testament. Cependant n'était-il pas à craindre que le testateur n'eût perdu l'exercice de son droit de tester ; par exemple, qu'il fût devenu fou ? Il fallait donc prévenir cet autre péril, et ce fut l'œuvre de la loi Junia Velléia, rendue en l'an de Rome 763 ou 799.

3° *Posthumes Velléiens*. — Le posthume Velléien est le descendant, d'un degré quelconque, qui naît du vivant du testateur et sous sa puissance immédiate, après la confection du testament. Un premier chef de la loi Junia Velléia permit au père de famille d'instituer ou d'exhéréder cet enfant, bien qu'il ne fût ni *suus heres* ni personne certaine au jour de l'acte ; on lui évitait ainsi la nécessité de refaire son testament (*Ulpien*, R. t. XXII, § 19. — L. 29,

(1) La formule inventée par Aquilius Gallus était ainsi conçue : *Si filius meus, vivo me, morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis, post mortem meam, in decem mensibus proximis quibus filius meus morerelur, natus nata erit, heredes sunto* (L. 29, pr. D. *De liberis*, 28-2).

§ 12, D. *De liberis*, 28-2. — *Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 1).

4° *Posthumes quasi-Velléiens.* — Un second chapitre de la même loi s'occupe des *posthumes quasi-Velléiens* ou *quasi-posthumes;* ce sont les petits-enfants qui, déjà nés lors du testament, mais séparés du testateur par l'intermédiaire de son fils, deviennent héritiers siens de leur aïeul encore vivant, par l'effet d'un événement, mort, émancipation ou tout autre, qui fait sortir leur père de la famille. A la différence des trois classes précédentes de posthumes, on aurait pu les instituer, puisqu'ils étaient personnes certaines; mais l'institution ou l'exhérédation, avant la loi Junia Velléia, ne les aurait pas atteints à titre de *sui heredes* et le testament eût été *ruptum* (L. 29, § 13, D. *De liberis*, 28-2. — *Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 2).

Pour embrasser dans une formule générale les exemples déjà cités et les cas analogues, on entend par posthume ou quasi-posthume toute personne qui, postérieurement au testament, acquiert la qualité de *suus heres*, soit par sa naissance, soit par un fait qui retranche de sa famille un ou plusieurs ascendants intermédiaires. Sa qualité d'héritier sien entraînerait la rupture du testament, si l'on n'avait adouci la rigueur du droit civil, en permettant de l'instituer ou de l'exhéréder à l'avance comme *suus* (L. 28, § 1; L. 29, § 15, D. *De liberis*, 28-2).

Formes de l'institution ou de l'exhérédation des posthumes. — Les formes à suivre, pour l'institution ou l'exhérédation de cette seconde classe d'héritiers siens, furent d'abord empruntées aux *sui heredes* proprement dits; on admettait la différence déjà signalée entre le fils et la fille ou petit-enfant. Mais, dès le temps d'Ulpien, les posthumes ou quasi-posthumes mâles, sans distinction de degrés, doivent être institués ou exhérédés *nominatim.* La disposition peut être collective pour les femmes, pourvu qu'on ait la précaution de leur laisser un legs, si minime qu'il soit, afin de montrer qu'on ne les a pas oubliées, *ne videantur præteritæ per oblivionem* (*Gaius*, II, 131, 132. — *Ulpien*, R. t. XXII, § 21, 22. — *Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.* § 1, 2).

Sanction de l'omission des posthumes. — La sanction est d'ailleurs identique pour tous les posthumes ou quasi-posthumes. L'omission du posthume ne rend pas le testament nul *ab initio;* car il n'y a pas nécessité actuelle d'instituer ou d'exhéréder une personne qui n'est pas *suus heres.* Mais l'agnation ou quasi-agnation d'un posthume, de sexe ou de degré quelconque, entraîne ultérieurement

la chute du testament et en amène la rupture par application d'une règle générale ; *rumpitur testamentum agnatione vel quasi-agnatione heredis sui.* Il suffit que ce nouvel héritier sien naisse vivant, et s'il était institué conditionnellement, que la condition ne se trouve pas accomplie au jour de sa naissance (L. 22, D. *De liberis*, 28-2. — *Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 1 ; t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, § 1). (1).

§ II

Droit prétorien

Comme on vient de le voir, le droit civil ne protège ni les descendants *per feminas*, ni ceux des descendants *per masculos* qui ont perdu la qualité de *sui heredes* avant le jour du testament. La règle ne fléchit jamais à l'égard des descendants par les femmes ; leur omission équivaut à leur exhérédation, et ne leur laisse d'autre remède que la plainte d'inofficiosité. Mais le préteur est venu modifier les anciens principes en faveur de certains descendants *per masculos* qui ont perdu leur qualité d'héritiers siens avant le décès du testateur (*Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 7).

Personnes assimilées aux héritiers siens. — Le droit prétorien confirme d'abord le droit civil et impose au père la nécessité d'instituer ou d'exhéréder *jure prætorio* tous les descendants qui ont le titre d'*heredes sui*. Il assimile de plus aux héritiers siens et posthumes du droit civil tous les descendants par mâles *ex justis nuptiis*, qui n'ont perdu le titre de *suus heres* qu'en vertu d'une *minima capitis deminutio*, et qui ne l'ont pas acquis et conservé dans une autre famille. Tels sont notamment les enfants émancipés par le testateur et non adrogés par un tiers, ou les enfants donnés en adoption, et que l'adoptant a émancipés, etc. (*Ulpien.* R. t. XXVIII § 3. — *Inst.* L. II, t. XIII. *De exh. lib.*, § 3, 4) (2).

(1) Pour que le testament soit annulé par la naissance d'un posthume, Ulpien ne semble pas exiger que l'enfant soit né *viable*, *integer* ; il suffit qu'il soit né vivant, c'est-à-dire qu'il ait respiré (L. 12, § 1, D. *De liberis*, 28-2). Le Code contient cependant une constitution de Justinien, aux termes de laquelle l'enfant devrait venir au monde *perfecte* (L. 3, C. *De postumis*, 6-29. *Conf.* C. C. art. 906).

(2) En vertu de la même règle, le préteur exige encore l'institution ou l'exhérédation : 1° des enfants nés ou conçus du testateur avant sa propre émancipation et qui sont restés *in potestate avi* ; 2° des enfants que le testateur a eus étant en

Formes de l'exhérédation d'après le droit prétorien. — Le préteur faisant une distinction basée sur le sexe exige pour les mâles l'exhérédation nominative, et permet pour les femmes l'exhérédation *inter cæteros*. Envers les uns et les autres, il reconnaît d'ailleurs la validité d'une institution subordonnée à une condition même casuelle. Alors de deux choses l'une, ou la condition est défaillie lors du décès ou elle est encore en suspens; dans le premier cas, l'enfant a droit à la *bonorum possessio contra tabulas;* dans le second cas, on lui accorde la *bonorum possessio secundum tabulas*, sauf à la transformer par la suite en *bonorum possessio contra tabulas* si la condition vient à défaillir plus tard (L. 3, § 12, 13, 14, D. *De bon. poss. cont. tab.*, 37-4. — *Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 3).

Sanction de l'exhérédation d'après le droit prétorien. — L'omission des héritiers siens ou des descendants que le préteur leur assimile n'a pas directement pour conséquence, *jure prætorio*, d'entraîner la nullité du testament ; le préteur ne peut accorder aux descendants omis que la *bonorum possessio contra tabulas*. Mais en vertu de règles qui seront expliquées ailleurs, cette *bonorum possessio* ne se défère qu'aux ayants droit vivants et capables lors du décès du testateur ; de plus, elle ne leur est pas acquise *ipso jure*, et nécessite une demande dans un délai déterminé. Il est donc possible que le testament conserve son effet, par suite du prédécès, de l'incapacité ou de la renonciation de l'enfant omis (L. 3, § 10, D. *De bon. poss. cont. tab.*, 37-4. — L. 2. pr. D. *De bon. poss. sec. tab.*, 37-11).

L'inégalité que le droit civil avait établie entre le fils et les autres descendants n'existait pas, en principe, dans le système prétorien ; car la *bonorum possessio contra tabulas* faisait réputer le testateur intestat, et les personnes omises prenaient la part qu'elles auraient eue comme héritiers légitimes, sans la charge des legs. Antonin le Pieux restreignit le bénéfice de la *possessio contra tabulas*, obtenue par les filles, à la portion que leur eût procurée le *jus accrescendi* civil ; d'où il suit qu'elles enlèvent une part virile aux *sui* et qu'elles ne prennent que la moitié aux *extranei;* elles durent aussi contribuer à l'acquittement des charges testamentaires (*Gaius*, II, 125 126. — L. 4, C. *De liberis*, 6-28).

En résumé, tandis que l'omission des descendants mâles d'un degré quelconque rend le testament tout à fait inexécutable, l'omission

puissance de son père et que celui-ci a émancipé en le retenant lui-même *in patria potestate* (L. 6, § 2 ; L. 7. D. *De bon. poss. cont. tab.*, 37-4).

des femmes le laisse debout et diminue seulement la part des institués.

§ III

Droit de Justinien.

Justinien vint encore modifier la théorie de l'exhérédation en la ramenant à des règles d'une grande simplicité.

Personnes qui doivent être exhérédées. — Quant aux descendants qu'il est nécessaire d'instituer ou d'exhéréder, l'Empereur consacre la théorie prétorienne. Seulement l'omission de l'enfant adopté par un *extraneus* est désormais permise à l'adoptant tandis qu'elle est défendue au père naturel; cette unique réserve dérive de l'innovation qui maintient cet enfant dans sa famille originaire (*Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 5, *in fine*. — *Suprà*, p. 69.)

Formes de l'exhérédation. — L'exhérédation doit toujours être *nominative* quel que soit le degré ou le sexe des descendants, l'exhérédation collective ou *inter cæteros* est prohibée dans tous les cas (*Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 5, *in medio*).

Sanction de l'exhérédation. — L'omission ou l'exhérédation irrégulière entraîne toujours la nullité immédiate du testament ; cette nullité est même définitive en ce sens que le prédécès du descendant omis ne validerait pas le testament. Justinien consacra en effet la doctrine Sabinienne que le préteur avait cependant abandonnée (*Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, pr., § 5).

SECTION DEUXIÈME

PLAINTE D'INOFFICIOSITÉ.

(*Inst.* L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*)

La théorie de l'exhérédation était sans doute une restriction apportée par la jurisprudence à la toute-puissance que la loi Décemvirale avait reconnue au testateur. Mais elle n'était ni assez énergique ni assez large : elle n'était pas assez *énergique* puisqu'en définitive elle n'aboutissait qu'à une simple formalité ; elle n'était pas assez *large* puisqu'elle ne protégeait que les descendants en puissance ; encore même ne pesait-elle pas sur la mère ni sur les ascendants maternels (*Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 7).

La liberté de tester reçut une plus grave atteinte de la *querela*

inofficiosi testamenti. On appelle *inofficiosum* tout ce qui est contraire aux *officia*, c'est-à-dire aux devoirs du sang ou de la reconnaissance. Par conséquent, le *testamentum inofficiosum* est un testament conforme aux principes du droit civil, mais qui viole les sentiments de la piété entre parents ; c'est la définition qu'en donne le jurisconsulte Paul : *inofficiosum dicitur testamentum, quod, frustra liberis exheredatis, non ex officio pietatis videtur esse conscriptum* (*Paul.*, S. L. IV, t. V, § 1).

La *querela inofficiosi testamenti* constitue donc une action en rescision du testament, ouverte à certains héritiers *ab intestat* que le testateur a dépouillés dans une forme régulière, mais sans motifs sérieux.

La *querela* eut sa source dans un progrès des mœurs et fut d'origine coutumière ; aucune loi formelle ne l'établit (1). Les jurisconsultes, forcés de prendre un détour, la fondèrent sur le prétexte qu'un testament réprouvé par la nature est nécessairement l'œuvre de la folie : *hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent*. Mieux aurait valu se contenter de la justification morale d'une telle institution, que d'en alléguer un motif juridiquement inacceptable ; car le testament d'un fou serait nul de plein droit, tout entier, et sans retour, tandis que l'inofficiosité le rend seulement annulable, quelquefois même pour partie (*Inst*. L. II, t. XVIII, *De inoff. test.* pr.).

La *querela inofficiosi testamenti* était déjà connue et pratiquée au temps de Cicéron (*In Verrem*, II; 42) (2).

§ I

Conditions de la plainte d'inofficiosité.

Le droit d'intenter la *querela* est subordonné à trois conditions précises. Il faut d'abord que le réclamant appartienne à une certaine catégorie d'héritiers ab intestat particulièrement favorisés et qui s'appellent héritiers *légitimaires*. Il faut, en second lieu, qu'il

(1) Certains commentateurs, et parmi eux Cujas, ont cru à tort que la *querela inofficiosi testamenti* dérivait d'une certaine loi *Glitia ;* ils se sont uniquement fondés, sans autre preuve, sur l'inscription d'un fragment de Gaïus, la loi 4. D. *De inoff. test.*, 5-2, qui porte : *Ad legem Glitiam* (Cujas, *Opera omnia*, t. IV, p. 365).

(2) La théorie de la plainte d'inofficiosité est assurément l'une des plus importantes et des plus intéressantes du droit romain, car on y retrouve l'origine et le germe de notre réserve héréditaire *Conf.* C. C. art. 913-930).

ait été exclu sans raison sérieuse et qu'il n'ait pas reçu par acte de dernière volonté le quart au moins de sa part héréditaire ab intestat. Il faut enfin qu'il ne trouve, soit dans la législation civile, soit dans la législation prétorienne, aucune autre voie pour obtenir sa *légitime*.

I. — **Qualité de légitimaire.** — La première condition c'est d'avoir une vocation à l'hérédité *ab intestat*, dans une classe déterminée.

Quiconque n'a pas de vocation à l'hérédité *ab intestat* est sans intérêt à réclamer, contre le testament, une succession qu'il ne doit pas recueillir; en termes plus nets, il ne peut se prétendre dépouillé. Mais que la vocation soit civile ou prétorienne, qu'on agisse en qualité d'héritier du droit civil ou de *bonorum possessor*, il n'importe (L. 6, § 1, D. *De inoff. test.*, 5-2).

Du reste, tous les héritiers *ab intestat* ne sont pas sur la même ligne, et la *querela* n'appartient qu'à trois classes de successibles : 1° aux descendants; 2° aux ascendants; 3° aux frères et sœurs, sous certaines restrictions (*Inst.* L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 1. — *Conf.* C. C. art. 913, 915, 916).

1° *Descendants*. — Le droit de faire tomber le testament comme inofficieux appartient d'abord aux descendants du testateur quel que soit leur degré et quel que soit leur sexe (*Inst.* L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, pr.)

La progression historique de l'institution offre ici trois degrés faciles à discerner. Il est très probable que la plainte d'inofficiosité fut créée dans l'intérêt unique des héritiers siens du droit civil, régulièrement exhérédés; on y vit une conséquence logique de leur copropriété dans les biens paternels. Plus tard, quand le préteur eut étendu la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation à tous les descendants *per masculos*, la plainte d'inofficiosité leur fut donnée sans distinction, indépendamment du titre *d'heredes sui*; on ne considérait déjà plus la *patria potestas* comme la cause unique des devoirs du père, on les faisait aussi dériver des liens du sang. Enfin, dans une période certainement postérieure, furent admis à la *querela* les descendants omis par un ascendant qui n'avait pas l'obligation civile ou prétorienne de les instituer ou de les exhéréder, c'est-à-dire par la mère, par un ascendant maternel de l'un ou de l'autre sexe, et par une ascendante paternelle (*Inst.* L, II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 7; t. XVIII, *De inoff. test.*, pr. § 1).

Dès lors la *querela* se fonde également, pour tous les descendants,

non sur un droit de copropriété, mais sur un titre naturel de préférence injustement méconnu.

2° *Ascendants*. — Les ascendants omis par leurs descendants ont également le droit de se prévaloir de la *querela inofficiosi testamenti*. De même que le testateur viole l'*officium pietatis* en n'instituant pas son descendant, de même il y contrevient en omettant son ascendant; la *querela* ne peut s'expliquer ici que par cette relation mutuelle de devoirs (L. 15, pr. D. *De inoff. test.*, 5-2. — *Inst.* L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 1).

Il faut d'ailleurs supposer que le descendant testateur était *sui juris;* car autrement il n'aurait eu la faculté de tester que *de peculio castrensi*, et le testament échapperait à la plainte d'inofficiosité, parce que ce pécule ne fait pas l'objet d'une succession *ab intestat* (L. 10, D. *De castrensi pecul.*, 49-17) (1).

3° *Frères et sœurs*. — Enfin la plainte d'inofficiosité appartient encore aux frères et sœurs du défunt, mais seulement dans un cas unique. A l'époque classique, les frères et sœurs utérins ne participaient pas à la *querela;* le droit de l'intenter leur fut accordé par Justinien qui ne fait aucune distinction entre les frères et sœurs (L. 27, C. *De inoff. test.*, 3-28. — *Novelle* 118).

Toutefois, la plainte d'inofficiosité ne fut admise, pour cette troisième catégorie de successibles, qu'autant que l'institué était une *persona turpis*, c'est-à-dire une personne notée d'*infamia* ou dont l'*existimatio* ne semblait pas intacte; tels étaient : les affranchis, les comédiens et les *feminæ probosæ*. Cette grave différence, entre les parents en ligne directe et les collatéraux du premier degré, date probablement de Constantin, bien qu'on en relève des traces dans quelques textes du Digeste sans doute interpolés (L. 27, C. *De inoff. test.*, 3-28. — *Inst.* L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 1).

Dévolution de la querela. — Chaque fois qu'il y a dévolution de l'hérédité *ab intestat* au profit d'une des personnes des trois classes favorisées, il y a aussi dévolution de la *querela*. Par exemple, un fils émancipé meurt, en laissant son père et des enfants tous exhérédés; c'est à ces derniers qu'appartient la plainte d'inofficiosité contre son testament; mais s'ils y renoncent ou s'ils y échouent, elle passe au père (L. 14; L. 31, D. *De inoff. test.*, 5-2).

(1) Pomponius exprime très exactement cette idée en disant : *Constat ne patribus aliquid ex castrensibus bonis filiorum deberi* (L. 10. D, *De cast. pec.*, 49-17).

II. — **Défaut de la quarte.** — Une deuxième condition doit se joindre à la qualité de légitimaire.

Il faut que, sans raison sérieuse, le successible n'ait pas reçu, par acte de dernière volonté, le quart au moins de sa part héréditaire *ab intestat*. En appliquant ce principe aux descendants, on constate que l'ascendant ne peut jamais leur enlever plus des trois quarts de son patrimoine, et que, s'il y en a plusieurs, le partage d'un quart doit être fait entre eux selon les proportions légales (*Inst.* L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 7).

Le soin de prouver que l'exhérédation ou l'omission ne s'explique par aucun motif justifiable, et se trouve dès lors imméritée ou inique, incombe toujours au réclamant, d'après la règle générale de procédure : *actori incumbit probatio* (L. 28, C. *De inoff. test.*, 3-28) (1).

Les causes légitimes d'exhérédation ou d'institution ne sont d'ailleurs indiquées limitativement par aucun texte, et le juge, libre appréciateur en fait, pèsera les motifs de la sévérité du testateur (L. 11 ; L. 19, C. *De inoff. test.*, 3-28).

Le quart dû par le testateur s'appelle *quarta legitimæ partis*, plus simplement *quarta legitima*, ou *quarta*, ou *legitima ;* de là viennent les expressions modernes de *légitime* et de *légitimaire*. La loi s'est arrêtée à ce chiffre, parce que le testateur, en instituant le successible, aurait pu le grever de legs jusqu'à concurrence des trois quarts de l'institution, et ne lui laisser ainsi qu'un quart de sa part héréditaire *ab intestat*, suivant la loi Falcidie. Or, l'exhérédation ne saurait lui être plus favorable que ne l'eût été l'institution. La quarte légitime dérive donc de la quarte Falcidie ; aussi se calcule-t-elle de la même manière, et d'après les mêmes bases sur l'actif net des biens laissés au jour du décès, déduction faite des dettes, des frais funéraires et de la valeur des esclaves affranchis par testament. Elle disparaît, en conséquence, lorsque l'hérédité est insolvable (*Paul*, S. L. IV, t. V, § 6, — L. 6, C. *De inoff. test.*, 3-28) (2).

Le légitimaire doit recevoir sa quarte par acte de dernière vo-

(1) On a prétendu, en se fondant sur une constitution de Constantin mal interprétée, que l'ascendant omis qui veut intenter la *querela* contre le testament de son descendant n'a rien à prouver ; ce serait alors à l'héritier institué à établir que l'exclusion de l'ascendant repose sur des motifs sérieux et suffisants (L. 28, C. *De inoff. test.*, 3-28). Mais, cette doctrine démentie par tous les principes n'a pas prévalu.

(2) Les biens donnés entre-vifs ne rentrent pas dans le calcul de la quarte légitime (*Contrà*, C. C. art. 922).

lonté, c'est-à-dire par testament (*institution*, *legs*, *fidéicommis*), ou par donation à cause de mort. Les libéralités entre-vifs dont le testateur peut l'avoir gratifié, fussent-elles supérieures à la quarte, ne lui enlèvent pas la faculté d'intenter la *querela;* car les biens ainsi donnés n'entrent pas dans la masse dont le quart lui est dû. Le donateur aurait beau déclarer formellement que la libéralité entre-vifs s'imputera sur la quarte ; la plupart des jurisconsultes classiques, les Constitutions impériales et Justinien ne tiennent pas compte de cette condition, par le motif que la renonciation du légitimaire à la *querela* ne serait pas entièrement libre (L. 25, pr. D. *De inoff. test.*, 5-2; L. 16, D. *De suis et legit.*, 38-16. — *Paul*, S. L. IV, t. V, § 8. — L. 35, C. *De inoff. test.*, 3-28).

Cependant plusieurs exceptions furent apportées à cette règle ; Zénon décida que les donations *dotis causa* et les donations *propter nuptias* s'imputeraient sur la quarte ; Justinien en fit autant pour les donations, *ad emendam militiam*, c'est-à-dire destinées à l'acquisition d'une charge militaire (L. 29 ; L. 30, C. *De inoff. test.*, 3-28. — *Inst.* L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 6).

Supplément de quarte. — Si le défunt avait voulu laisser la quarte, et qu'en fait, il eût laissé moins, le droit classique admettait quand même la *querela* pour le tout. Depuis Constantin, le testateur dispose en pleine sécurité, quand il ordonne expressément que la légitime, en cas d'insuffisance, sera complétée *boni viri arbitratu.* Mais Justinien fait un pas de plus et sous-entend la clause *ut quarta boni viri arbitratu repleretur* dans toutes les libéralités testamentaires ou qui s'imputent sur la quarte. Dès lors, l'attribution au légitimaire d'une portion quelconque de la succession, fût-ce le plus petit legs, suffit à lui fermer l'accès de la *querela;* il n'a plus que la faculté de réclamer le complément de sa *quarta legitimæ partis*, par une action purement personnelle, la *condictio ex lege* (L. 1, D. *De cond. ex lege*, 13-2. — L. 30, C. *De inoff. test.*, 3-28. — *Inst.* L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 3) (1).

III. — **Impossibilité d'un autre recours.** — La *querela inofficiosi*

(1) Les différences sont très importantes entre la *querela* et la *condictio ex lege* donnée ici pour obtenir le supplément de la quarte. En effet, la *querela inofficiosi testamenti* est une action réelle, s'éteignant après un délai très bref, généralement intransmissible et dont l'insuccès fait perdre au légitimaire les libéralités qu'il a reçues du défunt. La *condictio ex lege*, au contraire, est une action personnelle, perpétuelle, transmissible et qui, dans l'hypothèse d'un échec, laisse intactes les dispositions testementaires faites au profit du successible.

testamenti est un remède extrême ; elle suppose, comme troisième et dernière condition, le défaut de toute autre voie, soit civile, soit prétorienne, ouverte au légitimaire pour obtenir le quart au moins de sa part héréditaire *ab intestat* (*Inst.* L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 2).

Ainsi, quand le testament se trouve nul, *injustum*, ou délaissé par les institués, *destitutum*, la *querela* est refusée au successible qui peut venir en qualité d'héritier légitime. On la refuse également à l'adrogé impubère et exhérédé qui est en droit de réclamer la quarte Antonine (*Suprà*, p. 65). Toujours, par application du même principe, la plainte d'inofficiosité est encore inaccessible aux descendants omis qui ont la ressource du *jus accrescendi* ou qui peuvent invoquer la *bonorum possessio contrà tabulas* (L. 8, § 10 ; L. 23, pr. D. *De inoff. test.*, 5-2).

§ II

Nature et effets de la plainte d'inofficiosité.

I. — **Nature.** — La plainte d'inofficiosité, par sa nature juridique, se rapproche à la fois et de l'action d'injure et de la pétition d'hérédité.

Elle se rapproche de l'*actio injuriarum* par sa cause ; car le légitimaire qui a été injustement exclu par le testateur se plaint en quelque sorte d'une injure qui lui a été faite. Aussi, la *querela* n'est-elle ouverte au successible qu'à défaut de tout autre moyen ; de plus cette action s'éteint, ainsi qu'on le verra, par tous les faits qui d'ordinaire éteignent l'action d'injure.

Mais considérée dans son but, la *querela* est une véritable pétition d'hérédité, puisqu'elle a pour objet de rendre le testateur *intestatus* et de procurer la succession au réclamant ; aussi rentre-t-elle dans la compétence du tribunal des Centumvirs. Cependant, à la différence de la pétition d'hérédité ordinaire, qui est ouverte contre quiconque possède *pro herede* ou *pro possessore*, la *querela* ne s'intente qu'envers un possesseur à titre d'institué. En outre, quand l'institué a demandé la *bonorum possessio secundùm tabulas*, le légitimaire n'arrive à la *querela* qu'en demandant la *bonorum possessio contrà tabulas* (L. 17, D. *De inoff. test.*, 5-2. — L. 2, C. *De inoff. test.*, 3-28).

II. — **Effets.** — La *querela inofficiosi testamenti* produit un effet général qui est de faire tomber le testament et de faire ouvrir, quand elle réussit, la succession *ab intestat*. Mais pour étudier en détail les conséquences pratiques de cette action, on doit distinguer suivant que le *querelans* échoue ou triomphe.

Echec de la querela. — Lorsque le légitimaire succombe, le testament s'exécute ; il n'y a pas lieu à l'ouverture de la succession *ab intestat*. Seulement, pour punir le *querelans* d'avoir voulu faire tomber le testament sans raison suffisante, on lui enlève tout ce qu'il aurait pu retirer du testament, legs, fidéicommis, quartes Falcidie ou Pégasienne. Ces avantages lui sont confisqués pour indignité, et le fisc en profite à sa place, s'il n'y a substitution. Toutefois cette déchéance ne frappe que le *querelans* qui a lui-même, de son chef et pour son compte, intenté la poursuite injuste et qui y a persisté jusqu'au bout. Si donc un tuteur introduit la plainte au nom de son pupille, si l'héritier du réclamant continue l'action, si le demandeur se désiste ou fait défaut, on écarte la confiscation (L.. 8, § 14; L. 22, § 2, 3, D. *De inoff. test.*, 5-2. — *Inst.* L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 5).

Succès de la querela. — Lorsqu'elle triomphe, la plainte d'inofficiosité amène la rescision totale ou partielle du testament.

Rescision totale. — La sentence du juge emporte de plein droit rescision totale, quand un seul légitimaire agit contre un seul institué, ou contre plusieurs institués qui succombent tous. Dans ce cas, il y a ouverture de la succession *ab intestat*. Le légitimaire en est saisi *ipso jure*, parce qu'il ne saurait répudier une hérédité qu'il a demandée ; conséquemment, soit à titre d'héritier, soit à titre de *bonorum possessor*, soit en l'une et l'autre qualité, il succède à tout l'actif et à tout le passif (L. 8, § 16, D. *De inoff. test.*, 5-2).

Comme corollaire de la même idée, les affranchissements et les legs contenus dans le testament sont non avenus ; bien que ni les affranchis ni les légataires n'aient été mis personnellement en cause, on les considère comme représentés par l'institué. C'est une application rigoureuse de la règle qui fait dépendre de l'institution toutes les dispositions testamentaires ; mais, c'est en même temps une dérogation au principe fort équitable qui restreint l'autorité de la chose jugée aux parties en cause. Pour éviter cependant une collusion frauduleuse entre le *querelans* et l'institué, on permet aux intéressés, légataires ou affranchis, d'intervenir dans l'instance ou d'interjeter appel de la sentence qui ruine le testament. D'ailleur, on n'annule ni les affranchissements ni les legs, quand l'institué a fait défaut (L. 17, § 1 ; L. 29, D. *De inoff. test.*, 5-2 ; L. 9, § 14; L. 14, D. *De appel.*, 49-1).

Du reste, la rescision n'a pas d'effets rétroactifs. Les acquisi-

tions réalisées *interim* par l'esclave héréditaire appartiennent à l'institué, qui s'en trouve seulement débiteur envers le légitimaire. De même, si l'héritier testamentaire a payé des legs, le payement a transféré la propriété aux légataires; mais ils sont, après la chute du testament, tenus de la *condictio indebiti*. Cette action est ouverte à l'institué lui-même, quand, à raison de son imprudence, il doit compte au légitimaire des valeurs employées. Elle est donnée *utiliter* au légitimaire, quand l'institué a payé les legs sans imprudence, et par suite sans responsabilité (L. 8, § 16, D. *De inoff. test.*, 5-2 ; L. 32 ; L. 33 ; D. *De hered. petit.*, 5-3) (1).

Rescision partielle. — La rescision peut n'être que partielle. Ce résultat se produit notamment, lorsque la *querela* est intentée contre plusieurs institués dont les uns l'emportent et les autres succombent, lorsqu'un seul de plusieurs légitimaires soulève la plainte, ou lorsqu'un testateur, en omettant son frère, a institué deux personnes, l'une *honesta*, l'autre *turpis*, etc. (L. 15, § 2; L. 24; L. 29; D. *De inoff. test.*, 5-2).

Dans tous les cas, le *querelans* devient le cohéritier de celui des institués qui n'est pas exclu. De là résultent l'indivision des choses corporelles et le partage de plein droit des créances et des dettes. Les legs sont réduits proportionnellement à la part héréditaire du *querelans*. Quand l'objet en est indivisible, on tourne la difficulté; s'agit-il d'affranchissements, ils restent intacts, à la charge pour les affranchis de payer au légitimaire la valeur du droit de propriété qu'il aurait eu sur eux ; s'agit-il de servitudes, elles ne sont pas ordinairement constituées, mais l'héritier testamentaire est tenu de fournir une indemnité proportionnelle au légataire (L. 15, § 2, D. *De inoff. test.*, 5-2 ; L. 76, pr., D. *De legatis*, 2°, 31 ; L. 29, D. *De except. rei jud.*, 44-2) (2).

Il semble que l'hypothèse de la rescision partielle du testament déroge à la grande règle : *Nemo partim testatus, partim intestatus, decedere potest*. Peut-être doit-on penser que cette maxime fléchissait toutes les fois que le concours des deux ordres d'héritiers n'était pas l'œuvre du testateur et provenait d'événements indépendants de sa volonté.

(1) L'héritier institué aurait par exemple commis une imprudence et, par suite, aurait engagé sa responsabilité s'il avait payé les legs au cours du procès intenté contre lui par le *querelans*.

(2) Le légitimaire reste cependant libre d'établir la servitude prédiale moyennant

§ III

Extinction de la plainte d'inofficiosité.

La *querela* se fondant sur une espèce d'injure, infligée par le testateur à son proche parent qu'il a omis ou déshérité sans raison sérieuse, il en résulte qu'à l'exemple de l'*actio injuriarum* elle disparaît ordinairement à la suite de tout fait qui prouve ou laisse présumer le pardon, c'est-à-dire l'abandon de l'action. On peut ramener à trois les causes d'extinction : la mort du légitimaire, l'expiration d'un certain délai et la renonciation.

1° *Mort du querelans.* — La mort du légitimaire éteint en principe l'action; cependant ses héritiers sont admis à poursuivre la *querela*, s'il l'avait intentée et poussée jusqu'à la *litis-contestatio ;* ils peuvent de plus, par dérogation aux règles ordinaires de l'action d'injures, l'introduire eux-mêmes dans l'hypothèse où leur auteur avait le projet certain de la former, *jam præparata controversia.* Justinien décide que le légitimaire mort dans les délais accordés à l'institué pour délibérer transmettra toujours son action à ses héritiers en ligne descendante (L. 6, § 2 ; L. 7, D. *De inoff. test.*, 5-2. — L. 34; L. 36, § 2, C. *De inoff. test.*, 3-28).

2° *Expiration d'un certain délai.* — La *querela* s'éteint en second lieu par l'expiration d'un certain délai; ce délai d'abord fixé à deux ans fut ensuite porté à cinq ans. A cet égard, la plainte d'inofficiosité l'emporte encore sur l'action d'injures, qui est annale. Le délai court, non de l'instant du décès, comme le voulait Modestin, mais du jour seulement de l'adition; Justinien consacre en ce point l'opinion plus logique d'Ulpien (L. 9, D. *De inoff. test.*, 5-2. — L. 36, § 2, C. *De inoff. test.*, 3-28).

Du reste, pour abréger l'incertitude, l'Empereur exige en même temps que l'institué prenne un parti dans les six mois du décès, s'il habite la même province que le *querelans*, au cas contraire, dans l'année (L. 16; L. 36, § 2, C. *De inoff. test.*, 3-28) (1).

une indemnité que lui paiera le légataire ; cette offre ne peut pas être refusée (L. 76, p. D. *De legatis*, 2°, 31).

(1) Les textes nous apprennent que le légitimaire peut exceptionnellement se faire relever de la déchéance résultant de l'expiration du délai de cinq ans, pourvu qu'il puisse invoquer des motifs graves et sérieux, *magna et justa causa.* Mais alors, les affranchis conservent la liberté qu'ils tenaient du testament, sauf à payer chacun vingt aurei (soit environ 400 fr. de notre monnaie) au légitimaire (L. 8, § 17, D. *De inoff., test.* 5-2).

3° *Renonciation.* — L'action peut encore s'éteindre par la renonciation c'est-à-dire par tout acte qui implique de la part du légitimaire l'intention d'abdiquer son droit ; la renonciation est expresse ou tacite. Elle est parfois *expresse*, notamment quand le légitimaire écrit sur le testament qu'il renonce à l'attaquer (L. 31, § 4, D. *De inoff. test.*, 5-2).

Le plus souvent elle est *tacite* et résulte d'actes très divers, par exemple, d'un désistement de l'instance déjà engagée, ou de tout acte qui implique adhésion au testament. Telle serait l'acceptation que ferait le légitimaire d'un legs ou de toute autre libéralité laissée par le testateur, pourvu qu'il la recueillît dans son propre intérêt ; car il est bien évident qu'un tuteur exhérédé par son père ne perd pas, en acceptant un legs adressé au pupille, le droit d'intenter la *querela* pour son compte personnel. Il y aurait encore renonciation tacite opposable au légitimaire si celui-ci soutenait à titre d'avocat ou de *procurator ad litem* la demande d'un légataire dirigée contre l'héritier institué (L. 8, § 1 ; L. 23, § 1 ; L. 32, pr. D. *De inoff. test.*, 5-2. — *Inst.* L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 4).

On peut se demander si les causes d'extinction de la plainte d'inofficiosité s'appliquent à l'action en complément de la quarte. L'affirmative est certaine pour la renonciation ; quant aux autres, aucun texte ne s'en explique, et l'on ne doit pas étendre une déchéance par induction.

§ IV

Droit des Novelles.

Après la promulgation des Institutes et du Code, Justinien modifia la théorie du testament inofficieux sur quatre points essentiels : 1° au point de vue de la quotité de la légitime ; 2° relativement à la manière dont le légitimaire doit recevoir sa quarte ; 3° au point de vue de la détermination des causes d'exhérédation ; 4° enfin, quant aux effets de la *querela*.

1° *Quotité de la légitime.* — Le chiffre de la légitime est augmenté, au moins en faveur des enfants, il est fixé à la moitié de la succession lorsqu'ils sont plus de quatre, au tiers dans le cas contraire. Un enfant unique peut donc avoir une légitime égale à celle de quatre enfants ensemble ; de plus s'il y a cinq enfants, chacun d'eux aura un dixième, tandis que, si l'on en suppose quatre, la part virile ne sera que d'un douzième. Cette combinai-

son est évidemment défectueuse. Elle laisse d'ailleurs irrésolues d'assez graves questions; ainsi les petits enfants d'un fils prédécédé sont-ils comptés par têtes, ou pour un seul ? la légitime des ascendants est-elle portée au tiers, ou maintenue à l'ancien taux ? Justinien aurait bien dû s'en expliquer (*Novelle* 18, ch. 1. — *Conf.* C. C. art. 914) (1).

2° *Nature de la légitime.* — La légitime ne peut arriver à l'enfant par une disposition *mortis causâ* quelconque. Il faut absolument l'instituer, ne fût-ce que pour un objet particulier; alors il réclamera le complément, non plus par une action personnelle, mais par une véritable pétition d'hérédité, puisqu'il doit avoir sa quotité à titre d'héritier. Cette innovation n'est pas toujours avantageuse à l'enfant ; car elle le soumet nécessairement aux embarras de la succession, que le testateur était maître auparavant de lui épargner en lui laissant la quarte par legs (*Novelle* 115, ch. 3-4).

3° *Indication des causes d'exhérédation.* — Les causes justificatives de l'exhérédation ou de l'omission sont enlevées à l'appréciation du juge et limitativement énumérées par Justinien ; il y en a quatorze pour les descendants, huit pour les ascendants, trois pour les frères et sœurs. Le testament doit toujours en préciser une à l'appui de l'exclusion prononcée par le disposant (*Novelle* 22, ch. 47; 115, ch. 3-4).

4° *Effets de la querela.* — La rescision du testament n'entraîne plus que la chute de l'institution, sans ébranler les legs ni les autres dispositions testamentaires ; le *querelans* devient pour ainsi dire héritier à la place de l'institué (*Novelle* 115, ch. 3, § 14).

APPENDICE

EXTENSION DE LA PLAINTE D'INOFFICIOSITÉ AUX DONATIONS.

Comme on vient de le voir, la légitime n'était due que sur l'hérédité, c'est-à-dire sur les biens laissés au décès. Le propriétaire pouvait donc, en abusant des libéralités entre-vifs, dépouiller impunément les légitimaires (*Contrà*, C. C. art. 920 et s.).

Un premier correctif fut apporté à cet abus par la loi Cincia ; mais ce tempérament était insuffisant pour plusieurs motifs.

(1) L'opinion généralement dominante enseigne que les petits-enfants doivent compter pour une seule tête et que la légitime des ascendants doit être portée au tiers.

D'abord le donateur n'avait qu'à multiplier indéfiniment le nombre des donations inférieures au *modus legis Cinciæ* pour absorber tout son patrimoine. Ensuite, il n'avait qu'à adresser ses libéralités aux *personæ exceptæ*, elles devenaient ainsi inattaquables. Enfin, il lui suffisait de persévérer dans son intention de donner, jusqu'à sa mort, pour enlever tout recours à ses héritiers (*F. V.* § 259, 299 et s. — *Suprà*, p. 230).

La loi Cincia ne protégeant pas d'une manière assez énergique la famille du disposant, on imagina une autre mesure de protection. On permit aux ascendants et descendants de poursuivre la rescision des donations qui les frustraient injustement de leur quarte héréditaire. Cette action empruntée à la théorie de la *querela inofficiosi testamenti* paraît avoir été créée par un rescrit de l'empereur Alexandre Sévère. Elle s'intente *ad exemplum inofficiosi* et les donations atteintes par la rescision s'appellent donations inofficieuses (L. 87, § 3, D. *De legatis*, 2°, 31).

La rescision peut être demandée sans distinguer si le disposant a laissé ou n'a pas laissé de testament ; d'ailleurs, elle n'aboutit pas nécessairement à l'anéantissement complet de la donation, elle n'est accordée que jusqu'à concurrence de la quarte.

Du reste, la *querela inofficiosæ donationis* tire la plupart de ses règles de la théorie du testament inofficieux. C'est ainsi qu'elle n'appartient qu'aux légitimaires; c'est encore ainsi qu'elle n'est admise qu'à défaut de toute autre voie de droit. Enfin, elle suppose seulement le préjudice et n'exige pas la fraude de la part du donateur (*F. V.* § 280, 281, 282. — L. 4. C. *De inoff. don.*, 3-29)(1).

(1) Quelques interprètes, se fondant sur le § 270 F. V. qui suppose une donation faite *in fraudem filiorum*, ont émis la pensée que la rescision des donations inofficieuses exigeait la fraude. Une pareille théorie est inadmissible, elle trouve sa condamnation dans un texte qui permet à l'enfant de demander la rescision des donations antérieures à sa naissance ; or il est évident que le père ne pouvait avoir à ce moment ancune pensée frauduleuse. Quant à l'expression, *in fraudem*, on sait qu'elle n'a pas un sens bien précis, souvent elle désigne simplement le *préjudice* (L. 5, C. *De inoff. donat.*, 3-29. — *Inst.* L, I, t. VI, *Qui quibus ex causis man.*, § 3).

CHAPITRE XLIII

CAUSES QUI ANNULENT UN TESTAMENT RÉGULIER.

(*Inst.* L. II, t. XVII, *Quibus mod. test. inf.*)

Le testament est régulier, *justum*, *jure factum*, lorsqu'il réunit toutes les conditions de forme et de fond. Dans le cas contraire, il est nul, *injustum*, *non jure factum*, quelquefois *imperfectum*.

Un testament régulier au début peut devenir inutile par des causes diverses.

Tantôt il manque son effet sans perdre sa validité, notamment par le prédécès ou la répudiation de l'institué, par la défaillance de la condition mise à l'institution, etc. On l'appelle alors *destitutum* (*Ulpien*, R. t. XXIII, § 4. — *Inst.* L. II, t. XVII, *Quibus mod. test. inf.* pr. — *Conf.* C. C. art. 1043).

Tantôt il manque son effet en perdant sa validité. Un tel testament, devenu nul après coup, reçoit la qualification de *ruptum* ou d'*irritum;* ces deux termes sont techniques et s'appliquent à des hypothèses distinctes (*Inst.* L. II, t. XVII, *Quibus mod. test. inf.*, § 5).

§ I

Testamentum ruptum.

Le testament est *ruptum* en général, quand l'inefficacité dérive d'une cause étrangère à l'héritier et qui ne modifie en aucune manière l'état ou la capacité du testateur, *in eodem statu manente testatore* (*Inst.* L. II, t. XVII, *Quibus mod. test. inf.*, § 1).

La rupture a lieu dans deux circonstances distinctes : 1° par la survenance d'un héritier sien; 2° par la confection d'un testament postérieur (*Ulpien*, R. t. XXIII, § 2).

I. — **Survenance d'un héritier sien.** — La survenance d'un héritier sien, *agnatio*, amène la rupture du testament, parce qu'en le supposant investi de cette qualité lors de la confection, il aurait fallu l'instituer ou l'exhéréder, et que sa venue tardive ne doit pas lui nuire. On connaît déjà la rigueur des anciens principes sur ce point, ainsi que la théorie qui finit par donner au testateur le moyen de prévenir le plus souvent la chute du testament par

l'institution ou l'exhérédation des posthumes ou quasi-posthumes (*Gaius*, II, 138, 243. — *Suprà*, p. 573).

Si les Institutes reviennent ici sur la doctrine de l'*agnatio heredis sui* qui paraissait épuisée, c'est pour signaler une hypothèse où le danger redouble. En effet, la survenance d'un enfant adoptif, sans être la seule cause qui rompe le testament, rend au moins ce résultat plus certain que dans toute autre hypothèse. Le testateur peut bien exhéréder par avance les héritiers siens qui lui naîtront, mais non ceux qui lui viendront par adoption; autrement dit, il ne peut les dépouiller d'un droit qui leur est encore tout à fait étranger. Les jurisconsultes classiques, en revanche, attachent à l'institution antérieure de l'adopté l'effet préventif que n'a pas son exhérédation, et ne voient pas une cause de rupture dans l'adoption de l'institué (L. 23, § 1, D. *De liberis*, 28-2. — *Inst.* L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, § 1).

II. — **Confection d'un testament postérieur.** — Un changement de volonté, fût-il hors de doute, ne suffit pas à révoquer un testament ; car la révocation est une disposition nouvelle qui change la personne de l'héritier, et peut-être la nature de l'hérédité. Cette règle générale est confirmée par une décision de l'empereur Pertinax, conforme à plusieurs rescrits de Sévère et d'Antonin sur la nécessité de conserver aux dispositions testamentaires toute leur valeur légale (*Inst.* L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.* § 7, 8. — *Conf.* C. C. art. 1035, 1038).

Le testateur a trois procédés de révocation.

1° Il peut d'abord détruire l'acte matériel qui contient ses dispositions testamentaires, par exemple, briser les tablettes ou déchirer le parchemin. Il va sans dire que cette destruction doit être l'œuvre volontaire du testateur (L. 20, D. *De injusto*, 28-3).

2° Il peut encore révoquer son testament en le dénaturant, soit par la radiation volontaire de toutes les institutions, soit par la rupture des cachets (L. 1, § 3 ; L. 2, D. *De his quæ in test. del.*, 28-4).

3° Enfin, le troisième moyen de révocation qui s'offre à lui, c'est la confection d'un testament postérieur. La révocation se produit alors sans qu'il soit nécessaire que le second testament contienne une révocation expresse du premier ou renferme des dispositions incompatibles ou contradictoires (L. 20, D. *De injusto test.*, 28-3) (1).

(1) L'art. 1036 du Code civil dispose, au contraire, que les testaments postérieurs

Mais le second testament n'est révocatoire qu'à la condition d'être complet et régulier, c'est-à-dire de satisfaire à toutes les conditions de forme et de fond dont l'observation est prescrite à peine de nullité. Certains jurisconsultes investissent exceptionnellement de la même force un testament irrégulier, lorsqu'il institue un héritier légitime, *qui ab intestato venire posset* (L. 2, D. *De injusto test.*, 28-3. — *Inst.* L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, § 2, 7).

Le second testament une fois complet, le premier, bien qu'il subsiste en fait, sans altération, perd son efficacité d'une manière définitive. On n'a pas à se préoccuper de la destinée future du second testament ; ne donnât-il pas même un héritier au testateur, par exemple, dans le cas de répudiation ou de prédécès de l'institué, il suffit qu'il ait pu le lui donner pour que le premier testament soit *ruptum* (*Inst.* L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, § 2. — *Conf.* C. C. art. 1037).

Quoique *ruptum*, l'ancien testament produit quelquefois des effets remarquables, à raison d'une confirmation expresse ou tacite.

La confirmation *expresse* résultera d'une clause formelle inscrite dans le second testament ; si le testateur a dit par exemple *ut priores tabulæ valeant*, le premier testament aura la valeur d'un codicille, et les dispositions en seront exécutoires comme fidéicommis. La confirmation *tacite* résultera de ce que le testament postérieur ne contient qu'une institution d'héritier *ex certa re*, soit pour des objets déterminés, soit pour une simple fraction de l'hérédité ; les empereurs Septime Sévère et Caracalla décidèrent en effet que la clause *ut priores tabulæ valeant* serait sous-entendue dans ce cas-là. La première institution est bien annulée, par l'application du principe qui répute non écrite, dans la seconde, toute mention restrictive de ce genre ; mais l'intention de transformer l'institué primitif en fidéicommissaire à titre universel résulte de ce fait que le testateur, sans anéantir l'acte antérieur, réduit l'acte postérieur à des conséquences limitées (L. 12, D. *De injusto test.*, 28-3 ; L. 29, D. *Ad senat. Treb.*, 36-1. — *Inst.* L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, § 3).

Théodose le Jeune modifia complètement la théorie de la révo-

qui ne révoqueront pas les précédents d'une manière expresse n'annuleront dans ceux-ci que les dispositions incompatibles ou contraires. Cette différence entre le droit romain et notre législation s'explique par ce motif que le testament romain doit porter sur tout le patrimoine ; dès lors, deux testaments successifs ne peuvent jamais s'exécuter cumulativement.

cation des testaments en décidant qu'un testament serait révoqué de plein droit par la seule expiration du délai de dix ans. Cette innovation n'était pas seulement contraire aux principes généraux du droit, elle était en outre dangereuse puisqu'il pourrait arriver qu'au bout de dix ans le testateur eût perdu l'exercice de son droit de tester (L. 6, C. Th. *De testamentis*, 4-1).

Aussi Justinien eut-il raison de la supprimer; il décida seulement que le laps de dix années confirmerait tout acte de révocation par lui-même dénué d'effets pourvu que cet acte ait été rédigé en forme authentique (*apud acta*) ou devant trois témoins capables (*per testes idoneos non minus tribus*) (L. 27, C. *De testamentis*, 6-23. — *Conf.* C. C. art. 1035).

§ II

Testamentum irritum.

Le testament est *irritum* lorsque la cause d'invalidité qui l'affecte modifie l'état ou la capacité du testateur; pour parler un langage plus technique, le testament devient *irritum* lorsque le disposant a subi une *capitis deminutio* (*Gaius*, II, 145. — *Inst.* L. II, t. XVII, *Quibus modis test.* § 4).

Que tel soit le résultat de la *maxima* et de la *media capitis deminutio*; rien de plus naturel, puisqu'en supprimant la liberté ou le droit de cité, elles suppriment du même coup la *factio testamenti* active. Mais cette conséquence découle aussi de la *minima capitis deminutio*; elle se rattache alors à l'idée trop subtile que le *capite minutus* a perdu sa personnalité antérieure (*Gaius*, III, 153).

En principe, pour que le testament devienne *irritum*, il faut que le testateur ait subi la *capitis deminutio* avant sa mort. Cette règle reçoit néanmoins deux exceptions : 1° poursuivi pour crime capital, le testateur se suicide en aveu de son crime, *ob conscientiam delicti*; 2° accusé de conspiration ou d'attentat contre l'État ou le prince, c'est-à-dire *perduellionis reus*, il meurt avant la sentence, et sa mémoire est ensuite condamnée. Dans l'un et l'autre cas, les biens du défunt passent au fisc (L. 6, § 7, 11, D. *De injusto test.*, 28-3. — L. 11, D. *Ad. leg. Juliam*, 48-4).

Si le testateur frappé d'une *maxima* ou *media capitis deminutio* obtient du prince la *restitutio per omnia*, son testament redevient valable même en droit civil (L. 6, § 12, D. *De injusto test.*, 28-3).

Exception. — Enfin, par exception, le testament qu'un fils de fa-

mille a fait *de peculio castrensi* ne devient pas *irritum* à la suite de son émancipation ou de son adoption, alors même que, revenu du service depuis plus d'un an, il a été dépouillé des privilèges militaires. D'accord sur la décision, les jurisconsultes romains ne s'accordent pas sur les motifs. Le meilleur à donner est peut-être celui qu'indique Ulpien ; le testateur, étant réputé père de famille à l'égard du *peculium castrense*, se retrouve après l'émancipation ou l'adoption dans la même situation juridique, il est donc investi des mêmes droits sur ces biens (L. 6, § 2, D. *De injusto test.*, 28-3; L. 22, D. *De test. militis*, 29-1).

Mais en vertu de l'axiome *nemo partim*, l'effet du testament de l'émancipé ne restera pas limité aux *bona castrensia*, et comprendra tout le patrimoine que laissera ce fils à son décès (L. 19, § 2, D. *De castrensi peculio*, 49-17. — *Inst.* L. II, t. XI, *De militari testamento*, § 5).

§ III

Tempéraments prétoriens.

Un testament *ruptum*, *irritum* ou même *injustum* conserve en certains cas sa force aux yeux du préteur, qui le fait exécuter *jure prætorio*.

Deux conditions sont toujours requises : 1° le testament doit présenter les formes prétoriennes, c'est-à-dire qu'il doit être revêtu des cachets des sept témoins ; 2° le testateur doit être mort citoyen romain et *sui juris*, c'est-à-dire investi du droit de tester, sinon de l'exercice de ce droit. En d'autres termes, le préteur n'exige la *factio testamenti* qu'aux deux époques de la confection et du décès, tandis que la loi civile l'exige sans discontinuité dans tout l'intervalle (*Gaius*, II, 147. — *Ulpien*, R. t. XXIII, § 7. — *Inst.* L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, § 6).

Ces deux conditions fondamentales suffisent, lorsque l'acte testamentaire est devenu *irritum* par la *maxima* ou *media capitis deminutio* de son auteur. Mais dans toute autre hypothèse il doit s'y ajouter quelque circonstance supplémentaire.

Ainsi, quand le testament est *ruptum* par la confection d'un testament postérieur, l'exécution prétorienne du premier suppose qu'il existe encore en fait, et que pour lui rendre vigueur, le testateur a détruit le second. De même, lorsque c'est une *minima capitis deminutio* qui a rendu le testament *irritum*. Il faut alors que le testa-

teur, redevenu *sui juris*, ait manifesté la volonté de maintenir ses dispositions antérieures. Enfin le testament *injustum* d'une femme qui a testé *sinè auctoritate tutoris*, n'est validé par le préteur qu'en l'absence d'héritiers légitimes (*Gaius*, II, 118, 119. — L. 12, pr. D. *De injusto test.*, 28-3 ; L. 11, § 2, D. *De bon. poss. sec. tab.*, 37-11).

D'ailleurs, les institués que le magistrat appelle ainsi à la succession, malgré la ruine ou la nullité civile du testament, ne sont pas des *heredes* proprement dits ; ils ne sont qu'héritiers prétoriens, *bonorum possessores* ; ils ne sont pas investis de l'hérédité, ils n'ont que la *bonorum possessio secundum tabulas*.

CHAPITRE XLIV

ACQUISITION OU RÉPUDIATION DE L'HÉRÉDITÉ ; CLASSIFICATION DES HÉRITIERS.

(*Inst.* L. II, t. XIX, *De her. qual. et diff.*)

L'ouverture et l'acquisition de l'hérédité sont deux choses profondément distinctes.

L'*ouverture* de l'hérédité est le moment où l'on peut l'acquérir. Dans la succession testamentaire, ce moment arrive au décès du testateur pour l'institution pure et simple, et pour l'institution conditionnelle à l'événement de la condition suspensive. Dans la succession *ab intestat*, il y a ouverture de l'hérédité lorsqu'il devient certain que le défunt n'aura pas d'heritier testamentaire (*Inst.* L. III, t. I, *De hered. ab intest.*, pr.).

Quant à l'*acquisition* de l'hérédité, c'est la réalisation de la vocation successorale.

A ce point de vue, les héritiers se divisent en trois classes : héritiers nécessaires, héritiers siens et nécessaires, héritiers externes ou volontaires. Pour les héritiers des deux premières classes, l'ouverture et l'acquisition de l'hérédité se confondent, en ce sens qu'ils sont saisis de plein droit, et qu'ils continuent bon gré, mal gré la personne du *de cujus* ; la succession leur est imposée. Au contraire, les héritiers de la troisième classe ont le choix d'accepter ou de répudier la succession ; l'hérédité leur est simplement offerte. Bref, l'acquisition est forcée pour les uns, et facultative pour les autres. En règle générale, les héritiers sont volontaires (*Gaius*, II, 151.

— *Inst.* L. II, t. XIX, *De her. qual. et diff.*, pr. — *Conf.* C. C. 775).

PREMIÈRE SECTION

HÉRITIERS NÉCESSAIRES.

(*Inst.* L. II, t. XIX, *De her. qual. et diff.*, § 1.)

La classe des héritiers nécessaires, *heredes necessarii*, comprend les esclaves institués par leur maître; *Necessarius heres est servus heres institutus* (*Inst.* L. II, t. XIX, *De her. qual. et diff.*, § 1, *in principio*) (1).

Conditions requises pour être héritier nécessaire. — En supposant un esclave régulièrement institué par son maître, la loi romaine requiert en outre deux conditions pour qu'il soit *heres necessarius*.

1° Il faut d'abord que l'esclave reçoive la liberté de la volonté libre du maître. Si donc le *dominus* était tenu de l'affranchir, par exemple, en exécution d'un fidéicommis ou parce qu'il l'avait acquis sous cette réserve, le *servus* ne serait pas héritier nécessaire (L. 84; L. 90, D. *De hered. inst.*, 28-5).

2° Il faut en second lieu que la liberté soit acquise à l'esclave en vertu même du testament et au même instant que l'hérédité. Car s'il était encore esclave à l'instant où le testament lui défère l'hérédité, il ne deviendrait pas héritier; et, s'il était déjà libre, il pourrait bien devenir héritier, mais non pas nécessaire. Pour obtenir simultanément la liberté et l'hérédité, l'esclave doit avoir appartenu *ex jure Quiritium* au testateur aux deux moments de la confection du testament et de l'ouverture de la succession par le décès; on n'examine pas ce qu'il a pu devenir dans l'intervalle. On se rappelle aussi que le droit classique exigeait un legs formel de liberté, et que Justinien voit un affranchissement tacite dans le seul fait de l'institution (*Gaius*, II, 186, 187. — L. 49; L. 50, D. *De hered. inst.*, 28-5. — *Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, pr.).

Tant que dura la propriété prétorienne, l'institution et la manumission d'un esclave qu'on avait seulement *in bonis* ne le rendaient pas héritier nécessaire; car il ne devenait que Latin, *quod non proficit ad hereditatem capiendam* (*Ulpien*, R, t. XXII, § 8).

Situation civile de l'héritier nécessaire. — L'obligation de re-

(1) L'ancien droit connut encore une autre classe d'héritiers nécessaires, les individus *in mancipio* que l'on assimilait aux esclaves (*Gaius*, II, 160).

cueillir l'hérédité est une charge que la loi impose à l'esclave, par interprétation de la volonté du testateur ; car le maître, en l'affranchissant, a la faculté de subordonner l'acquisition de la liberté à des conditions spéciales et à des obligations déterminées.

Quand la succession est solvable, l'esclave trouve un avantage à l'acquérir de plein droit et définitivement au moment du décès. Mais s'il faut en croire les Institutes, l'esclave n'est guère institué qu'en vue d'une succession insolvable. Considérée sous cet aspect, sa qualité d'héritier nécessaire le met dans une situation doublement fâcheuse : 1° d'une part, les créanciers du défunt vendent les biens héréditaires *per universitatem* sous le nom de l'héritier ; c'est donc l'esclave, non le *de cujus*, que frappe l'infamie légalement attachée à la *bonorum venditio ;* cette règle choquante ne disparut qu'avec l'usage de la vente en masse, après l'époque classique; 2° d'autre part, lorsque le prix de la succession vendue ne suffit pas à payer toutes les dettes, l'esclave reste personnellement tenu pour le surplus; les créanciers du testateur, devenus ses créanciers, ont donc le droit de vendre ce qui lui arrive plus tard pour une cause quelconque, et de le soumettre par conséquent à toutes les mesures d'exécution autorisées contre un débiteur insolvable (*Gaius*, II, 154. — *Inst.* L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 1).

Il est dès lors évident que l'acquisition forcée de la liberté et de l'hérédité ne constitue pas toujours un bienfait pour l'esclave, et ne profite le plus souvent qu'au testateur, assuré de ne pas mourir intestat.

Jus separationis. — Le préteur, fidèle à sa mission qui était de corriger les conséquences rigoureuses ou iniques du droit Quiritaire, est venu au secours de l'héritier nécessaire en créant pour lui le *jus separationis*.

C'est un bénéfice que le *necessarius heres* acquiert en le demandant au magistrat, avant toute immixtion dans les biens du défunt (L. 1, pr., § 18, D. *De separationibus*, 42-6) (1).

Il y gagne d'échapper à toute obligation personnelle envers les créanciers héréditaires. En conséquence, ses acquisitions ultérieures défieront leur poursuite, pourvu qu'elles ne proviennent pas de

(1) Si cependant l'héritier nécessaire était mineur de vingt-cinq ans et qu'en fait il se fût immiscé dans la succession, il pourrait se soustraire à la déchéance qui le frapperait de droit commun, en obtenant la *restitutio in integrum ob æt tem* (L. 7, § 5, D. *De minoribus*, 4-4).

sa qualité d'héritier, *ex causâ hereditariâ*. Toutefois, ce bénéfice ne supprime pas le titre héréditaire du *servus necessarius;* celui-ci reste encore héritier et en cette qualité soumis à toutes les conséquences que la *bonorum separatio* n'écarte pas formellement (*Gaius*, II, 155; III, 56, 58. — L. 1, § 4, D. *De separat.*, 42-6) (1).

DEUXIÈME SECTION

HÉRITIERS SIENS ET NÉCESSAIRES.

(*Inst.* L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 2.)

A la différence des héritiers nécessaires dont l'existence suppose toujours un testament, les héritiers siens et nécessaires, *heredes sui et necessarii*, peuvent indistinctement se rencontrer dans la succession testamentaire et dans la succession légitime.

Détermination des héritiers siens et nécessaires. — Pour déterminer les héritiers siens et nécessaires, il suffit de se reporter à la théorie de l'exhérédation. Ce titre appartient donc aux descendants qui se trouvaient, réellement ou par fiction, sous la puissance immédiate du testateur au moment du décès, et que sa mort rend *sui juris*. Rentrent dans cette définition les enfants même adoptifs, la femme et la bru *loco filiæ vel neptis* au temps classique, et les posthumes légitimes ou Aquiliens. Mais cette qualité fait défaut aux émancipés, et à tous petits-enfants qui doivent retomber sous une autre puissance (*Gaius*, II, 156 ; III, 2. — *Ulpien*, R. t. XXII, § 14. — *Inst.* L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 2).

Il n'y a pas d'ailleurs à rechercher si le descendant acquiert la succession par lui-même ou par l'intermédiaire de son propre enfant *in potestate* ou de son esclave ; il suffit qu'elle lui soit acquise dès son ouverture (L. 6, § 5, D. *De acq. vel om. hered.*, 29-2).

Il faut savoir d'ailleurs que les descendants institués par le père de famille sous une condition potestative échappent à la règle ; car le testateur a précisément voulu leur épargner l'acquisition forcée et les mettre dans la classe des héritiers volontaires (L. 86, § 1, D. *De hered. inst.*, 28-5).

(1) L'*heres necessarius* pourrait également, grâce au *jus separationis*, soustraire à la poursuite des créanciers héréditaires *quod ei a testatore debetur*, c'est-à-dire les créances naturelles qui, en raison de leur provenance, ne sont pas entrées dans le pécule, ou les legs à lui faits par des tiers et soumis à la condition *si servus liber factus erit* (L. 1, § 18, D. *De separat*, 42-6).

Situation civile des héritiers siens et nécessaires. — Tandis que l'esclave n'est que *necessarius heres*, les descendants sont en même temps *sui et necessarii*; la raison en est sans doute qu'étant considérés même *vivo patre* comme propriétaires du patrimoine de la famille, ils se succèdent, pour ainsi dire, à eux-mêmes. Pour le même motif, ils se trouvent saisis *ipso jure*, indépendamment de toute volonté et de toute autorisation. De là leur nom d'héritiers nécessaires (*Gaius*, II, 157. — *Inst.* L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 2).

A ce principe se rattachaient d'importantes conséquences. D'abord, le culte des *sacra privata* du défunt n'était jamais exposé à souffrir aucune interruption; en outre le descendant, même incapable de faire adition à cause de son *infantia* ou de sa folie, acquérait néanmoins la succession paternelle, et son décès immédiat ne l'empêchait pas de la transmettre à ses propres héritiers. Mais sa position avait une autre face moins brillante. Si l'hérédité était insolvable, la qualité de *necessarius* le soumettait à l'infamie qui dérivait de la *bonorum venditio*, comme à l'obligation de payer les dettes de la succession *ultrà vires hereditarias*; en un mot, il était à ce point de vue sur la même ligne que l'esclave institué par son maître (L. 63, D. *De acq. vel om. her.*, 29-2. — *Conf.* C. C. art. 724).

Jus abstinendi. — Le préteur était venu corriger les conséquences rigoureuses de la situation imposée par le droit civil à l'héritier nécessaire; il fit de même en créant le *jus abstinendi* pour l'héritier sien et nécessaire (1).

Ce bénéfice permettait aux descendants de rester en fait complètement étrangers à la succession de leur père; il tendait donc au même but que le *jus separationis*; mais il en différait par la forme et par les effets. Une demande au magistrat n'était pas exigée pour l'obtenir; il suffisait d'une manifestation quelconque de la volonté de l'héritier; mais toute immixtion dans l'hérédité entraînait déchéance de ce droit d'abstention, si ce n'était pour les impubères, et réserve faite de la *restitutio in integrum* au profit des mineurs de vingt-cinq ans. En outre, tandis que le *jus separationis* n'exemptait pas l'héritier nécessaire de l'infamie attachée à la *bonorum venditio*, le *jus abstinendi* l'épargnait à l'héritier sien et nécessaire, en même temps que l'obligation indéfinie de payer les dettes héréditaires; la

(1) Gaius nous apprend que le *jus abstinendi* fut étendu aux individus *in mancipio* (*Gaius*, II, 160).

vente des biens de la succession se faisait sous le nom du défunt (*Gaius*, II, 158, 159. — L. 11; L. 12; L. 57, pr. § 1, D. *De acq. vel om. hered.*, 29-2) (1).

La succession dont s'abstient le *suus* passe par accroissement à ses cohéritiers, ou par dévolution aux successibles que sa présence écartait, et qui sont les substitués vulgaires ou les héritiers *ab intestat*. Mais ces résultats n'ont lieu que *jure prætorio*; au point de vue de la loi civile, le *suus* reste héritier. Entre autres conséquences, il résulte de là que : 1° les affranchissements directs ou fidéicommissaires demeurent efficaces; 2° si le produit de la vente des biens héréditaires dépasse le passif, l'excédant appartient au *suus*; 3° il peut revenir sur sa résolution et reprendre l'hérédité, jusqu'à la vente des biens réalisée par les créanciers ou l'adition faite par un autre successible. Justinien restreignit cette faculté; il fallut désormais l'exercer dans un délai de trois ans, qui court sans doute d'une déclaration d'abstention (L. 32, D. *De manum*, 40-4; L. 6, pr. § 1, 2, D. *De rebus auct. jud*, 42-5. — L. 6. C. *De repud. vel abst. her.* 6-31. — *Inst.* L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 2, *in fine*).

TROISIÈME SECTION

HÉRITIERS EXTERNES OU VOLONTAIRES.

(*Inst.* L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 3-7.)

On entend par *heredes extranei* ou *voluntarii* tous ceux qui ne rentrent pas dans les deux classes précédentes; *cæteri qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei heredes appellantur* (*Inst.* L. t. II, XIX, *De her. qual. et diff.*, § 3).

C'est à leur égard seulement qu'il faut distinguer l'ouverture et l'acquisition de l'hérédité. Ils se rencontrent indifféremment dans les successions testamentaires et légitimes.

L'héritier externe devait avoir la *factio testamenti* passive à une triple époque : 1° au jour de la confection du testament; 2° au jour de l'hérédité, c'est-à-dire lors du décès si l'institution est pure et simple, et lors de l'événement de la condition dans le cas contraire; le maintien de la capacité n'est pas nécessaire entre ces deux dates,

(1) Tout détournement frauduleux d'une *res hereditaria* empêcherait l'héritier sien et nécessaire de se prévaloir du *jus abstinendi;* que si le détournement a été commis, alors que l'héritier a déjà manifesté l'intention de s'abstenir, il y aura *furtum* (L. 71, § 4, 9, D. *De acq. vel om. hered.*, 29-2. — *Conf.* C. C. art. 792).

suivant la règle *media tempora non nocent;* 3° pendant tout le temps qui s'écoule entre l'ouverture de l'hérédité et l'adition ; dans cette période, la moindre interruption de capacité devient fatale à l'institué, et le dépouille de sa vocation (L. 49, § 1, D. *De hered. inst.*, 28-5. — *Inst.* L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 4. — *Conf.* C. C. art. 725, 906).

Quant au *jus capiendi* de l'époque classique, il ne fut jamais exigé qu'au moment de recueillir l'hérédité, pourvu qu'il ne se fût pas écoulé plus de cent jours depuis l'ouverture de la succession (*Suprà*, p. 568).

§ I

Droit d'option conféré à l'héritier externe. Tempus deliberandi. — Hérédité jacente.

I. — **Option conférée à l'héritier externe.** — L'héritier externe ou volontaire n'est pas nécessairement héritier ; la succession lui est simplement offerte, et alors il jouit d'un droit d'option. Il peut, à son choix, ou devenir héritier en acceptant l'hérédité, c'est-à-dire en faisant *adition*, ou se dépouiller de son titre héréditaire en renonçant à la succession, c'est-à-dire en faisant une *répudiation* (*Gaius*, II, 162. — *Inst.* L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff*, § 5. — *Conf.* C. C. art. 774-810).

Appelé à prendre parti sur la succession qui lui est déférée, il faut que l'héritier puisse réfléchir. Or le droit civil ne l'obligeait pas à se prononcer dans un temps donné; l'héritier externe pouvait donc retarder indéfiniment l'adition ou la répudiation, et pendant ce temps-là tout était en suspens. Le testateur pouvait seul l'y forcer, en l'instituant *cum perfectâ cretione*. La *cretio* s'entendait, en ce sens, d'une déclaration faite par le testateur que son hérédité devrait être solennellement acceptée dans un intervalle quelconque, habituellement de cent jours. La *cretio* était *perfecta*, lorsqu'elle avait pour sanction la perte de l'hérédité; l'absence de cette clause d'exhérédation lui valait le nom d'*imperfecta*. Si le délai ne comprenait que des jours utiles, la *cretio* était *vulgaris;* on appelait *continua* celle qui faisait courir le terme, sans interruption, de l'ouverture des droits héréditaires. L'institution de la *cretio* fut abolie dans le Bas-Empire, principalement par une constitution d'Arcadius, Honorius et Théodose (*Gaius*, II, 164 et s. — *Ulpien*, R. t. XXII, § 27-32. — L. 17, C. *De jure delib.*, 6-30).

II. — **Tempus deliberandi.** — Hormis cette hypothèse, le droit civil n'apportait aucune limite aux temporisations de l'héritier ; mais le danger de l'*usucapio lucrativa pro herede* le stimulait indirectement à se presser. D'un autre côté, les personnes que son indécision tenait dans l'expectative, c'est-à-dire les cohéritiers, les successibles postérieurs, les légataires, et surtout les créanciers, pouvaient lui demander s'il acceptait (*an heres sit*), et le forcer à prendre un parti hâtif. Ces intérêts divers furent conciliés par le préteur ; il fixa désormais à l'héritier une période pour délibérer et se prononcer, *tempus deliberandi*. Ce délai, ordinairement de cent jours et jamais moindre, était accordé sur la demande de l'héritier lui-même, ou de ses créanciers, ou sans doute des autres intéressés. Jusqu'à l'expiration du *tempus deliberandi*, les créanciers n'avaient pas le droit de poursuivre l'héritier, ni de vendre les biens héréditaires. Mais le terme échu sans acceptation ni répudiation, l'héritier demeurait définitivement exclu de l'hérédité (*Gaius*, II, 167. — L. 5 ; L. 6, D. *De interrog. in jure*, 11-1 ; L. 1, § 1 ; L. 2, D. *De jure deliberandi*, 28-8 ; L. 69, D. *De acq. vel om. hered.*, 29-1. — *Conf.* C. C. art. 789, 795, 800).

Dans le droit de Justinien, le *tempus deliberandi* concédé par le magistrat doit être de neuf mois, et l'empereur peut le porter jusqu'à l'année entière. En outre, faute d'une détermination prise dans le délai, l'héritier est réputé acceptant ; cette innovation est fort grave en ce qu'elle contredit directement la dénomination et le caractère essentiel de l'héritier externe (L. 22, § 13, 14 C. *De jure delib.*, 6-30. — *Inst.* L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 5).

III. — **Hérédité jacente.** — Jusqu'à l'acceptation, l'hérédité demeure jacente ; on comprend que ce résultat est impossible en présence d'un *suus* ou d'un *necessarius* à moins que leur institution ne soit conditionnelle.

Les biens de l'hérédité jacente sont en réalité des *res nullius*. Cette idée aurait dû logiquement amener des conséquences désastreuses, notamment l'impuissance pour les esclaves héréditaires d'acquérir quoi que ce soit, l'inexistence de l'*actio legis Aquiliæ* qui ne s'ouvre qu'au *dominus*, etc. Mais les jurisconsultes écartèrent ces inconvénients par la fiction célèbre *hereditas personam sustinet*. Pour les uns, l'hérédité représentait l'héritier futur ; pour les autres, elle représentait le défunt. Ce fut la seconde opinion qui prévalut ; on compléta dès lors la maxime en disant : *hereditas jacens perso-*

nam defuncti sustinet (L. 34, D. *De acq. rer. dom.*, 41-1; L. 24, D. *De novat.*, 46-2. — *Conf.* C. C. art. 811-814).

§ II

Répudiation et adition d'hérédité.

Pour accepter ou pour répudier, l'héritier doit avoir la même capacité et remplir les mêmes conditions; il en sera traité sur l'adition. Le parti qu'il a choisi est irrévocable en principe. Cependant le préteur appliquait à ces actes si graves, au profit des mineurs de vingt-cinq ans, son institution bienfaisante de la *restitutio in integrum ob ætatem*. L'empereur Adrien permit exceptionnellement à des majeurs de revenir sur leur acceptation, quand elle était suivie de la découverte d'un passif onéreux, *grande æs alienum;* Gordien généralisa cette dérogation en faveur des militaires (*Inst.* L. II, t. XIX, *De her. qual. et diff.*, § 5, 6. — *Conf.* C. C. art. 783, 790).

Répudiation de l'hérédité. — La répudiation est l'acte par lequel l'héritier externe manifeste l'intention d'abandonner son droit héréditaire.

Elle peut être expresse ou tacite : *tacite*, elle résulte de tout acte quelconque qui implique la volonté de renoncer, notamment, à l'époque classique, du silence que garde l'héritier pendant tout le délai de la *cretio perfecta* ou du *tempus deliberandi*. *Expresse*, elle se réalise par une déclaration formelle, *nudâ voluntate;* ce dernier mode est seul applicable sous Justinien (*Gaius*, II, 168, 169. — L. 69, D. *De acq. vel om. hered.*, 29-2. — *Inst.* L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 7. — *Conf.* C. C. art. 784).

La répudiation correspond, pour l'héritier externe, au *jus abstinendi* de l'héritier sien et nécessaire ; seulement les effets en sont plus complets et plus énergiques. Elle rend l'institué absolument étranger à la succession, que peuvent dès lors recueillir, comme s'il n'eût jamais existé, les personnes appelées à ses côtés ou à sa suite. Lorsque tous les héritiers répudient, l'hérédité reste définitivement jacente, et les créanciers font procéder à la *bonorum venditio* sous le nom du défunt (*Gaius*, III, 78. — *Conf.* C. C. art. 785, 786).

Adition de l'hérédité. — L'héritier ne saurait faire une adition valable, s'il ne connaît sa vocation avec certitude, et s'il ne sait exactement à quel titre il est appelé. L'adition est donc nulle :

1° quand elle a lieu avant l'ouverture de l'hérédité, c'est-à-dire du vivant du testateur ou *pendente conditione;* 2° quand l'héritier ignore la mort du *de cujus* ou l'événement de la condition, quand il se croit appelé *ab intestat* et qu'il est institué par le testateur, quand il suspecte la validité du testament, etc. (L. 13, § 1 ; L. 32 ; L. 46, D. *De acq. vel om. hered.*, 29-2. — *Inst.* L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 7) (1).

Caractère de l'adition. — L'adition est un acte essentiellement personnel et suppose normalement la volonté de l'institué lui-même. Les suites de ce principe sont graves.

1° Si l'institué meurt avant de prendre un parti, sa vocation héréditaire ne passe point à ses propres héritiers, *hereditas non adita non transmittitur.* Cette règle, plus ou moins adoucie par certains empereurs, reçut finalement une atteinte sérieuse de Justinien ; il voulut que tout héritier testamentaire ou légitime, mort dans le *tempus deliberandi* d'un an sans avoir répudié, transmît à ses héritiers quelconques le droit d'accepter la succession (L. 19, C. *De jure deliberandi*, 6-30. — *Conf.* C. C. art. 781) (2).

2° Les personnes incapables de volonté, comme l'*infans* et le *furiosus*, ou dont la volonté n'a pas de valeur légale, comme l'impubère *alieni juris*, ne peuvent faire une adition d'hérédité, et nul ne la peut faire à leur place. On sait que cette rigueur, déjà modérée par le droit classique, fut corrigée par Théodose à l'égard de l'*infans* et du fils de famille impubère. Justinien permit au curateur du fou de le remplacer dans l'adition (L. 63 ; L. 90, D. *De acq. vel om. hered.*, 29-2. — L. 7, § 3. C. *De curatore furiosi*, 5-70. — *Suprà*, p. 95.)

(1) Deux exceptions furent apportées à ce principe que l'adition peut avoir lieu dès que l'hérédité est ouverte. D'une part, les lois caducaires, afin de multiplier les causes de caducité des dispositions testamentaires, décidèrent que dans le cas où il y aurait plusieurs institués, l'adition ne pourrait plus se faire qu'après l'*apertura tabularum*, c'est-à-dire trois ou cinq jours après le décès (*Paul*, S. L. IV, t. VI, § 1, 2, 3. — *Ulpien*, R. t. XVII, § 1. — L. 21, D. *De cond. et dem.*, 35-1).

D'autre part, le sénatus-consulte Silanien, de l'an 763 de Rome, voulut que dans le cas où le défunt serait mort de mort violente, on soumît à la torture tous les esclaves dont le défunt était propriétaire et qui habitaient avec lui ; jusque là, il était impossible de procéder à l'ouverture du testament ou à l'adition (L. 3, § 18, 29. D. *De Senat, Silan.* 29-5).

(2) Théodose et Valentinien avaient posé en principe que la règle *hereditas non adita non transmittitur* serait écartée toutes les fois que l'institué serait un descendant du testateur et qu'il mourrait avant l'ouverture du testament laissant lui-même des descendants pour héritiers (L. 1. C. *De his qui ant. ap. tab.* 6-52).

Du reste, si l'adition suppose la volonté de l'institué lui-même, il n'est pas toujours le seul qui doive consentir ; car on se rappelle que l'institué *alieni juris* n'accepte pas efficacement l'hérédité sans un *jussus* formel et spécial du *pater* ou du *dominus* (*Inst.* L. II, t. IX, *Per quas pers.*, § 3).

Formes de l'adition. — Dans le droit classique, l'adition a lieu de trois manières, *cretione*, *nudâ voluntate*, *pro herede gerendo*. On a déjà vu que la *cretio* s'entend quelquefois d'un délai fixé par le testateur et pendant lequel l'héritier doit faire adition ; le même mot prend ici un autre sens, et désigne une formule solennelle d'acceptation, prononcée au cours de ce délai, dans les termes suivants : *Quòd me Publius Mævius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*. Lorsque l'institution est faite *cum cretione perfectâ*, l'institué n'acquiert l'hérédité qu'en prononçant la formule solennelle dans la période prescrite; autrement dit, il n'est pas libre alors de choisir entre les trois procédés d'adition (*Gaius*, II, 166-168. — *Ulpien*, R. t. XXII, § 27, 32).

Du jour où fut abrogée la *cretio*, l'adition ne se réalisa plus que des deux autres manières. La *nuda voluntas* est une volonté qui s'exprime verbalement, sans aucune solennité ; dans l'acception étroite, c'est là ce qu'on appelle l'adition proprement dite. *Pro herede gerere*, c'est accomplir des actes de maître sur la succession, par exemple, vendre ou louer un immeuble. A cet égard, l'intention est seule à considérer ; ainsi, lorsque j'aliène la chose d'autrui je gère *pro herede ;* car j'ai cru agir en maître, c'est-à-dire en héritier (puisque les mots de *dominus*, *herus*, *heres* sont synonymes). L'institué peut donc faire, sans accepter, des actes conservatoires et d'administration ; mais la prudence lui conseille, comme aux *sui heredes* qui veulent conserver le *jus abstinendi*, de déclarer d'abord en présence de témoins qu'il n'entend pas *gerere pro herede* (*Paul.* L. IV, t. VIII, § 25. — *Ulpien*, R. t. XXII, § 26. — L. 6, § 7 ; L. 21, § 1 ; L. 88, D. *De acq. vel om. hered.*, 29-2. — *Inst.* L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 7. — *Conf.* C. C. art. 778, 779, 780).

Ces trois procédés excluent tout terme et toute condition; car l'adition figure au nombre des *actus legitimi* qui sont viciés par l'apposition de toute modalité suspensive ou résolutoire (L. 77, D. *De regulis juris*, 50-17).

Capacité requise pour faire adition. — Pour que l'adition soit régulière et valable, elle doit émaner d'un héritier capable de s'o-

bliger, c'est-à-dire de faire sa condition pire. En conséquence, les femmes en tutelle et les pupilles sortis de l'*infantia* ne pourront pas faire adition sans l'*auctoritas* de leur tuteur. De même, les prodigues interdits et les mineurs de vingt-cinq ans en curatelle devront se munir du *consensus curatoris* (*Ulpien*, R. t. XI, § 22, 27. — L. 5, § 1, D. *De acq. vel om. her.*, 29-2. — *Conf.* C. C. art. 776).

La même capacité est exigée de celui qui veut répudier : *is potest repudiare, qui adquirere potest* (L. 18, D. *De acq. vel om. hered.*, 29-2).

§ III

Effets de l'adition d'hérédité.

Dès l'instant de l'adition, l'héritier succède au défunt, non seulement pour la portion qu'il accepte, mais aussi pour toutes celles qui peuvent ou pourront s'y trouver réunies à son insu ou même contre son gré par suite de l'incapacité ou de la répudiation de ses cohéritiers (L. 31 ; L. 53, § 1, D. *De acq. vel om. hered.*, 29-2).

Quel que soit l'intervalle écoulé entre la mort du *de cujus* et l'acceptation de sa succession, l'hérédité est censée recueillie au moment même du décès; il n'y aura jamais eu d'interruption dans la personnalité juridique. Le défunt, par l'hérédité jacente, s'est en quelque sorte survécu à lui-même jusqu'au jour de l'adition, qui lui substitue l'héritier. Il n'est donc pas utile, pour expliquer la continuité de personne, d'attribuer un effet rétroactif à l'adition ; cette rétroactivité, supposée dans quelques textes, ne s'accorderait aucunement avec la doctrine prédominante qui voyait dans l'hérédité jacente la représentation du défunt. De toutes les conséquences que le Digeste rattache à la rétroactivité de l'adition une seule est incompréhensible sans elle : c'est la validité des stipulations faites par l'esclave héréditaire au nom de l'héritier futur (L. 54, D. *De acq. vel om. hered.*, 29-2; L. 28, § 4, D. *De stipul. serv.*, 45-3. — *Conf.* C. C. art. 777).

Sur ces bases, l'adition produit trois résultats principaux : 1° elle investit l'héritier de tous les droits du défunt, à l'exception cependant de ceux qui sont intransmissibles par nature; 2° elle opère confusion définitive et complète du patrimoine du défunt et du patrimoine de l'héritier, pour l'actif et le passif ; 3° elle oblige l'héritier à l'exécution de toutes les charges imposées par le testateur. (*Inst.* L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 5).

La confusion des patrimoines, provenant ainsi de l'adition, peut nuire à diverses classes de personnes : 1° soit à l'héritier lui-même, soit à ses créanciers, si l'hérédité est insolvable ; 2° aux créanciers du défunt, s'ils doivent, par suite de leur concours avec les héritiers sur le prix des deux patrimoines confondus, obtenir moins qu'ils n'auraient eu du vivant de leur débiteur.

Ces dangers appelèrent l'attention de la loi. Le droit commun ouvrait tout d'abord aux créanciers de l'héritier la voie de l'action Paulienne, lorsque l'adition avait été frauduleuse. Les conditions et les effets en seront exposés sur la théorie générale de cette institution prétorienne. Quant aux dangers que pouvaient courir l'héritier ou les créanciers du défunt, on y remédia en créant deux bénéfices : le bénéfice d'inventaire et la séparation des patrimoines.

Dangers pour l'héritier ; bénéfice d'inventaire. — Le bénéfice d'inventaire, organisé par Justinien, constitue pour tout héritier un moyen d'éviter la confusion de son patrimoine avec celui du *de cujus* et de se soustraire ainsi au payement des dettes *ultra vires successionis* (*Loi Scimus*. L. 22, C. *De jure delib.*, 6-30. — *Conf.* C. C. art. 793-810) (1).

Ce bénéfice est acquis à l'héritier qui fait adition sans se prévaloir du *jus deliberandi*, et qui dresse, en présence des *tabularii*, un inventaire, c'est-à-dire un état énumératif et descriptif de tous les objets héréditaires. Il faut commencer l'inventaire dans le mois de l'ouverture du testament, et le terminer dans les trois mois, ou seulement dans l'année quand la plus grande partie des biens est trop éloignée. Durant ce délai, l'héritier ne peut être poursuivi en cette qualité (L. 22, § 2, 3, C. *De jure delib*, 6-30. — *Conf.* C. Proc. art. 174).

Les avantages du bénéfice d'inventaire se résument dans l'idée qu'il empêche la confusion des patrimoines. De là plusieurs conséquences :

(1) La jurisprudence avait cependant imaginé différents procédés pratiques pour rendre l'adition moins périlleuse pour l'héritier externe. L'héritier pouvait, avant d'accepter, convoquer les créanciers sous la présidence du magistrat et leur promettre un certain dividende moyennant la remise du surplus de leurs créances; pour que cette remise fût obligatoire, il suffisait qu'elle fût consentie par un nombre de créanciers représentant en valeur plus de la moitié des créances. Le successible pouvait encore se faire donner mandat par les créanciers d'accepter la succession à leurs risques et périls (L. 8 ; L. 9 ; L. 10, pr. D. *De pactis*, 2-14 ; L. 32, D. *Mandati*, 17-1. — *Conf.* C. C. art. 507 et s. — *Suprà*, p. 435).

1° L'héritier n'est tenu des dettes que dans la mesure de l'actif, *intrà vires successionis* (L. 22, § 4, C. *De jure delib.*, 6-30. — *Conf.* C. C. art. 802).

2° Il est admis, en concours avec les autres créanciers héréditaires, à réclamer ce qui lui était dû par le défunt, de même qu'ils ont la faculté de lui réclamer ce qu'il devait (L. 22, § 9, C. *De jure delib.*; 6-30).

3° Enfin, il conserve les servitudes personnelles ou prédiales dont il était investi sur les biens de l'hérédité, comme subsistent les servitudes prédiales qui grevaient son propre fonds envers un immeuble du défunt (*Inst.* L. II, t. XIX, *De her. qual. et diff.*, § 6).

Dangers pour les créanciers héréditaires ; séparation des patrimoines. — La séparation des patrimoines ou *bonorum separatio* est un bénéfice créé par le préteur pour permettre aux créanciers du défunt de se faire payer sur les biens héréditaires par préférence aux créanciers personnels de l'héritier (L. 1, pr. § 1, D. *De separat.*, 42-6. — *Conf.* C. C. art. 878-881).

Ce bénéfice est accordé à tous les créanciers du défunt, purs et simples ou conditionnels ; mais il ne profite qu'à ceux qui le demandent. Le délai pour l'invoquer est de cinq ans à partir de l'adition. Il se manifeste ordinairement dans le cours de la *bonorum venditio* ; au moment où les biens réunis du défunt et de l'héritier sont saisis et vont faire l'objet d'une vente en bloc, les créanciers héréditaires interviennent pour exiger, non deux ventes, mais la mise à part, dans le prix total, de la valeur des biens du défunt (L. 1, § 16 ; L. 4, D. *De separat.*, 42-6).

Le droit à la séparation des patrimoines s'éteint : 1° par l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de l'adition ; 2° par la confusion matérielle des deux masses de biens, lorsque la distinction est impossible ; 3° par tout fait des créanciers qui manifeste leur intention de se borner à l'obligation de l'héritier, comme une acceptation de gage ou de caution, etc. (L. 1, § 10, 13, 15, D. *De separat.*, 42-6. — *Conf.* C. C. art. 879, 880).

L'effet principal de la *bonorum separatio* est de procurer, d'abord aux créanciers du défunt, et après eux aux légataires qui l'ont aussi demandée, un droit de préférence sur le prix des biens héréditaires, contre tous les créanciers même hypothécaires de l'héritier. En revanche, un pareil droit de préférence est acquis aux créan-

ciers de l'héritier sur le prix de ses biens propres (L. 1, § 3 ; L. 4, § 1 ; L. 6, D. *De separat.*, 42-6. — *Conf.* C. C. art. 2111).

L'héritier reste d'ailleurs héritier ; par conséquent, l'excédant de l'actif héréditaire sur le passif correspondant rentre dans son patrimoine. La doctrine logique et raisonnable de Papinien concluait du même point de départ que les créanciers du défunt, s'ils n'étaient pas désintéressés par la vente de la succession, pouvaient parfaire leur payement sur la portion du prix des biens personnels de l'héritier que ses créanciers n'avaient pas absorbée. Cette opinion est repoussée par deux jurisconsultes postérieurs, Ulpien et Paul, qui fondent la solution contraire sur une pétition de principes presque évidente, car ils enseignent que les créanciers du défunt, en invoquant la *bonorum separatio*, ont renoncé à poursuivre l'héritier, *recesserunt à personâ heredis* (L. 1, § 17 ; L. 3, § 2 ; L. 5, D. *De separat.*, 42-6).

QUATRIÈME SECTION

RÉPARTITION DE L'HÉRÉDITÉ ENTRE LES INSTITUÉS.

(*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 4-8.)

La règle *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* exerce une influence considérable sur l'attribution de l'hérédité. Elle se traduit ici par le principe que l'institué, s'il est unique, ou les institués, s'il y en a plusieurs, ont toujours une vocation éventuelle au tout.

En conséquence, lorsqu'il n'y a qu'un héritier, il doit recueillir nécessairement toute l'hérédité. A supposer que le testateur l'ait institué seulement *ex certâ parte vel ex certâ re*, cette mention est réputée non écrite, et l'héritier prend la totalité quand même (*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 5).

Détermination des parts. — D'ailleurs, le testateur est libre d'instituer autant d'héritiers qu'il lui plaît ; il est libre aussi de répartir entre eux la succession à son gré. Cependant le résultat de ce concours doit toujours être tel que l'hérédité se trouve entièrement absorbée (*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 4).

Dans la pratique, on considérait la succession comme une unité, comparable à l'unité monétaire ou livre de cuivre ; pour ce motif on l'appelait *as*, et de même on la partageait en douze parties éga-

les, *unciæ*. Les testateurs romains n'étaient pas obligés de suivre ce calcul, et l'on devait souvent en adopter un autre, pour donner effet à leur volonté.

Il faut à cet égard distinguer quatre hypothèses principales :

1° *Plusieurs institués sine parte*. — Le testateur laisse plusieurs institués sans désignation de parts, *sine parte*. L'hérédité se divise alors par fractions viriles entre les cohéritiers. Seulement ceux d'entre eux qui sont institués conjointement, c'est-à-dire dans la même phrase, ne comptent que pour une seule tête et ne prennent qu'une portion. Ainsi le testament porte : *Seius heres esto ; Titius et Mævius heredes sunto ;* Titius et Mævius n'ont qu'une moitié, l'autre reste à Séius (L. 59, § 2, D. *De hered. inst.*, 28-5).

2° *Plusieurs institués cum parte*. — Le testateur laisse plusieurs institués avec désignation de parts, *cum parte*. Si l'ensemble des parts assignées est égal au tout, on exécute le testament sans difficulté. La somme est-elle inférieure à l'unité, on répartit la différence entre les héritiers conformément à la proportion suivie par le testateur. A l'inverse, le total des parts assignées dépasse-t-il l'unité, on sacrifie alors les paroles du testateur à sa pensée, et l'on divise la succession en plusieurs fractions qui soient entre elles dans le même rapport que les portions fixées dans le testament. Il peut arriver ainsi que le mot *uncia*, au lieu de signifier un douzième, signifie un vingt-quatrième, un trente-sixième ; c'est lorsque le testateur en a distribué plus de douze, plus de vingt-quatre, etc. Dans ce cas, l'hérédité elle-même s'appelle *dupondius*, *tripondius*, etc., comme formée de deux, trois as, etc. (*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 5, 8).

3° *Plusieurs institués cum et sine parte*. — Le testateur laisse plusieurs institués, les uns *cum parte*, les autres *sine parte*. Alors de deux choses l'une : tantôt le testateur n'a pas distribué toute l'unité, et c'est la différence qui doit appartenir aux institués *sine parte*. Tantôt le testateur a consommé ou dépassé l'unité, et l'on suppose qu'il a voulu diviser l'hérédité en deux ou trois as, suivant les besoins; l'excédant du premier as s'impute sur le second, du second sur le troisième, et ce qui reste ainsi vacant sur le second ou le troisième appartient aux institués *sine parte*. Cette pluralité d'as n'est d'ailleurs qu'une supposition nécessaire pour fixer les parts non désignées par le testateur ; la portion de chacun une fois connue, on réduit le tout à un seul as, *omnes partes ad assem postea*

revocantur, dont les fractions sont alors des 1/24 ou des 1/36 (*Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 8).

4° *Héritiers institués ex certâ re.* — Le disposant a nommé plusieurs héritiers et l'un ou quelques-uns d'entre eux ont été institués *ex certâ re*. La règle *nemo partim* exige, d'une part, que les héritiers institués pour certains biens déterminés soient réputés institués *sine parte;* mais la nécessité de respecter l'intention du défunt veut, d'autre part, qu'on tienne compte dans une certaine mesure de l'attribution spéciale faite dans le testament.

Si tous les héritiers ont été institués *ex certâ re*, on efface la mention de la *certa res* et on divise l'hérédité entre eux d'après les règles qui viennent d'être indiquées. Mais on les tient pour grevés les uns envers les autres d'un legs *per præceptionem* portant sur les choses pour lesquelles ils ont été spécialement institués (L. 35, § 1, 2, D. *De hered. inst.*, 28-5).

Lorsque les héritiers n'ont pas tous été institués *ex certâ re*, l'hérédité se distribue entre eux d'après les principes connus. Mais, on répute les cohéritiers de l'*heres* institué *ex certâ re* grevés envers lui d'un fidéicommis particulier portant sur la *res;* quant à lui, on le tient pour grevé envers ses cosuccessibles d'un fidéicommis universel portant sur sa part héréditaire. Ce résultat fut conservé par Justinien qui simplifia cependant l'hypothèse en décidant que l'institué *ex certâ re* serait considéré comme un légataire de corps certain (L. 13, C. *De hered. inst.*, 6-24).

Partage. — Le concours de plusieurs héritiers tend à créer l'indivision et par suite aboutit au partage.

Suivant une ancienne règle consacrée par la loi des Douze Tables et qui n'a jamais varié, le partage a lieu de plein droit pour les créances et les dettes de la succession. En d'autres termes, après l'adition, chacun des cohéritiers se trouve, proportionnellement à sa quote-part héréditaire, investi d'une part de chaque créance et tenu d'une part de chaque dette, comme si toutes ces portions eussent été distinctes et séparées dès le principe (L. 4, pr. D. *Familiæ ercisc.*, 10-2. — L. 6, C. *Famil. ercisc.*, 3-36. — *Conf.* C. C. art. 1220).

Quant aux choses corporelles de l'hérédité, elles ne se partagent pas de plein droit, et deviennent indivises à la suite de l'adition faite par plusieurs héritiers. Mais chacun d'eux a la faculté de provoquer le partage; et nous savons déjà que toute convention qui

tendrait à maintenir l'indivision pour un temps illimité serait nulle. Le partage n'est au fond qu'un échange. Il s'opère soit à l'amiable par des modes d'acquérir réciproquement employés, soit en justice par voie d'*adjudicatio*. Dans cette seconde hypothèse, il intervient sur l'action *familiæ erciscundæ*, qui sera plus tard approfondie (L. 14, § 2, D. *Communi divid.*, 10-3. — L. 5, C. *Communi div.*, 3-37. — *Conf.* C. C. art. 815).

D'après notre loi française, le partage est *déclaratif* de propriété en ce sens que chacun des copartageants est censé avoir eu, dès le commencement de l'indivision, la propriété exclusive des biens qui lui sont finalement attribués.

Le partage romain, au contraire, est simplement *translatif* comme l'échange ordinaire, et ne rétroagit point. Le grand intérêt pratique de cette différence entre les deux législations, c'est que les droits réels dont un héritier a pu grever, durant l'indivision, les biens héréditaires qui ne tombent pas dans son lot, étaient valables à Rome et sont nuls aujourd'hui (L. 31, D. *De usu et usufr.*, 33-2) (1).

CHAPITRE XLV

SUBSTITUTIONS.

(*Inst.* L. II, t. XV, t. XVI.)

Le mot *substitutio* (*sub instituere*) désigne, dans son sens le plus large, une institution subsidiaire qui en suppose une autre. Le trait commun des substitutions, c'est qu'elles tendent à prévenir certaines chances de mourir intestat, en instituant un ou plusieurs héritiers de précaution, pour le cas où ces chances seraient réalisées. Elles ne sont à ce point de vue que des institutions conditionnelles.

Le droit romain connaissait quatre espèces de substitutions : 1° la substitution vulgaire; 2° la substitution pupillaire; 3° la substitution quasi-pupillaire; 4° la substitution fidéicommissaire. La législation française n'en connaît plus que deux : la substitution

(1) Le jurisconsulte Trébatius avait, paraît-il, essayé de soutenir quelques unes des conséquences de l'effet déclaratif du partage ; mais sa doctrine vivement combattue par Labéon ne prévalut pas en pratique (L. 31, D. *De usu et usuf.*, 33-2).

vulgaire qui est toujours permise et la substitution fidéicommissaire qui est en principe prohibée (*Conf.* C. C. art. 896, 898, 1046-1074) (1).

Quant aux substitutions pupillaire et quasi-pupillaire, elles sont impossibles chez nous par cette raison que le testament est un acte essentiellement personnel qui ne peut émaner que du propriétaire lui-même (*Conf.* C. C. art. 895).

§ I

Substitution vulgaire

(*Inst.* L. II, t. XV, *De vulgari substitutione.*)

La substitution *vulgaire* est une disposition par laquelle le testateur, après avoir institué un ou plusieurs héritiers, désigne une ou plusieurs personnes appelées à recueillir l'hérédité pour le cas où les héritiers ne pourraient ou ne voudraient la recueillir (*Conf.* C. C. art. 898).

Par exemple, le testament est ainsi conçu : *Titius heres esto ; si Titius heres non erit, tunc Mævius heres esto.* Titius, qui occupe le premier degré, est l'institué proprement dit ; Mævius, qui vient au second degré, est le substitué. Mævius lui-même pourrait recevoir valablement des substitués, qui seraient au troisième degré, ainsi de suite. Le testateur termine souvent la série des substitutions par un esclave ; il est alors assuré, si tous les autres refusent, d'avoir un héritier nécessaire et de ne pas mourir *intestat.* Le disposant peut encore, s'il le veut, substituer les divers institués entre eux (*Ulpien*, R. t. XXII, § 33. — *Inst.* L. II, t. XV, *De vulg. subst.*, pr, § 1).

Nature, forme et but de la substitution. — *Nature.* La substitution est une institution conditionnelle ; car le testament la subordonne à la défaillance du précédent appelé. L'hérédité ne se défère donc au substitué qu'après la condition accomplie, en d'autres termes, lorsqu'il est devenu certain que l'institué ne la recueillera pas (L. 69, D. *De acq. vel. om. hered.*, 29-2).

On applique d'ailleurs à cette institution subsidiaire toutes les règles prescrites pour la validité d'une institution quelconque. Il

(1) La substitution fidéicommissaire n'étant qu'une espèce particulière de fidéicommis, le fidéicommis *post mortem*, il en sera traité sur la théorie générale des fidéicommis (*Gaius*, II, 277. — *Infrà*, p. 657).

suit de là que le substitué doit être vivant et capable, c'est-à-dire investi de la *factio testamenti* passive et du *jus capiendi* lors de l'événement de la condition. Il en résulte encore que le testateur qui aurait des héritiers siens, est obligé de les exhéréder à l'égard de tous les substitués comme il est tenu de le faire à l'égard des institués (L. 3, § 3, D. *De liberis*, 28-2).

Enfin, l'acquisition de l'hérédité exige en règle générale l'adition du substitué ; cependant, si la même personne est substituée pour une part et substituée pour une autre, l'adition faite en l'une de ces qualités suffit pour que la part qui lui est déférée en l'autre qualité lui soit acquise de plein droit, à son insu et même malgré sa volonté (L. 81, D. *De acq. vel om. hered.*, 29-2).

Forme. — La substitution vulgaire est soumise à toutes les règles de forme qui régissent les institutions ordinaires ; on la rédige comme une institution conditionnelle. Il faut même remarquer qu'on ne tient pas compte de l'ordre des dispositions, en ce sens que la substitution peut indifféremment suivre ou précéder l'institution. Ainsi, le testateur peut, à son choix, dire : *si Titius heres non erit, tunc Mœvius heres esto*, ou bien : *Mœvius heres esto, si Titius heres non erit* (L. 28, D. *De hered. inst.* 28-5).,

But. — Pour pénétrer le but de la substitution, on doit distinguer, suivant que le substitué n'est appelé qu'à ce titre ou suivant qu'il figure déjà dans le testament à titre d'institué. Dans le premier cas, le but poursuivi par le disposant est évidemment de multiplier le nombre de ses héritiers testamentaires et par conséquent de diminuer autant que possible ses chances de mourir *intestat.* Dans le second cas, la substitution a surtout pour but d'écarter l'application des principes de l'accroissement ou les conséquences des lois caducaires.

On s'en rendra facilement compte sur la théorie des *leges caducariæ* et du *jus accrescendi* commune aux legs et aux institutions.

Effets de la substitution vulgaire. — Les effets de la substitution vulgaire peuvent se ramener à la règle suivante qui peut se formuler ainsi : En principe, le substitué ne recueille l'hérédité qu'à défaut de l'institué et lorsqu'il vient à la succession, il y prend absolument la place de l'institué. Trois propositions se dégagent de cette règle.

1° *Lorsque l'institué remplit son degré, on le préfère au substitué ;*

cette proposition n'est que l'application du principe qui voit dans la substitution une disposition subsidiaire et conditionnelle subordonnée à l'inefficacité de l'institution principale. Cependant, la loi *Ælia Sentia*, comme on l'a vu, déroge à cette règle dans l'intérêt des créanciers ; si le testateur mort insolvable a institué son esclave au premier rang, tout substitué peut écarter ce dernier en faisant lui-même adition (L. 57, D. *De hered. inst.*, 28-5 — *Suprà*, p. 22).

2° *Il n'y a pas de concours possible entre l'institué et le substitué*, puisque l'un ne vient qu'à défaut de l'autre. Le droit romain connut néanmoins plusieurs exceptions à cette règle ; il suffira d'en signaler trois.

A. Dans l'ancien droit, l'héritier institué *sub imperfectâ cretione*, qui se contentait d'accepter *pro herede gerendo*, venait en concours avec le substitué que le testateur lui avait donné pour le cas où les paroles de la *cretio* ne seraient pas prononcées. C'est donc que l'acte de gestion ne faisait pas acquérir l'hérédité avec la même énergie que la *cretio*. Cette distinction, déjà discutée à l'époque de Gaius, fut supprimée par Marc-Aurèle, et la *gestio* de l'institué suffit pour exclure entièrement le substitué (*Gaius*, II, 177, 178. — *Ulpien*, R. t. XXII, § 34).

B. L'institué est un esclave appartenant à deux maîtres. Si l'ordre de faire adition lui est donné par un *dominus* et refusé par l'autre ; l'esclave n'acquerra pour le maître que la moitié de la succession et l'autre moitié sera attribuée au substitué (L. 48, pr, D. *De vulg. et pup. subst.*, 28-6).

C. Le testateur, qui croit libre l'esclave Parthénius, l'institue pour héritier et lui substitue Mævius : *Parthenius heres esto ; si heres non erit, Mævius heres esto*. Dans la pensée du testateur, la condition *si heres non erit* ne visait que le cas où Parthénius ne deviendrait pas héritier pour lui-même, ou pour une personne qui l'aurait plus tard sous sa puissance ; à ce point de vue, la condition est accomplie, puisque Parthénius ne peut devenir héritier que pour le maître qu'il avait déjà lors du testament. Il faudrait donc appeler le substitué. Mais, d'un autre côté, il n'est pas établi que le testateur n'eût pas également fait l'institution, s'il eût connu la qualité de l'institué ; c'est d'ailleurs un principe certain, que l'erreur du testateur sur la qualité du destinataire ne vicie pas les dispositions testamentaires. Il faudrait donc exclure le substitué. Entre ces deux décisions également logiques, le choix est difficile. Tibère en tira

la conséquence que l'hérédité devait se partager entre le substitué et le maître de l'institué ; ce maître était l'Empereur lui-même dans l'hypothèse qu'il trancha (L. 40 ; L. 41, D. *De hered. inst.*, 28-5. — *Inst.* L. II, t. XV, *De vulg. subst.*, § 4).

3° *Le substitué prend la place juridique de l'institué.* Autrement dit, il succède à l'actif et au passif de la même manière et dans la même mesure que l'institué ; comme lui aussi il paye les legs et les fidéicommis à moins que ces charges testamentaires ne grèvent spécialement l'institution (*Inst.* L. II, t. XV, *De vulg. subst.*, § 2. — L. 4, C. *Ad. sen. Treb.*, 6-49).

Ici, on se trouve en présence d'une difficulté. Titius, Séius et Mævius sont institués; à Titius est substitué son cohéritier Séius, et à Séius lui-même est substitué Cornélius, qui ne figure pas au nombre des institués. Titius et Séius ne viennent pas à la succession ; que va recevoir Cornélius? n'aura-t-il comme substitué que la part de Séius, sauf à partager avec Mævius celle de Titius par droit d'accroissement? ou bien recueillera-t-il seul la part de Séius et celle de Titius? Cette seconde solution prévalut ; elle est devenue la règle *substitutus substituto videtur et instituto substitutus* (*Inst.* L. II, t. XV, *De vulg. subst.*,, § 3).

§ II

Substitution pupillaire.

(*Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. substit.*)

La substitution *pupillaire* est une institution d'héritier faite par un père de famille pour son fils impubère, en prévision du cas où cet enfant, après lui avoir survécu, viendrait à mourir avant la puberté, c'est-à-dire encore incapable de tester (*Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. sub.*, pr. — *Contrà,* C. C. art. 895) (1).

Nature et forme. — Comme toutes les substitutions, celle-ci n'est qu'une institution conditionnelle. Elle dépend même de deux conditions : 1° il faut d'abord que l'enfant devienne *sui juris* par le décès du testateur ; sinon, il serait inutile d'exercer pour son compte un droit de tester qu'il n'aurait pas ; 2° il faut en second

(1) La substitution pupillaire est d'origine coutumière; sans pouvoir préciser la date de son introduction dans le droit romain, on peut cependant affirmer qu'elle était déjà pratiquée à l'époque de Cicéron (*Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. sub.*, pr. — Cicéron, *De oratore*, I, 39).

lieu que la mort le surprenne impubère; sinon, il aurait pu exercer lui-même son droit de tester.

A la différence des autres substitutions, la chance de mourir *intestat* qu'écarte la *substitutio pupillaris* n'est pas personnelle au testateur; c'est un descendant qu'il veut sauver de ce danger. L'usage de cette faculté n'est possible qu'envers les enfants du sang ou adoptifs, actuellement soumis à la puissance immédiate ou médiate du père de famille, ainsi qu'envers les postumes siens. La substitution pupillaire ne serait pas possible au contraire envers les émancipés ou, d'une manière générale, envers tous les descendants qui sont sortis de la puissance paternelle (L. 2, pr., D. *De vul. et pup. subst.*, 28-6. — *Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. sub.*, pr., § 4, *in fine*).

Pour qu'une pareille substitution soit efficace, il faut que le père de famille teste valablement pour lui-même. Mais on n'exige pas, tout au moins à l'époque des jurisconsultes, qu'il teste au profit de l'impubère. En d'autres termes, la substitution pupillaire n'est qu'un attribut de la *patria potestas*, absolument indépendant de la transmission de l'hérédité paternelle, et qui s'applique indistinctement aux enfants institués ou exhérédés (*Gaius*, II, 182. — *Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 4).

On a dès lors le droit, en se plaçant au temps classique, de concevoir deux systèmes principaux sur la substitution pupillaire. Ils sont admis ensemble dans les textes, et ce n'est pas une des moindres singularités de la matière que cette diversité de principes (*Gaius*, II, 180. — *Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 2).

1° *Premier système.* — Il y a disposition de deux hérédités, mais unité de testament; *unum est testamentum, duarum hereditatum.* Ce point de vue se reflète dans le langage de Justinien, qui qualifie le *pupillare testamentum* de *pars et sequela testamenti patris.* De là résulte aussi qu'on ne peut tester pour l'impubère sans tester pour soi-même, que l'infirmation du testament paternel entraîne la nullité de la substitution pupillaire, et que le tout peut se faire par un seul et même acte testamentaire, etc. Dans ce dernier cas, la substitution ne doit venir, à peine de nullité, qu'après l'institution pour le compte du père, dont elle n'est qu'une dépendance (*Gaius*, II, 180, *in fine.* — L. 20, D. *De vulg. et pup. subst.*, 28-6. — *Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 5).

2° *Second système.* — Il y a deux testaments et deux hérédités;

duo quodammodo sunt testamenta. En conséquence, la substitution pupillaire est valablement faite par acte postérieur et séparé, et doit réunir toutes les conditions exigées pour la validité des institutions en général. Il est même admis que l'un des deux actes soit écrit, et l'autre nuncupatif. Dans le même ordre d'idées, lorsque le père fait son testament, il peut n'avoir pas encore en sa puissance l'impubère qui recevra plus tard une substitution pupillaire. Enfin l'institué du père a parfois le *jus capiendi* à son égard, sans l'avoir envers le fils (*Gaius*, II, 180, *in medio*. — L. 2; L. 6; L. 11; L. 16, § 1; L. 20, § 1, D. *De vulg. et pup. subst.*, 28-6. — *Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. sub.*, § 3).

Substitutio compendiosa. — Le testateur opère souvent d'un seul coup, au profit de la même personne, une substitution vulgaire et une substitution pupillaire, notamment dans la forme suivante : *filius meus heres esto; si heres non erit, aut si decesserit intrà pubertatem, Seius heres esto.* Comme cet usage était fréquent, on en vint à le sous-entendre; et les empereurs Lucius Verus et Marc-Aurèle décidèrent que le substitué vulgaire du fils serait en même temps son substitué pupillaire, ou *vice versâ*, à moins que le testament ne contînt une disposition contraire (L. 4, pr., D. *De vulg. et pup. subst.*, 28-6).

Le père qui laisse plusieurs enfants impubères est maître de donner un substitué pupillaire à chacun d'eux, ou seulement à quelques-uns; il peut aussi n'en donner qu'au dernier mourant. Il prendra le premier parti, s'il veut qu'aucun de ses enfants ne meure *intestat* (*Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 6).

Effets de la substitution pupillaire. — Pour que la substitution pupillaire produise ses effets, elle doit, en s'ouvrant, trouver le substitué vivant et capable. Supposons que le substitué soit un individu dont le testateur pouvait faire pour lui-même un héritier nécessaire, c'est-à-dire son esclave ou son descendant *in potestate;* il deviendra toujours un héritier nécessaire du pupille, alors même qu'il ne remplirait plus, au moment de l'ouverture de la substitution, les conditions de cette qualité à l'égard de la succession paternelle.

A l'inverse, si le substitué pupillaire est un individu dont le testateur ne pouvait faire pour lui-même un *necessarius*, il sera toujours héritier externe du pupille, et conséquemment libre d'accepter ou de répudier (L. 10, § 1, D. *De vulg. et pup. subst.*, 28-6).

Telle est du moins la doctrine probable des grands juriscon-

sultes classiques, qui admettaient le substitué à faire adition de l'hérédité de l'impubère, après avoir répudié celle du père, et réciproquement. Ce n'était là qu'une déduction pratique de la théorie qui reconnaissait l'indépendance des deux hérédités. Justinien a eu le tort de revenir en arrière et de consacrer, sur cette question spéciale, l'avis contraire de Nératius, qui voyait dans l'hérédité de l'impubère un simple accroissement de l'hérédité du père, et qui, par suite, obligeait le substitué à prendre le même parti sur les deux successions (L. 8, § 1 ; L. 12, D. *De vulg. et pup. subst.*, 28-6 ; L. 59, D. *De acq. vel om. her.*, 29-2. — L. 20, C. *De jure delib.*, 6-30. — *Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 2, *in fine*).

Actif recueilli par le substitué. — En principe, le substitué recueille tous les biens de l'impubère, non seulement ceux qui avaient été compris dans la succession paternelle, mais encore ceux que lui avait procurés une cause quelconque depuis sa libération de puissance (L. 10, § 5, D. *De vulg. et pup. subst.*, 28-6. — *Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 4).

Cette règle reçoit notamment une exception remarquable. L'impubère, devenu *sui juris* par la mort du père, a été donné en adrogation ; il est ensuite redevenu *sui juris* par la mort de l'adrogeant ; enfin il meurt lui-même avant la puberté. Si deux substitutions pupillaires ont été faites, l'une par le père, l'autre par l'adrogeant, la première embrassera tout ce que l'adrogeant a dû promettre de restituer aux ayant droit de l'impubère pour le cas où *decesserit intrà pubertatem ;* la seconde embrassera tout ce qui est advenu à l'impubère en vertu de l'adrogation, c'est-à-dire la succession même de l'adrogeant s'il a été institué, la quarte Antonine s'il a été exhérédé, etc. (L. 10, § 6, D. *De vulg. et pup. subst.*, 28-6. — *Suprà*, p. 64) (1).

Passif qui grève le substitué. — Les charges qui pèsent sur le substitué pupillaire sont les dettes et les legs.

Dettes. — Le substitué supporte, en même temps que les dettes de l'impubère, celles qui grevaient le patrimoine du testateur, si l'impubère a été institué et n'a pas usé du bénéfice d'abstention. Lorsque le pupille s'est abstenu, le substitué qui n'a pas lui-même recueilli le patrimoine du testateur profite de l'abstention, tout au

(1) En supposant que le substitué ne fût pas investi du *jus capiendi* au décès du père et qu'il l'eût ensuite à la mort de l'impubère, il n'aurait pas le droit de toucher aux biens paternels (L. 6. D, *De vulg. et pup., subst.* 28-6).

moins dans l'opinion prédominante (L. 42, pr., D. *De acq. vel om. hered.*, 29-2).

Legs. — Quant aux legs, le substitué pupillaire n'en peut avoir à payer, si le patrimoine du testateur ne lui parvient directement ou indirectement, c'est-à-dire s'il n'est pas lui-même l'héritier du père, et si l'impubère a été exhérédé. Mais, lorsque l'impubère a été institué par le testateur, ou qu'il a rendu son exhérédation inutile par la *bonorum possessio contrà tabulas*, ou que le substitué a été l'héritier du père, les legs grèvent le substitué dans une proportion qui change avec les cas; on s'en rendra compte sur la théorie générale des legs (L. 126, § 1, D. *De legatis*, 1°, 30. — L. 11, § 5, 7, 8, D. *Ad leg. Falcid.*, 35-2).

Extinction de la substitution pupillaire. — On a déjà vu que le testament paternel, en devenant inefficace pour une cause quelconque, entraîne dans sa ruine la substitution pupillaire; mais le moindre effet conservé à l'institution, par le droit civil ou par le droit prétorien, maintiendra la substitution (L. 34, § 2; L. 38, § 5, D. *De vulg. et pup. subst.*, 28-6).

Il y a néanmoins des hypothèses où la substitution pupillaire s'évanouit, bien que le testament du père reste valable et soit exécuté. Ces causes d'extinction sont au nombre de quatre :

1° L'impubère meurt avant le paterfamilias, *in potestate patris;* 2° il sort de la famille du vivant de son père; 3° il arrive à la puberté; le père a même la faculté de fixer, pour la chute de la substitution, un âge inférieur à la puberté, mais non supérieur; 4° le substitué pupillaire, instruit de sa qualité à la mort du testateur, laisse s'écouler un an depuis cette date sans provoquer la nomination d'un tuteur à l'impubère; cette déchéance fut édictée dans le Bas-Empire par Théodose et Valentinien (L. 14; L. 38, § 1, 2; L. 41, § 2, D. *De vulg. et pup. sub.*, 28-6. — *Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 5, 8. — L. 10, C. *De legit. hered.*, 6-58. — *Conf.* C. C. art. 1056, 1057).

§ III

Substitution exemplaire ou quasi-pupillaire.

(*Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 1.)

L'impuberté n'est pas la seule cause qui supprime l'exercice du droit de tester; la folie a le même effet. Cependant l'usage de tester

pour un fou n'était pas normal à l'époque classique ; il fallait en obtenir de l'Empereur la permission spéciale (L. 43, pr. D. *De vulg. et pup. subst.*, 28-6).

Justinien généralise cette faveur, et autorise tout ascendant à faire désormais une institution d'héritier pour son descendant fou, en vue du cas où il mourrait sans avoir recouvré la raison (L. 9. C. *De impuberibus*, 6-26. — *Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 1).

C'est là une troisième sorte de substitution que les commentateurs ont appelée *exemplaire* ou *quasi-pupillaire*, à cause de sa ressemblance avec la précédente.

Soumise aux mêmes règles de fond et de forme que la substitution pupillaire, elle s'en distingue néanmoins par deux graves différences. 1° Ce n'est plus sur la puissance paternelle qu'est fondé le droit de substituer, mais sur l'affection naturelle et le devoir du sang. Il appartient donc à tous les ascendants ou ascendantes de la ligne paternelle ou maternelle ; il suffit que le fou compte au nombre de leurs héritiers légitimes. Mais ici se présentent deux questions insolubles : Justinien a-t-il entendu donner ce droit cumulativement à tous les ascendants ? et si l'on admet que chacun d'eux peut nommer un substitué, comment déterminer les parts des divers substitués (1) ? 2° Le testateur doit prendre le substitué quasi-pupillaire parmi les descendants du fou, et, quand il n'en a point, parmi ses frères ou sœurs ; ce n'est qu'à défaut de ces parents que le choix est entièrement libre, comme il l'eût été dans la substitution pupillaire (*Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 1).

On signale ordinairement une troisième différence. La substitution quasi-pupillaire, dit-on, ne vaut qu'à la condition pour le testateur de laisser au descendant sa quarte légitime, et cette nécessité n'existe pas dans le cas d'une substitution pupillaire. La vérité est que Justinien, dans sa constitution, parle de la légitime que le testateur est forcé de laisser à ses enfants ; sans être indispensable à la validité initiale du testament, elle empêche la plainte d'inofficiosité qui la ferait tomber, et qui entaînerait par conséquent l'extinction de la substitution. Or, à ce point de vue, les substitutions pupillaire et quasi-pupillaire sont exactement sur la même ligne (*Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 7, *in fine*).

(1) Il est généralement admis que tous les ascendants peuvent faire une substitution quasi-pupillaire ; mais alors, chaque substitué ne recueille que les biens provenant de l'ascendant qui l'a désigné.

La substitution quasi-pupillaire s'évanouit lorsque le descendant atteint de folie recouvre définitivement la raison (*Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 1, *in fine*).

CHAPITRE XLVI

CHARGES IMPOSÉES PAR LE TESTATEUR A L'HÉRITIER.

(*Inst.* L. II, t. XX, t. XXIV.)

Avant de passer aux hérédités légitimes, les Institutes s'occupent des legs et des fidéicommis ; or, ce sont là deux causes d'acquisition qui ne sont pas toujours faites *per universitatem* et qui, dès lors, semblent étrangères à notre matière actuelle. Mais cette digression a pour raison d'être, ainsi que l'explique Justinien, l'impérieux besoin d'achever l'exposition des règles du testament (*Gaius*, II, 191. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, pr.).

A l'époque classique, le testateur peut imposer à son héritier deux espèces de charges, les legs et les fidéicommis.

Ressemblances. — Le legs et le fidéicommis présentent les ressemblances suivantes : 1° en principe, ils n'impliquent pas continuation de la personnalité juridique du *de cujus ;* 2° ils constituent des libéralités de dernière volonté ; ils restent donc inefficaces et révocables jusqu'à la mort du disposant, et ne sauraient aboutir directement à mettre en perte le gratifié qui les accepte ; 3° ils émanent du défunt lui-même, non de l'héritier, qui n'est en conséquence tenu de les exécuter qu'*intrà vires successionis*.

Différences. — Mais il existe entre eux de profondes différences : 1° le legs n'est valablement fait que par testament, ou par un codicille confirmé qui équivaut au testament, tandis qu'un acte quelconque de dernière volonté, fût-ce un codicille non confirmé, peut contenir un fidéicommis ; 2° le legs, à l'exemple de l'institution d'héritier, est conçu dans une formule impérative, tandis que la formule du fidéicommis est précative ; 3° le legs ne peut être imposé qu'à un héritier testamentaire tandis que le fidéicommis est régulièrement imposé à quiconque reçoit du *de cujus* une disposition de dernière volonté, c'est-à-dire à l'institué, au légataire, à un autre fidéicommissaire ; on a même la faculté d'y soumettre un héritier *ab intestat*, parce qu'il est censé tenir du défunt la succession que

ce dernier ne lui a pas enlevée (*Gaius*, II, 270, 271. — *Ulpien*, R. t. XXIX, § 1).

Ces dissemblances s'affaiblirent graduellement avec le temps; elles furent en fin supprimées par Justinien qui fondit ensemble les legs et les fidéicommis pour les soumettre à des règles identiques (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 3. — L. 2, C. *Communia de legatis*, 6-43).

Il est néanmoins indispensable de tracer isolément les tableaux de ces deux célèbres institutions, si distinctes dans la législation de la grande époque (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 3, *in fine*).

PREMIÈRE SECTION

THÉORIE DES LEGS.

(*Inst.* L. II, t. XX, t. XXI, t. XXII.)

Le legs est une libéralité de dernière volonté, faite en forme impérative dans un testament (ou dans un codicille confirmé), et mise à la charge d'un ou de plusieurs héritiers testamentaires.

Les Institutes, en définissant le legs *donatio quædam à defuncto relicta*, sans indiquer la nécessité d'une institution, le considèrent dans le dernier état du droit et ne le séparent pas du fidéicommis (*Inst.* L. II, t. XX, *De légatis*, § 1. — *Conf.* C. C. art. 1002-1024) (1).

§ I

Classification des legs.

Pour exposer avec méthode les différentes espèces de legs que connut la législation romaine, on distingue ordinairement trois périodes : 1° Droit classique; 2° époque impériale; 3° législation de Justinien.

I. — **Droit classique.** — Les jurisconsultes de l'époque classique ramenaient à quatre les différentes manières de léguer, et distinguaient par conséquent quatre catégories de legs, *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, *per præceptionem* (*Gaius*, II, 192. — *Ulpien*, R, t. XXIV, §2. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 2).

(1) Les textes du Digeste nous fournissent encore plusieurs autres définitions du legs ; mais toutes ces définitions prises isolément sont incomplètes (*Florentinus*, L. 116, pr. D. *De legatis*, 1°, 30. — *Modestin*, L. 36, D. *De legatis*, 2°, 31. — *Ulpien*, R. t. XXIV, § 1).

Ces différents legs peuvent se ranger en deux groupes. Les legs *per vindicationem* et *per præceptionem* sont des legs de propriété ; le testateur y confère directement au légataire la propriété de la chose léguée. Les legs *per damnationem* et *sinendi modo* sont des legs de créance ; le testateur investit le légataire d'une créance à poursuivre contre l'héritier. Dans l'un et l'autre de ces deux groupes, le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem* sont le type principal.

1° *Legs per vindicationem.* — Ce legs est conçu dans une formule absolument impérative : *Lucio Titio Stichum do lego ;* ou bien *Lucius Titius Stichum sibi habeto*, etc. (*Gaius*, II, 193).

A raison de l'effet qu'il doit produire, ce legs ne s'applique valablement qu'aux choses dont la propriété quiritaire appartient au testateur, soit à la double époque du testament et de la mort, si le legs est d'un corps certain, soit à l'époque de la mort seulement, si le legs porte sur une quantité. Il exclut donc la chose d'autrui, la chose de l'héritier, la chose qui est simplement *in bonis testatoris*, et les fonds provinciaux (*Gaius*, II, 196).

Le légataire acquiert de plein droit la propriété de l'objet légué, sans qu'il soit obligé d'en demander le transfert à l'héritier. Sur la seule preuve du legs qui lui a été fait, on l'admet à revendiquer ; ainsi s'explique le nom de legs *per vindicationem*. Mais à quel moment précis la propriété passe-t-elle directement du patrimoine du testateur dans le patrimoine du légataire ? Il y eut sur ce point de vives dissidences entre les Sabiniens et les Proculiens. Ce fut la doctrine sabinienne qui triompha dans les deux cas de legs pur et simple et de legs conditionnel : 1° au premier cas, le légataire acquiert la propriété dès l'instant où l'héritier fait adition ; l'acceptation ou la répudiation ultérieure du légataire confirme ou supprime rétroactivement ce résultat, qui a pu se produire à son insu. C'est là ce qu'on exprime en disant que le *dominium* de la chose léguée reste *in pendenti* depuis l'adition jusqu'au jour où le légataire a manifesté son intention d'accepter la libéralité testamentaire qui lui est destinée ; 2° au second cas, la propriété provisoire appartient à l'héritier *pendente conditione*, et passe au légataire, sans rétroactivité, par l'effet de la condition accomplie (*Gaius*, II, 195, 200. — L. 66, D. *De rei vind.*, 6-1. — L. 8, D. *De rebus creditis*, 12-1. — L. 13, § 1, D. *De pig. et hyp.*, 20-1 ; L. 86, D. *De legatis*, 1°, 30).

Le legs *per vindicationem* est donc, en définitive, un mode d'acquérir ; on le fait rentrer d'habitude dans la *lex* (*Suprà*, p. 165).

Il sert à la constitution de tous les droits réels civils, servitudes prédiales ou personnelles ; mais il reste inapplicable aux droits réels de source prétorienne, ainsi qu'aux créances (*Conf.* C. C. art. 1014).

2° *Legs per præceptionem.* — Ce legs était ainsi conçu : *Lucius Titius Stichum præcipito ;* une formule de ce genre impliquait dans sa lettre un avantage par préciput accordé à un héritier (*præcipere*, prendre hors part). Aussi, dans l'opinion des Sabiniens, n'était-il possible qu'en faveur de l'un de plusieurs institués, sur un objet héhéréditaire, et se réclamait-il par l'action *familiæ erciscundæ*. Les Proculiens, moins rigoureux, prenaient le mot *præcipere* dans le sens de *capere*, et assimilaient le legs *per præceptionem* au legs *per vindicationem*. Ils ne l'en distinguaient que par deux règles : 1° fait au profit d'un héritier, il pouvait porter sur une chose que le testateur avait seulement *in bonis* au moment de sa mort ; car le destinataire en obtenait l'exécution par l'action *familiæ erciscundæ* qui lui appartenait contre ses cohéritiers ; 2° fait au profit d'un étranger, il exigeait bien que le testateur eût eu la propriété quiritaire lors du décès, mais non pas au jour du testament. Ce fut l'opinion des Proculiens confirmée par un rescrit de l'empereur Adrien, qui l'emporta définitivement dans la pratique (*Gaius*, II, 221, 222. — L. 12, C. *De legatis*, 6-37).

3° *Legs per damnationem.* — Primitivement, ce legs était conçu à l'image d'une condamnation : *heres meus damnas esto dare, facere ;* de là son nom. Plus tard, on admit des formules équivalentes : *Heres meus dato, facito — heredem meum dare, facere jubeo* (*Gaius*, II, 201).

Ici, le légataire n'acquiert pas directement un droit réel sur la chose léguée ; il n'obtient qu'une créance contre l'héritier, soit à l'instant de l'adition, si le legs est pur et simple, soit à l'arrivée de la condition, si le legs est conditionnel. Cette créance l'investit d'une action purement personnelle, la *condictio ex testamento*, pour réclamer le *dare* ou le *facere* mise à la charge de l'héritier. Cette action croît au double *per infitiationem*.

Le legs *per damnationem*, en raison du droit qu'il engendre, est applicable à tout ce qui peut devenir l'objet d'une obligation, chose du testateur, de l'héritier ou d'autrui, chose future, simple fait, etc. C'est le plus large de tous les legs, le legs par excellence, *optimum jus legati* (*Gaius*, II, 197, 201-204, 213. — *Ulpien*, R. t. XXIV, § 8).

4° *Legs sinendi modo.* — Ce legs était conçu dans les termes suivants : *heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere sibique habere* (*Gaius*, II, 209).

Cette formule suppose que l'héritier possède la chose léguée. Le legs *sinendi modo* est donc moins large que le legs *per damnationem* et ne frappe pas valablement la chose d'autrui. Mais il est moins étroit que le legs *per vindicationem* et porte régulièrement sur toutes choses qui sont, au moment de l'ouverture de la succession, dans le patrimoine du testateur ou de l'héritier, sans distinction entre la propriété quiritaire ou prétorienne et les fonds provinciaux. Sur ce point il n'y avait nulle discussion (*Gaius*, II, 210-213).

Mais plusieurs jurisconsultes soutenaient, en s'inspirant de la formule même du legs, que l'héritier n'avait qu'une sorte d'obligation passive plutôt qu'active; ils ne reconnaissaient au légataire que le droit de se mettre lui-même en possession et d'usucaper. Cette logique à outrance avait prévalu peut-être dans les premiers temps; mais les jurisconsultes classiques adoptèrent une solution plus pratique, et donnèrent contre l'héritier, de même qu'en vertu d'un legs *per damnationem*, l'action personnelle *ex testamento* pour le contraindre à la translation de propriété (*Gaius*, II, 214).

II. — **Droit impérial.** — La théorie du droit classique avait un visible défaut qui était de subordonner le fond à la forme et d'enchaîner trop étroitement la volonté du testateur à ses paroles.

Le sénatus-consulte Néronien, rendu sous le règne de Néron (vers l'an 817 de Rome, 64 de J.-C.), décida que tout legs, dont la nullité ne tiendrait qu'à l'impropriété des termes de la formule, aurait désormais la valeur d'un legs *per damnationem* (*Ulpien*, R. t. XXIV, § 11ª).

Étaient ainsi validés, par exemple, le legs *per vindicationem* de la chose d'autrui, le legs *sinendi modo* d'une chose n'appartenant ni au testateur ni à l'héritier, le legs *per præceptionem* fait à un institué mais ne portant pas sur une *res hereditaria*, et pour les Sabiniens, le legs *per præceptionem* fait à un *extraneus* (*Gaius*, II, 197, 212, 218, 222).

La pratique tira de là une conséquence importante ; il fut admis que le légataire aurait le droit de considérer comme fait *per damnationem* tout autre legs valable, et de substituer à l'action en revendication ou *familiæ erciscundæ* la *condictio ex testamento*, s'il y trouvait avantage (L. 84, § 13 ; L. 85 ; L. 108, § 2, D. *De legatis*, 1°, 30).

Cependant le sénatus-consulte Néronien laissait subsister les anciennes formules. Un nouveau progrès fut accompli en 339; une décision des fils de Constantin permit de faire en termes quelconques chacun des quatre legs; on les débarrassait de leurs formules solennelles pour ne s'attacher plus qu'à l'intention du testateur (L. 21, C. *De legatis*, 6-37. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 2).

III. — **Législation de Justinien.** — Une constitution fameuse de Justinien rendue en l'année 529, vint enfin supprimer les distinctions précédentes et confondre dans une classe unique tous les legs, désormais investis d'effets uniformes (L. 1, C. *Communia de legatis*, 6-43. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 2).

Le légataire peut dorénavant poursuivre son legs par trois actions, la *rei vindicatio*, la *condictio ex testamento* et l'*actio hypothecaria*. La revendication rend inutile toute autre action et dérobe le légataire, en sa qualité de *dominus*, au concours des créanciers de l'héritier, sans qu'il ait besoin d'invoquer la *bonorum separatio*. Mais, par la force même des choses, elle ne résulte que du legs d'un corps certain dont la propriété appartenait au testateur, et l'action personnelle reste seule possible dans le cas où le legs porte sur un fait, sur la chose d'autrui, sur un genre qui manque dans la succession, etc. Lorsque les deux actions compètent ensemble au légataire, il est toujours libre de choisir entre elles, et son choix n'a rien d'irrévocable; c'est une exception à la règle qu'on n'est pas admis à *condicere rem suam* (*Gaius*, IV, 4. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 14).

Quant à l'action hypothécaire, elle confirme et développe, par un droit de suite, le droit de préférence que la *bonorum separatio* classique procurait au légataire contre les créanciers de l'héritier. Cette hypothèque se fonde sur une présomption de volonté du testateur. Elle est spéciale, en ce sens qu'elle frappe seulement les biens du défunt, non les biens personnels de son successeur. S'il y a plusieurs institués, chacun d'eux n'est hypothécairement tenu que jusqu'à concurrence de la portion qu'il supporte personnellement dans la dette du legs (L. 1, C. *Communia de legatis*, 6-43. — *Contrà*, C. C. art. 1017).

Mais, après le partage, et en vertu de l'effet translatif que lui reconnaît la loi romaine, il n'en sera plus de même; car toute chose héréditaire, mise dans le lot d'un cohéritier, s'y trouvera grevée de l'hypothèque pour la propre part de ce dernier dans le legs, et pour

les parts que devaient supporter les cohéritiers dont il est l'ayant cause (*Suprà*, p. 613).

§ II

De l'ouverture et de l'acquisition des legs ; dies cedit, dies venit.

Les jurisconsultes romains avaient imaginé deux locutions techniques pour caractériser l'ouverture et l'acquisition des legs ; ils se servaient ordinairement des expressions : *dies cedit* et *dies venit*.

Dies venit (le terme est venu) signifie toujours que le droit est exigible, dans les obligations contractées entre-vifs aussi bien que dans les legs.

Dies cedit (le terme s'avance) signifie, dans les obligations contractées entre-vifs, que le droit, sans être encore exigible, a du moins une existence d'ores et déjà certaine. Dans les legs, la *diei cessio* n'est que le moment de la fixation éventuelle du droit ; ce n'est qu'une ouverture précaire et provisoire de la vocation du légataire (L. 213, D. *De verb sign.*, 50-16).

Détermination du dies venit. — A quel moment se place le *dies venit* dans les legs, autrement dit, quand le droit du légataire devient-il exigible ? Lorsque le legs est pur et simple, le *dies venit* se produit au jour de l'adition, si l'héritier institué est un héritier externe, au décès du testateur si l'héritier est un héritier nécessaire. Que si le legs est affecté d'une modalité suspensive, *dies a quo* ou *conditio ex quâ*, le *dies venit* se place alors à l'échéance du terme ou à l'arrivée de la condition (L. 21, C. *Quando dies leg.*, 36-2).

La fixation du *dies venit* ne présente pas une grande importance ; elle détermine seulement le jour à partir duquel le légataire peut exercer contre les débiteurs du legs les diverses actions qui lui compètent. D'ailleurs, même avant l'exigibilité, le légataire pourrait prendre diverses mesures conservatoires de son droit et notamment, demander la séparation des patrimoines et réclamer la *cautio legatorum* (*Infrà*, p. 632).

Fixation du dies cedit. — Pour marquer le moment de la *diei cessio*, on distingue entre les legs purs et simples ou à terme, d'une part, et, d'autre part, les legs conditionnels.

Le legs est-il pur et simple ou à terme : l'ancien droit et le droit de Justinien placent le *dies cedens* à la mort du testateur. On verra, sur la théorie des lois caducaires, qu'une disposition spéciale l'avait reculé, dans le droit classique, jusqu'à l'ouverture du testament,

apertura tabularum qui avait lieu trois ou cinq jours après le décès (*Ulpien*, R. t. XVII, § 1. — t. XXIV, § 31. — L. 1, C. *De caducis toll.*, 6-51).

Le legs est-il conditionnel ou à terme incertain? Le *dies cedit* se produit alors à la réalisation de la condition ou à l'arrivée du *dies incertus*. Quand le légataire meurt *pendente conditione*, ses héritiers ne recueillent pas la libéralité dont il n'avait que l'espérance, et qui ne leur était pas adressée; c'est ici l'une des principales différences entre les testaments et les contrats, sous le rapport de la condition (L. 5, § 2; L. 21, D. *Quando dies leg.*, 36-2. — *Conf.* C. C. art. 1040, 1041. — *Suprà*, p. 302).

Exceptions. — Ces règles reçoivent quelques exceptions nécessaires; on peut en indiquer trois.

1° Supposons d'abord un esclave que son maître affranchit par testament, en lui faisant un legs. Si la *diei cessio* avait lieu au jour de la mort, le legs serait nul, parce que l'héritier qui en est débiteur en deviendrait créancier par l'intermédiaire de l'esclave; or ces deux qualités de créancier et de débiteur sont incompatibles. On recule donc le *dies cedit* jusqu'au moment de l'adition; car à cette époque l'esclave deviendra libre, et le droit au legs prendra immédiatement naissance à son profit (L. 7, § 6; L. 8; L. 17. D. *Quando dies leg.*, 36-2. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 20).

2° Supposons de même un legs d'usufruit, d'usage ou d'habitation. Le *dies cedit* est ici confondu avec le *dies venit*. En effet, on le reporte, si le legs est pur et simple, au jour de l'adition, et, si le legs est à terme ou conditionnel, au jour de l'échéance du terme ou de l'accomplissement de la condition. La raison en est que ces servitudes sont exclusivement attachées à la personne du titulaire, et que sa mort ou sa *capitis deminutio* éteint son droit à les réclamer, aussi bien qu'elle les éteindrait une fois constitués. Dès lors, il était préférable de fixer le *dies cedens* à l'instant même où le légataire pouvait entrer en jouissance. D'une part, il n'importait nullement aux héritiers du légataire que la *diei cessio* fût effectuée plus tôt, puisqu'elle n'aurait pas produit en leur faveur son effet ordinaire de rendre le legs transmissible. D'autre part, il importait beaucoup au légataire qu'on la retardât, puisqu'il échappait ainsi au danger de se voir dépouillé par une *capitis deminutio* antérieure à l'adition (L. 2; L. 3; L. 5, § 1, D. *Quando dies leg.*, 36-2. — *F. V.* § 60).

3° Supposons enfin un legs d'usufruit fait à une hérédité jacente

représentée par un *servus hereditarius*. Si le *dies cedit* avait lieu au moment où l'héritier tenu des legs fait adition, le legs serait inefficace parce qu'il est de principe que pour pouvoir acquérir un droit il faut être physiquement capable d'en jouir. On recule alors la *diei cessio* jusqu'au jour où l'hérédité à laquelle appartient l'esclave aura été elle-même acceptée (L. 16, § 1, D. *Quando dies leg.*, 36-2).

Intérêts pratiques du dies cedit. — La détermination exacte et précise du *dies cedit* importe à quatre points de vue principaux :

1° Le legs resterait inefficace, si le légataire n'était pas vivant et capable au *dies cedens* (L. 4. pr., D. *Quando dies leg.*, 36-2. — *Conf.* C. C. art. 1039, 1040).

2° Le droit éventuel du légataire porte sur la chose telle qu'elle est au jour du *dies cedit*. La gravité de cette remarque apparaît vite, si l'on suppose notamment que l'objet était une *universitas*, comme un pécule, un troupeau, qui a pu s'accroître ou diminuer depuis cette époque (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 17, 20).

3° Le *dies cedens* détermine la personne qui doit profiter du legs. En effet, lorsque le légataire se trouve sous la puissance d'autrui à un titre quelconque, c'est la personne investie de la puissance au moment du *dies cedit* qui recueille la disposition et en profite, alors même que le légataire deviendrait *sui juris* ou changerait de puissance avant l'acquisition du legs (*Ulpien*, R. t. XXIV, § 23. — L. 5, § 7, D. *Quando dies leg.*, 36-2).

4° L'effet le plus important de la *diei cessio*, c'est de rendre transmissible le droit éventuel du légataire. S'il meurt avant que l'adition de l'hérédité lui ait permis de le réaliser, ses héritiers ou successeurs universels pourront le recueillir à sa place ; car il eût été injuste de l'exposer à perdre le legs par son décès avant l'adition d'hérédité, qui ne dépend pas de lui (*Ulpien*, R. t. XXIV, § 30. — L. 5, pr., D. *Quando dies leg.*, 36-2).

III

Place, modalités et motifs des legs.

Place des legs. — Bien que le sénatus-consulte Néronien eût tempéré la rigueur des formules dans la législation classique des legs, une règle gênante subsista cependant jusqu'à Justinien. Il fallait, sous peine de nullité, que tout legs précédât l'institution dans le

testament; on en donnait la raison que, pour supporter cette charge, un héritier est indispensable, et qu'il n'y a pas d'héritier avant l'institution. Ce principe ne fléchissait pas même dans le legs de liberté (*Gaius*, II, 229, 230).

Justinien supprima dès l'année 528, cette formalité aussi rigoureuse qu'arbitraire, en décidant qu'il n'y aurait plus d'ordre matériel à suivre entre les dispositions du testament (L. 24, C. *De testamentis*, 6-23. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 34).

Modalités dans les legs. — Un legs peut être fait purement et simplement; il peut aussi être affecté de certaines modalités et notamment d'un terme ou d'une condition.

Les modalités suspensives, terme *a quo* et condition *ex quâ* sont librement admises dans le legs. Quant aux modalités résolutoires, terme *ad quem* et condition *ad quam*, elles entraînaient la nullité du legs dans le droit des jurisconsultes; car on se rappelle que la propriété ne pouvait se transférer valablement *ad tempus*, et l'on n'avait pas ici, pour réputer ces modalités non écrites, le même motif qu'en matière d'institution, c'est-à-dire la crainte d'ouvrir la succession *ab intestat*. Mais Justinien reconnut l'efficacité de ces modalités résolutoires (L. 26, C. *De legatis*, 6-37).

Par une autre dérogation à l'ancienne jurisprudence, qui ne tolérait pas qu'une obligation pût naître activement ou passivement dans la personne d'un héritier, avant d'avoir pris naissance sur la tête de l'auteur, Justinien valida les legs faits, soit pour une époque postérieure à la mort (*post mortem*) de l'héritier ou du légataire, soit pour la veille de leur mort, *pridiè quàm heres* ou *quàm legatarius moriatur* (L. 11, C. *De cont. et comm. stip.*, 8-38. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 35. — *Gaius*, II, 232, 233).

Quant aux détails relatifs à la condition, il suffit d'appliquer ici les règles des institutions conditionnelles spécialement, sur l'époque où la condition doit s'accomplir, sur la caution Mucienne dans le cas où le legs est affecté d'une condition potestative négative et sur l'effet des conditions impossibles ou illicites (*Suprà*, p. 555).

Cautio legatorum. — Il est nécessaire de mentionner ici une sûreté particulière que le droit prétorien accorde aux légataires à terme ou sans condition. Les légataires ne sont pas dans la situation des créanciers ordinaires, ils n'ont pas pu exiger des garanties de leur débiteur; il peut donc arriver qu'ils se trouvent, lors de l'exigibilité de leur droit, en présence d'un héritier insolvable qui ne-

pourra pas les payer ou d'un héritier récalcitrant qui contestera la validité ou l'étendue des legs.

Pour remédier à ce double inconvénient, le préteur leur permit d'exiger, sauf clause contraire du testament, la *cautio legatorum*. Or la *cautio legatorum* consiste dans une promesse personnelle de l'héritier, laquelle prévient tout débat ultérieur de sa part, et dans une satisdation, qui efface le danger de son insolvabilité. Le refus de cette sûreté entraîne un envoi du légataire en possession des biens de la succession; cet envoi, purement conservatoire, ne le met pas *in causâ usucapiendi* (L. 1, pr. D. *Ut legata*, 36-3; L. 5, D. *Ut in poss. leg.*, 36-4. — L. 7, C. *Ut in poss. leg.*, 6-54).

Motifs des legs. — Le legs a sa cause dans un sentiment de bienveillance pour le légataire.

Dès lors, il n'a nul besoin de reposer sur un motif précis, et l'indication même d'un motif inexact ne le vicie pas; c'est la règle *legato falsa causa non nocet*. Par exception, si les termes du testament ou quelque autre circonstance laissaient entendre que le testateur a subordonné le legs au motif indiqué, le légataire pourrait échouer contre une exception de dol (L. 72, § 6, D. *De cond. et dem.*, 35-1. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 31).

En vertu de la même idée, était nul le legs laissé *pœnæ nomine*, c'est-à-dire celui qui était fait, moins pour gratifier le légataire que pour imposer à l'héritier l'obligation de faire un certain acte ou de s'abstenir de tel fait. Cette nullité devait soulever bien des contestations; il n'était pas aisé de reconnaître, dans la pratique, si le testateur avait voulu faire le legs à titre de peine ou seulement sous condition. Aussi Justinien eut-il raison d'abroger cette règle, qui remontait probablement au règne d'Antonin le Pieux; il rétablit l'ancien droit et consacra toutes les dispositions faites par testament *pœnæ nomine*, à moins qu'elles n'eussent pour objet de pousser à l'accomplissement d'un acte illégal ou immoral (*Gaius*, II, 235, 236. — L. 1, C. *De his quæ pœnæ*, 6-41. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 36).

§ IV

Des personnes dans les legs.

Tout legs met nécessairement en présence trois personnes : le *disposant*, celui qui fait le legs; le *légataire*, celui qui en profite; le *grevé*, celui qui doit l'acquitter.

Disposant. — Pour pouvoir faire un legs il faut et il suffit que le disposant jouisse de la *factio testamenti active;* il faut, en d'autres termes, qu'il puisse laisser un testament, puisque le legs se fait dans l'acte testamentaire (*Suprà*, p. 558).

Il faut de plus ajouter que pour faire un legs *per vindicationem* portant sur un corps certain, il fallait, à l'origine du moins, que le testateur fût propriétaire *ex jure Quiritium* au moment de la confection du testament et au moment du décès (*Gaius*, II, 196).

Légataire. — Peuvent seuls recevoir des legs ceux qui ont la *factio testamenti passive* avec le testateur. *Legari autem illis solis potest cum quibus testamenti factio est* (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 24) (1).

Cette capacité doit exister au jour du testament, et au moment de l'ouverture du legs, mais de même qu'on n'exige pas que l'institué reste capable depuis le testament jusqu'à la délation de l'hérédité, de même il est indifférent que le légataire perde sa capacité par la suite, pourvu qu'il la recouvre avant la *diei cessio* (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 24).

Cette règle excluait à l'époque classique les personnes incertaines, et notamment les posthumes externes. Cependant les exceptions étaient ici plus faciles qu'en matière d'institution. Ainsi les cités n'obtinrent la *factio testamenti* qu'au temps de l'empereur Léon, et néanmoins elles purent recueillir un legs dès l'époque de Nerva et d'Adrien ; les corporations autorisées furent investies du même droit par Marc-Aurèle. Justinien permit de faire des legs aux personnes incertaines et aux posthumes externes sous la seule restriction que ceux-ci ne seraient pas des enfants incestueux ou adultérins du testateur (*Ulpien*, R. t. XXIV, § 28. — L. 20, D. *De rebus dubiis*, 34-5. — L. 1, C. *De incertis pers.*, 6-48. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 25, 26, 27, 28).

L'héritier se trouve dans une position spéciale. Quoique doué de la *factio testamenti*, et capable par conséquent d'être légataire, il ne peut toutefois recevoir un legs dont il serait lui-même tenu ; car il n'en saurait avoir à la fois la charge et le profit, la dette et la créance. Mais si le testateur institue plusieurs héritiers, il est libre d'avantager l'un d'eux par un legs, appelé *prælegatum*, qui s'exécutera pour les fractions imposées aux cohéritiers du légataire, et qui restera nul dans la mesure de la part qui incombe à l'héritier léga-

(1) Le légataire doit également être investi du *jus capiendi* (*Suprà*, p. 568).

taire (*Ulpien*, R. t. XXIV, § 22. — L. 34, § 11, 12, D. *De legatis*, 1°, 30; L. 18, § 3, D. *Ad senat. Treb.*, 36-1; L. 74, D. *Ad leg. Falc.*, 35-2).

Pour le même motif, on ne peut faire non plus de legs à l'esclave de l'héritier, si on ne lui laisse en même temps la liberté par fidéicommis. Il est également impossible de faire un legs à l'esclave du testateur à moins que cet esclave ne soit affranchi directement ou indirectement ou qu'il ne soit lui même légué à un tiers; le legs fait à l'esclave appartiendrait alors au légataire de l'esclave. Quant au *servus alienus*, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse valablement jouer le rôle de légataire pourvu que son maître ait la *factio testamenti passive* avec le défunt (*Ulpien*, R. t. XXIV, § 24).

D'ailleurs, dès que le légataire est capable de recueillir, le legs doit s'exécuter, alors même que le testateur se serait trompé sur le nom, le surnom, les prénoms, ou la profession du légataire; il suffit qu'aucun doute ne puisse planer sur la volonté du disposant (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 29).

Grevé. — Avant Justinien, les héritiers régulièrement institués dans le testament peuvent seuls être chargés de legs. Chaque héritier testamentaire supporte, en règle générale, une part des legs proportionnels à sa part héréditaire à moins que le testateur n'ait spécialement désigné celui des institués qui devait acquitter tels legs déterminés. D'ailleurs, aucun d'eux ne doit subir les legs au delà de ce qu'il retire de la succession, et si l'héritier renonce, il fait cesser la cause de son obligation (*Ulpien*, R. t. XXIV, § 20, 21. — L. 122, § 2, D. *De legatis*, 1°, 30).

Mais du jour où les legs eurent été assimilés aux fidéicommis, le disposant put valablement grever de legs tous ceux qui prennent quelque chose dans sa succession, il put donc en imposer, non seulement aux héritiers testamentaires mais encore aux légataires, aux fidéicommissaires et même aux héritiers *ab intestat* (*Inst.* L. II, t. XXIV, *De singulis rebus per fid.*, pr. — L. 2, C. *Comm. de legatis*, 6-43).

§ V

De l'objet des legs.

Un legs n'a valablement pour objet que les choses susceptibles d'entrer dans le patrimoine du légataire. Sont donc nuls *ab initio* les legs suivants : 1° le legs d'un fait illicite ou immoral; 2° le legs d'une chose qui n'existe plus ou qui n'a jamais existé, par exemple,

d'un esclave mort ou d'un hippocentaure; 3° le legs d'une chose qui est hors du commerce, soit d'une manière absolue, soit à l'égard du légataire seulement (*Ulpien*, R. t. XXIV, § 9. — L. 112, § 3, D. *De legatis*, 1°, 30; L. 49, § 2, D. *De legatis*, 2°, 31. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 4-7).

Lorsque la chose léguée est *extra commercium* d'une manière absolue, comme un homme libre ou un temple, le legs est atteint d'une nullité définitive et rien ne la couvre, pas même la circonstance qu'il est fait sous la condition que la chose rentrera dans le commerce. Mais, au contraire, dans le cas où la chose est hors du commerce à l'égard du légataire seulement, rien ne s'oppose à ce qu'on lègue sous une condition, si le légataire est devenu, lors de l'accomplissement de la condition, capable d'acquérir l'objet de la disposition (L. 18, D. *De legatis*, 2°, 31).

La nullité du legs empêche le légataire de réclamer non seulement la chose léguée, mais encore son estimation.

Dès qu'il est certain que le testateur a voulu léguer telle chose et que cette chose est susceptible d'appropriation privée, le legs doit s'exécuter, alors même que le testateur aurait donné une fausse qualification ou une indication inexacte de la chose léguée; *falsa demonstratione legatum non perimitur* (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 30).

On peut distinguer trois catégories de legs fondées sur l'objet : 1° legs de choses corporelles; 2° legs de choses incorporelles; 3° legs d'une *universitas juris*.

I. — **Legs de choses corporelles.** — Le legs de choses corporelles peut s'appliquer à une chose future, à une quantité ou à un genre, et à un corps certain.

1° *Choses futures.* — Le legs peut avoir pour objet une chose future, comme l'enfant qui naîtra de telle esclave, la récolte que donnera tel fonds, etc. Il est alors affecté nécessairement d'une condition tacite, et ne saurait, dans le droit classique, valoir comme legs *per vindicationem;* car la chose léguée n'a pas appartenu au défunt (*Gaius*, II, 203. — L. 25, § 1, D. *Quando dies leg.*, 36-2. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 7).

2° *Legs de genre ou de quantité.* — Le legs de genre ou de quantité est celui qui porte sur une chose déterminée seulement dans son genre, comme une somme d'argent, vingt mesures de blé, un esclave en général, deux bêtes à prendre dans un troupeau, etc. Au

temps des jurisconsultes, ce legs ne pouvait être fait *per vindicationem* qu'autant que la succession comprenait des objets rentrant dans le genre indiqué et alors le choix appartenait au légataire parce que la revendication implique une désignation précise de ce qu'on réclame. Fait *per damnationem*, il laissait le choix à l'héritier en sa qualité de débiteur, et l'exercice n'en était plus restreint aux choses comprises dans l'hérédité. Sous la législation de Justinien, à défaut d'une volonté contraire du testateur, le concours des actions assure toujours au légataire l'option que lui donnait auparavant la revendication, pourvu que l'objet du legs ne manque pas absolument dans la succession. Mais le légataire n'a jamais pu exiger une chose de la meilleure qualité, ni l'héritier l'imposer de la pire (*Ulpien*, R. t. XXIV, § 14. — L. 37, D. *De legatis*, 1°, 30. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 22. — *Conf.* C. C. art. 1022).

3° *Legs de corps certain.* — Le legs de choses corporelles a le plus souvent pour objet un corps certain c'est-à-dire une chose déterminée *in specie*. Appliqué à la chose du testateur dans les formes et sous les conditions qui le rendent *per vindicationem*, il est valable, alors même que le testateur aurait ignoré son droit de propriété; c'est le principe que la réalité prévaut sur la croyance, *plus valet quod in veritate est, quàm quod in opinione* (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 11).

Quand la chose léguée appartient au légataire lui-même, on tombe sous l'empire de la règle Catonienne, qui sera bientôt expliquée. Que si elle appartient à l'héritier, le legs est toujours valable, alors même que le testateur l'aurait crue sienne, car l'héritier n'a pas besoin de l'acquérir pour exécuter le legs (L. 67, § 8, D. *De legatis*, 2°, 31).

Enfin, lorsque le legs du corps certain porte sur la chose d'autrui, il ne renferme en lui-même aucune impossibilité ni physique ni juridique. Il ne sera nul que si le testateur s'est cru propriétaire, parce qu'on présume que s'il avait su que la chose fût à autrui, il n'aurait pas voulu la léguer. Mais, s'il est établi en fait, que le testateur savait que la chose ne lui appartenait pas, le legs sera valable; l'héritier devra se procurer la chose, et s'il ne peut y parvenir, il en payera la valeur au légataire. C'est au légataire, en sa qualité de demandeur, à prouver la validité de son legs, c'est-à-dire à démontrer que le testateur connaissait le droit des tiers sur la chose léguée. Cette théorie, conforme sans doute à la saine interprétation des volontés du disposant, était peu satisfaisante en pratique, en

raison des procès et des difficultés qu'elle soulevait entre l'héritier et le légataire, (L. 21, D. *De probationibus*, 22-3. — *Inst.* L. II, t. XX. *De legatis*, § 4. — *Contrà*, C. C. art. 1021) (1).

II. — **Legs de choses incorporelles.** — Un legs ne s'applique pas seulement à des choses corporelles, il peut aussi porter sur des choses incorporelles : *Tam autem corporales res quam incorporales legari possunt* (*Inst*. L. II, t. XX, *De legatis*, § 21).

Il arrive souvent en effet que le legs a pour objet, soit un droit réel ou de créance, soit un fait.

1° *Legs de droit réel.* — Le legs de droit réel s'applique ordinairement aux servitudes prédiales ou personnelles : il en est le mode de constitution le plus fréquent. Cette matière nous est déja connue; la seule remarque à faire, c'est qu'après la suppression de toute différence entre le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem*, il n'importe plus que le testateur établisse lui-même la servitude, ou charge son héritier de l'établir. Le legs peut également servir à constituer un droit réel prétorien tel qu'un droit de superficie ou d'emphytéose.

2° *Legs de créance.* — Un créancier peut léguer à un tiers son droit de créance, *legatum nominis*. Ce legs est nul ou s'évanouit, si la créance léguée n'existe pas, ou vient à s'éteindre du vivant du testateur. Il ne vaut jamais *per vindicationem;* car la revendication est inapplicable aux créances (L. 75, § 1, 2. D. *De legatis*, 1°, 30).

Ce legs ne transfère pas directement le droit du défunt au légataire, et ne lui donne pas la faculté d'agir de son propre chef contre le débiteur, parce qu'il n'est pas le continuateur de la personne du créancier. L'unique effet d'un pareil legs, c'est d'obliger l'héritier, seul investi de la créance, à faire au légataire une cession d'actions, à l'aide des procédés que nous connaissons. Si l'héritier refusait de procéder à cette cession, on la tiendrait pour accomplie et l'on investirait le légataire d'actions utiles contre le débiteur. D'ailleurs, l'héritier ne garantit pas l'efficacité des actions qu'il cède (L. 105, D. *De legatis*, 1°, 30 — *Inst*. L. II, t. XX, *De legatis*, § 21).

3° *Legs de dette.* — Un débiteur peut léguer à son créancier ce qu'il lui doit, *legatum debiti*. Ce legs est ordinairement nul, quand il n'y a pas d'obligation ; toutefois cette circonstance ne l'empêche

(1) Cette règle ne s'applique pas au legs fait à un conjoint ou à un proche parent ; dans ce cas, le legs est toujours valable, fût-il même démontré que le testateur croyait la chose sienne (L. 10, C. *De legatis*, 6-37).

pas de valoir, si le testateur a nettement désigné telle chose comme l'objet de sa prétendue dette ; on dit en ce sens que *falsa demonstratio non nocet* (L. 75, § 1, D. *De legatis*, 1°, 30. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 15).

Quand la chose léguée est véritablement due au légataire, le legs n'est valable qu'à la condition de lui procurer un avantage jusqu'alors étranger à son droit de créancier. Tel est le résultat qui se produit, par exemple, lorsque la dette primitive n'était que naturelle ou productive d'une action temporaire; le legs la rend civile et lui attache une action perpétuelle. De même, si la dette primitive était à terme ou conditionnelle, le legs la rend immédiatement exigible ou certaine (L. 28, pr. D. *De legatis*, 1°, 30. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 14).

Dans cette hypothèse, quand la condition accomplie ou le terme échu, du vivant du testateur, faisait perdre au legs l'avantage qu'il devait avoir sur la créance, certains jurisconsultes de l'époque classique l'annulaient. Mais l'opinion contraire soutenue par Papinien prévalut justement; en effet, le créancier gagnait toujours à ce legs la chance d'obtenir, s'il était *per damnationem*, une condamnation au double en cas d'*infitiatio*, et, s'il était *sinendi modo*, des intérêts en cas de *mora*. Il est à remarquer que dans le droit de Justinien le *legatum debiti* présentera presque toujours un avantage pour le légataire en ce qu'il lui donnera une hypothèque tacite pour garantir le paiement de sa créance (L. 82, pr. D. *De legatis*, 2°, 31. — L. 5, D. *Ad leg. falcid.*, 35-2) (1).

4° *Legs de libération.* — Le legs de libération s'adresse au débiteur et tend à le libérer de tout ou partie de sa dette. Émané du créancier lui-même, il ne fait pas disparaître la dette, parce que la loi ne le compte pas dans le nombre rigoureusement déterminé des modes d'extinction des obligations (L. 44, § 1, D. *De oblig. et act.*, 44-7).

Mais ce legs produit au fond un résultat analogue, par l'une ou l'autre de deux voies : 1° il fournit d'abord au légataire une excep-

(1) Dans ce legs rentre la *relegatio dotis*, ou legs de la dot que le mari fait à sa femme. Il est toujours avantageux, par conséquent toujours valable, comme on l'a vu sur la théorie générale de la dot. Ce legs permet, en effet, à la femme d'agir avant l'expiration des délais fixés pour la restitution de sa dot et d'échapper aux *retentiones propter impensas utiles* que le mari aurait pu lui faire subir de droit commun (L. 1, § 2; L. 5, D. *De dote præl.*, 33-4. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 15).

tion de dol, contre l'action de créance que le droit strict maintient encore à l'héritier ; 2° le légataire peut également prendre l'offensive par la *condictio ex testamento*, et réclamer de l'héritier sa libération définitive. Si la dette est à terme ou conditionnelle, l'action du légataire est recevable avant la condition accomplie ou le terme échu ; car ce legs est toujours réputé pur et simple. Le plus souvent, l'héritier doit procéder à l'extinction de sa créance par le moyen direct et radical de l'acceptilation ; mais, lorsqu'il a d'autres débiteurs coobligés que cet acte libérerait du même coup, le légataire n'est admis à lui demander qu'un pacte personnel *de non petendo*. A la différence de l'acceptilation, qui supprime absolument le droit et l'action, ce pacte ne donne qu'une exception contre la poursuite. Mais il améliore néammoins la situation du légataire, parce que l'héritier reconnaît, en y procédant, la validité du legs (L. 3, § 3 ; L. 5, § 1, D. *De liberat. legat.*, 34-3 ; L. 19, § 3, D. *Quando dies legat.*, 36-2. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 13).

Émané d'un tiers, le legs de libération oblige l'héritier, soit à payer la dette du légataire, soit à lui en rembourser le montant, soit à lui procurer sa libération d'une façon quelconque (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 21 *in fine*).

La volonté de libérer un débiteur se manifeste quelquefois par de simples indices. L'intention du testateur constitue alors, sinon un legs, du moins un fidéicommis (L. 3, § 1, D. *De liberat. legat.*, 34-3. — L. 17, C. *De fideicommissis*, 6-42) (1).

5° *Legs d'un fait.* — Le legs d'un fait est valable, lorqu'il enjoint à l'héritier de faire, de ne pas faire ou de tolérer des actes qui n'ont rien d'illégal ni d'immoral. Ainsi le testateur a dit : *heres meus damnas esto Titii domum reficere ;* le légataire Titius aura la *condictio ex testamento* contre l'héritier pour l'obliger à reconstruire sa maison et à défaut à lui payer une indemnité qu'évaluera le juge (L. 112, § 3, 4, D. *De legatis*, 1°, 30. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 21).

6° *Legs d'option.* — L'exemple le plus remarquable de legs portant sur un fait est le legs d'option, *legatum optionis*. Bien distinct des legs de genre, qui portent sur des choses corporelles et indéterminées, le legs d'option a un objet incorporel ; il investit le légataire ou plus rarement un tiers, de la faculté de choisir un ou

(1) Si le testateur avait simplement voulu faire une concession de terme à son débiteur, celui-ci aurait le droit de se faire consentir par l'héritier un pacte *de non petendo ad tempus* (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 13 *in fine*).

plusieurs objets héréditaires, comme un esclave, une bête de somme, un meuble, etc. (L. 14, D. *De opt. vel. elect. leg.*, 33-5. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 23).

Les anciens jurisconsultes considéraient cette faculté comme personnelle, et déclaraient le legs éteint par la mort de la personne investie du choix, ou, s'il y en avait plusieurs, par leur dissentiment. Cette logique rigoureuse fut tempérée par Justinien. 1° Si les colégataires ou les cohéritiers du légataire unique ne s'entendent pas, le droit de choisir sera désormais attribué par le sort à l'un d'entre eux; cette décision suppose que la mort du légataire n'éteint plus la faculté d'option et qu'elle passe à ses héritiers. 2° Si le tiers désigné pour choisir décède ou refuse, la faculté d'option appartient alors au légataire lui-même, qui ne peut néanmoins l'exercer que sur une chose de moyenne qualité (L. 69, D. *De cond. et dem.*, 35-1. — L. 3, C. *Communia de leg.*, 6-43. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 23).

Les actes de disposition faits par l'héritier, antérieurement à l'option, ne sont pas opposables au légataire. Ce dernier est armé de l'action *ad exhibendum* pour arriver à l'exercice de son droit (L. 4; L. 5; L. 8, § 3, D. *De optione leg.*, 33-5).

III. — **Legs d'une universitas juris.** — Le legs est enfin susceptible d'avoir pour objet une *universitas juris*, c'est-à-dire un ensemble de choses corporelles et incorporelles. Il y en a deux principaux exemples : le legs d'un pécule et le *legatum partitionis*.

1° *Legs d'un pécule.* — Un maître peut léguer le pécule d'un esclave à un tiers ou à l'esclave lui-même en l'affranchissant (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 20) (1).

Quand le *legatum peculii* s'adresse à l'esclave, le *dies cedens* en est reculé jusqu'à l'adition, suivant des principes déjà posés, d'où il résulte que l'esclave légataire profitera de toutes les acquisitions réalisées depuis le jour du décès jusqu'à l'adition ; d'ailleurs l'esclave, quoique tenu de payer ses dettes naturelles envers le maître, n'est pas autorisé à recouvrer ses créances naturelles contre la succession (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 20).

(1) L'affranchissement testamentaire, à la différence de l'affranchissement *inter vivos*, n'emporte pas de plein droit attribution du pécule à l'esclave affranchi, il faut que le pécule ait été légué ; d'ailleurs ce legs n'a pas besoin d'être formel, il s'induit de toute déclaration de volonté suffisamment claire. Ainsi, le *legatum peculii* est présumé fait à l'esclave lorsque le testateur a déclaré qu'il sera libre après avoir rendu ses comptes et payé le reliquat (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 20, *in fine*. — *Suprà*, p. 18).

Au contraire, lorsque le legs du pécule s'adresse à un tiers, le tiers exercera ou subira les créances ou dettes naturelles qui existaient entre le maître et l'esclave, et le *dies cedit* se déterminera d'après les règles ordinaires (L. 6, § 4, D. *De pecul. leg.*, 33-8 *Inst.* — L. II, t. XX, *De legatis*, § 20).

Au reste, en aucun cas, les créances ou dettes du pécule envers les tiers ne se transmettent de plein droit au légataire; elles restent à l'héritier, sous la réserve d'arrangements à prendre avec le légataire (L. 5; L. 18, D. *De pecul. leg.*, 33-8).

2° *Legs partiaire.* — Ce legs, appelé *legatum partitionis*, porte sur une quote-part, non de l'hérédité, mais des biens du testateur; dans le silence du testament, cette quote-part est de moitié (*Ulpien*, R. t. XXIV, § 25).

Cette espèce de legs n'a nullement pour résultat de faire du légataire un continuateur de la personne du défunt, c'est-à-dire un cohéritier. De là découle une conséquence capitale, c'est que les créances et dettes du *de cujus* passent toutes sur la tête de l'institué, seul investi ou tenu des actions héréditaires. Mais il intervient entre eux des stipulations réciproques, nommées *partis et pro parte*, pour assurer au légataire sa part dans le produit de chaque créance, et à l'héritier le remboursement d'une part correspondante dans la charge de chaque dette. En outre, comme le légataire n'est pas institué, il n'a pas de copropriété dans les biens corporels; les jurisconsultes discutaient, par conséquent, la question de savoir s'il avait droit à sa portion de chaque chose en nature, ou seulement à la valeur en argent. Enfin la répudiation de l'héritier faisait tomber son legs (*Gaius*, II, 254, 257. — *Ulpien*, R. t. XXV, § 15. — L. 26, § 2; L. 27, D. *De legatis*, 1°, 30).

On verra qu'à l'époque de Justinien le *legatum partitionis* se confond probablement avec le fidéicommis à titre universel (*Inst.* L, II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 5, 6).

§ VI

De la délivrance des legs.

Le legs n'entre définitivement dans le patrimoine du légataire que par un acte d'acceptation réalisée par lui après l'adition de l'hérédité. Cette acceptation présente d'ailleurs les mêmes caractères que l'adition d'hérédité elle-même; elle peut être expresse ou tacite, mais elle ne peut pas être partielle

(*Paul*, S. L. III, t. VI, § 12. — L. 120, § 1, D. *De legatis*, 1°, 30).

Le legs, on le sait, frappe la chose telle qu'elle est au moment du *dies cedit*, c'est-à-dire avec les augmentations ou diminutions qu'elle a pu recevoir depuis la confection du testament jusqu'à ce jour ; c'est donc en cet état que l'héritier doit la livrer. *A fortiori* le légataire profite-t-il des plus-values naturelles ou fortuites qui surviennent après la *diei cessio*, et souffre-t-il des moins-values non imputables à l'héritier. C'est par application de ce principe, que le legs d'un troupeau porte sur toutes les têtes qui le composent au jour du décès, et que le legs d'une maison comprend les marbres, les colonnes et d'une manière générale tous les embellissements qu'elle a pu recevoir depuis la confection du testament (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 18, 19. — *Conf.* C. C. art. 1018, 1019).

Il résulte encore de cette règle que le légataire a droit au rétablissement des servitudes qui grevaient le fonds de l'héritier en faveur du fonds légué *per damnationem*, et que l'adition d'hérédité avait éteintes par confusion (L. 116, § 4, D. *De legatis*, 1°, 30).

Mais il est possible, au contraire, que la chose léguée soit elle-même grevée de droits réels : servitudes, usufruit, hypothèque. Le légataire est-il tenu de la recevoir telle qu'elle est, sans pouvoir exiger que l'héritier la dégrève?

La réponse varie suivant les hypothèses. S'agit-il de servitudes prédiales, le légataire doit les supporter, à moins que le fonds ne lui ait été légué *uti optimus maximusque*. S'agit-il d'un usufruit, l'héritier doit en payer la valeur au légataire ou le racheter, à moins que le testateur n'en ait ignoré l'existence (L. 69, § 3, D. *De legatis*, 1°, 30 ; L. 66, § 6; L. 76, § 2, D. *De legatis*, 2°, 31).

Quant à l'hypothèque qui préoccupe seule les Institutes, l'héritier est tenu d'en dégrever l'objet légué, si le testateur l'a connue; dans le cas contraire, elle reste à la charge du légataire. Cette distinction repose sur l'intention présumée du testateur; il est donc permis aux intéressés de prouver l'existence d'une volonté contraire. Le légataire a d'ailleurs dans tous les cas le moyen, si l'hypothèque est exercée sur la chose léguée, d'obtenir indemnité de l'héritier après la vente, en intentant contre lui les actions que le créancier hypothécaire lui a cédées ou dont la cession a été sous-entendue à son profit (L. 57, D. *De legatis*, 2°, 31. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 5. — *Conf.* C. C. art. 1020, 1024).

§ VII

Règle Catonienne.

Il est de règle que tout acte nul à l'instant de sa confection demeure irrévocablement nul, quoi qu'il arrive ; *quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest*. C'est là un principe capital de la loi romaine. On l'applique notamment dans toute sa rigueur en matière de legs, quand la nullité originaire tient à l'absence de quelque condition essentielle de fond ou de forme, par exemple, à l'irrégularité du testament, à l'incapacité du testateur ou du légataire, etc. (L. 29, D. *De reg. juris*, 50-17).

Fondement théorique de la règle Catonienne. — Mais il peut arriver qu'un legs très régulier se trouve, en le supposant ouvert à l'instant de la confection du testament, inexécutable pour le moment, à raison d'un obstacle de fait purement accidentel et transitoire. Sera-t-il nul dès l'origine et sans retour, comme s'il manquait d'une condition essentielle ? ou sera-t-il valable, sauf à s'évanouir si l'obstacle ne disparaît pas avant le *dies cedit* ? Caton le Censeur, ou peut-être son fils, proposa un terme moyen, qui prévalut sous le nom de règle Catonienne, et dont la formule nous a été conservée par le jurisconsulte Celsus : toutes les fois que la survenance immédiate de la mort du testateur, après la confection du testament, rendrait impossible l'exécution du legs, le legs est et demeure nul, quoiqu'il arrive ; *quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere* (L. 1, pr., D. *De reg. Caton.*, 34-7).

Or on voit aisément que cette règle ne s'applique ni aux legs conditionnels, ni à ceux dont le *dies cedit* est reculé par exception au delà de l'ouverture de l'hérédité. Car le testateur aurait beau mourir tout de suite ; il ne serait pas question d'exécuter le legs avant la *diei cessio* qui ne se produit pas encore, et l'obstacle a le temps de disparaître dans l'intervalle. Il est donc logique et conforme à l'intention du testateur de réserver tout jugement sur la validité d'un tel legs; il ne saurait tomber que par la persistance de l'obstacle jusqu'au *dies cedit* (L. 3, D. *De reg. Caton.*, 34-7) (1).

(1) Plusieurs commentateurs, se fondant sur ce que les lois Caducaires avaient reporté le *dies cedit* de tous les legs à l'*apertura tabularum*, en ont conclu que la

Mais, à l'inverse, la règle Catonienne frappe les legs purs et simples d'une nullité définitive ; car ils sont nuls et le demeurent, alors même qu'ils deviennent exécutables par la suite. Cette sévérité n'a rien de juste et mérite deux critiques. D'abord elle méconnaît la nature des dispositions testamentaires, qui sont toujours faites en vue de l'avenir et les traite comme des actes entre-vifs destinés à produire leurs effets immédiatement après leur confection. Ensuite elle ne tient pas compte de la volonté probable du testateur, qui entendait subordonner sans doute la validité du legs à la disparition de l'obstacle. Aussi une pareille règle n'a pas trouvé place dans notre législation.

Applications pratiques de la règle Catonienne. — La règle Catonienne concernait les legs et fidéicommis, mais n'atteignait pas les institutions d'héritier (L. 3, D. *De reg. Caton.*, 34-7 ; L. 8, § 1, D. *De legatis*, 3°, 32. — L. 13, C. *De legatis*, 6-37. — *Conf.* L. 4, D. *De reg. Cat.*, 34-7).

Les Institutes nous en signalent deux applications intéressantes :

1° Le legs pur et simple, qui a pour objet la chose même du légataire, est nul et demeure tel, nonobstant l'aliénation qu'il en consentirait du vivant du testateur (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 10, — *Contrà*, L. 1, § 2, D. *De reg. Cat.*, 34-7).

Cette nullité n'a d'autre cause que l'impossibilité d'exécuter le legs au moment de la confection du testament ; car on ne saurait acquérir une propriété qu'on a déjà, ni devenir créancier de cette propriété. Par conséquent, le même legs serait efficace s'il était fait conditionnellement ou s'il s'adressait à toute autre personne (L. 41, § 2, D. *De legatis*, 2°, 31).

Le legs serait également valable si le testateur s'était trompé en croyant laisser au légataire sa propre chose, car rien ne s'oppose plus à l'exécution immédiate du legs, *quia exitum habere potest voluntas defuncti* (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 11).

2° Est encore nul par application de la règle Catonienne le legs fait purement et simplement à la personne placée sous la puissance de l'institué unique (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 32).

règle Catonienne avait été abrogée ; tel serait, d'après eux, le sens de la loi 5, D. *De reg. Cat.*, 34-7 qui dispose : *Regula Catoniana ad novas leges non pertinet*. Cette doctrine doit être rejetée, car l'ensemble des textes la condamne ; d'ailleurs la loi 5 n'a pas le sens qu'on lui attribue, elle signifie simplement que la règle Catonienne ne se réfère pas aux déchéances nouvelles crées par les *leges novæ*.

Bien que les Institutes ne posent la règle qu'à l'occasion de l'esclave, elle doit s'étendre par un seul et même motif à tous les individus *alieni juris*. C'est qu'en supposant le décès immédiat du testateur, le droit au legs ne pourrait se fixer qu'au profit de l'institué lui-même, qui en aurait du même coup le bénéfice et la charge ; or ce cumul est impossible. Et le légataire vînt-il à sortir de la puissance de l'institué avant la mort du testateur, le legs restera nul (*Gaius*, II, 241. — *Ulpien*, R. t. XXIV, § 23. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 32) (1).

Mais s'il y a plusieurs institués, et que le legs s'adresse à l'esclave de l'un d'eux, l'impossibilité d'exécution n'est plus totale ; aussi la nullité ne sera-t-elle que proportionnelle à la part héréditaire du maître de l'esclave.

Il faut enfin prévoir l'hypothèse inverse ; la personne *alieni juris* est instituée, et le maître ou le père est légataire. Ce legs, même pur et simple, échappe à la règle Catonienne et produit son effet, pourvu qu'au moment de l'adition l'institué ne se trouve plus sous la puissance du légataire. En effet, si le testateur mourait immédiatement, le droit au legs serait bien fixé au profit du père ou du maître ; mais il pourrait renvoyer l'institué de sa puissance avant de lui donner l'ordre d'accepter l'hérédité ; il ne deviendrait donc pas héritier par son intermédiaire, et n'aurait jamais cumulé les deux qualités incompatibles de créancier et de débiteur du legs (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 33).

On peut encore indiquer d'autres applications moins connues de la règle Catonienne. Ainsi, est nul pour ce motif, le legs pur et simple fait à un *servus testatoris* lorsque cet esclave est affranchi sous une condition qui est de nature à ne pouvoir s'accomplir qu'après l'adition d'hérédité (L. 91, § 1, D. *De legatis*, 1°, 30).

De même, il faut encore annuler le legs pur et simple de colonnes, marbres ou matériaux actuellement incorporés à une maison, car le sénatus-consulte Hosidien porté sous le règne de Claude défendait

(1) La solution admise par les Institutes était celle qu'enseignaient les Sabiniens, mais la question était vivement controversée à l'époque de Gaius. Les Proculiens de leur côté soutenaient que le legs devait être nul dans tous les cas, qu'il fût pur et simple ou conditionnel. Enfin le jurisconsulte Servius prétendait que même le legs pur et simple devait être considéré comme valable, sauf à s'évanouir, si le légataire était encore sous la puissance de l'héritier au jour du *dies cedit* (*Gaius*, II, 244).

la disposition immédiate des matériaux des maisons encore construites (L. 41, § 1, 2, D. *De legatis*, 1°, 30).

§ VIII

Extinction, révocation et translation des legs.

Quoique le testament soit valable et susceptible de produire ses effets, il peut arriver cependant que les legs deviennent inefficaces, ou par des circonstances indépendantes de la volonté du testateur, ou par la volonté même du disposant. Dans le premier cas, il y a extinction du legs ; dans le second cas, il y a révocation ou translation.

Extinction. — Le legs s'éteint : 1° par le renonciation du légataire ; 2° par sa mort ou son incapacité survenue avant le *dies cedit;* 3° par la défaillance de la condition apposée à son droit ; 4° par la perte de l'objet légué, pourvu qu'elle soit fortuite, c'est-à-dire non imputable à l'héritier. Ce dernier répond non seulement de son dol ou de sa faute, mais encore de son simple fait ; par exemple, s'il affranchit son esclave dans l'ignorance du legs qui l'attribuait à quelqu'un, il devra des dommages-intérêts (L. 47, § 4, 5, D. *De legatis*, 1°, 30. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 16. — *Conf.* C. C. art. 1042, 1043) (1).

5° *Concours de deux causes lucratives.* — La cinquième et la plus arbitraire des causes d'extinction des legs, c'est l'acquisition gratuite de la chose. On rencontre ici la principale application d'une règle générale du droit romain, à savoir que deux causes lucratives ne peuvent concourir ensemble ; en d'autres termes, toute créance à titre gratuit disparaît, lorsque l'objet dû est acquis au créancier par l'effet d'une autre cause également gratuite : *duæ causæ lucrativæ in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non possunt.*

Plusieurs conséquences dérivent de ce principe en notre matière : 1° si le légataire acquiert entre-vifs la propriété de la chose léguée, il n'est plus admis à demander l'exécution du legs ; 2° si deux testateurs lèguent la même chose au même légataire, il n'est admis à

(1) Lorsque la perte fortuite est antérieure au *dies cedit*, le légataire ne peut réclamer ni ce qui reste de la chose ni les accessoires, *legatum extinguitur ;* tel est le cas où le testateur a légué *servus cum peculio* ou *fundus cum instrumento.* Toutefois si le legs avait pour objet une esclave avec ses enfants, *ancilla cum natis*, la mort de l'*ancilla* survenue avant le *dies cedit* n'empêcherait pas le légataire de réclamer les enfants ; les jurisconsultes voyaient là plusieurs legs ayant chacun un objet distinct (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 17).

demander l'exécution du second legs qu'à la condition de n'avoir obtenu par le premier que l'estimation de la chose, non la chose elle-même ; 3° si le légataire a acquis à titre onéreux la nue propriété de la chose léguée, et que l'usufruit soit venu se joindre à son droit, par une cause normale d'extinction, il ne peut obtenir de l'héritier que la valeur de la nue propriété, parce que l'usufruit ne lui a rien coûté (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 6, 9).

Révocation. — La révocation du legs est expresse ou tacite.

Révocation expresse. — La révocation expresse devait, à l'époque classique, se faire par testament ou codicilles confirmés, et dans les termes mêmes du legs, en les affectant seulement de la particule *non;* par exemple, le legs *do*, *lego* se révoquait dans la forme *non do*, *non lego*, etc. Sous Justinien, ces deux exigences ont disparu ; car tout codicille peut contenir des legs, et les formules ont été supprimées. La révocation expresse opère *ipso jure* l'extinction du legs, c'est-à-dire qu'elle enlève directement tout droit et toute action au légataire (*Ulpien*, R. t. XXIV, § 29. — *Inst.* L. II, t. XXI, *De adempt. et transl. leg.*, pr.).

Révocation tacite. — La révocation est tacite, quand elle s'induit de faits qui présument de la part du testateur l'intention de révoquer. Elle résulte notamment des quatre circonstances suivantes :

1° De la radiation volontaire du legs (L. 1, § 3, D. *De his quæ del.*, 28-4).

2° D'une grave inimitié survenue entre le testateur et le légataire, et non suivie de réconciliation (L. 3, § 11, D. *De adim. et transf. leg.*, 34-4).

3° De qualifications injurieuses que le défunt donne au légataire dans le cours du testament (L. 13 ; L. 29, D. *De adim. et transf. leg.*, 34-4).

4° De l'aliénation par le testateur de la chose qu'il avait léguée. Dans le droit primitif, il était admis que l'aliénation de la chose léguée entraînait toujours la révocation, quel que fût le motif de l'aliénation. Mais Septime Sévère et Caracalla firent prévaloir le principe que l'aliénation ne suffit pas à révoquer le legs, et que l'intention du testateur doit s'apprécier d'après les circonstances. Ainsi, quand il dispose par donation de ce qu'il avait légué, le legs est révoqué ; au contraire, le legs subsiste *per damnationem*, lorsque l'aliénation a été imposée par la nécessité. En revanche, le simple fait d'une réacquisition ultérieure n'établit pas l'intention du testa-

teur de revenir sur la révocation (*Gaius*, II, 198. — L. 15 ; L. 18, D. *De adim et transf. leg.*, 34-4. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 12. — *Conf.* C. C. art. 1038).

La révocation tacite n'anéantit pas le legs de plein droit, et le paralyse seulement par une exception de dol ; un nouveau changement de volonté lui rendrait donc sa vigueur.

Lorsque la révocation est subordonnée à quelque condition, elle a cet effet que le legs devient conditionnel et subordonné à la condition inverse de celle qui affecte la révocation (L. 10, D. *De adim. et transf. leg.*, 34-4. — L. 107, D. *De cond. et dem.*, 35-1).

Translation des legs. — La *translatio legatorum* est à peu près pour les legs ce qu'est la novation pour les obligations ; à la fois extinctive et créatrice, elle substitue un nouveau legs à l'ancien. On peut donc la diviser en translation *objective* et translation *subjective*. Elle est objective, quand elle change l'objet ou la modalité du legs; elle est subjective, quand elle change l'une des personnes qui figurent dans le legs, soit l'héritier, soit le légataire. Par conséquent, elle a lieu de quatre manières : *mutata re*, *mutata causa*, *mutato debitore*, *mutato creditore ;* la dernière hypothèse est seule prévue aux Institutes (*Inst.* L. II, t. XXI, *De adempt. et transl. legat.*, § 1. — L. 6, § 1, D. *De adim et transf. leg.*, 34-4).

La *translatio legati* fut primitivement soumise aux mêmes règles de forme que la révocation expresse. Elle suppose l'intention constante de révoquer, et ne se présume pas ; dans le doute, l'ancien legs doit être maintenu concurremment avec le nouveau. Mais la volonté de l'éteindre une fois établie, l'ancien legs n'existe plus, sans qu'on ait à rechercher si le nouveau est efficace ou non (L. 8 ; L. 20, D. *De adim. et transf. leg.*, 34-4).

Lorsque la translation est conditionnelle, le premier legs demeure valable sous la condition contraire (L. 7, D. *De adim. et transf. leg.*, 34-4).

§ IX

Limitations apportées au pouvoir de léguer. Étude spéciale de la loi Falcidie.

(*Inst.* L. II, t. XXII, *De lege Falcidia.*)

A l'origine, et sous l'empire de la loi Décemvirale, le testateur était libre d'épuiser son patrimoine en legs particuliers ; *totum pa-*

trimonium legatis erogare, olim quidem licebat. De là résultait le grave inconvénient que l'héritier répudiait souvent la succession plus ou moins diminuée par les legs, faute d'un intérêt suffisant pour se soumettre aux charges de l'acceptation. Le pouvoir illimité du testateur tournait donc à son préjudice, puisqu'il l'exposait à mourir intestat; les légataires en souffraient eux-mêmes, puisque leur droit disparaissait par la répudiation de l'institué (*Gaius*, II, 224).

Le législateur voulut donc empêcher l'épuisement de la succession par les legs; plusieurs plébiscites furent successivement promulgués dans ce but, ce furent : la loi Furia, la loi Voconia et la loi Falcidie.

Une loi Furia *testamentaria*, plébiscite rendu problablement en l'an 571 de Rome, décida qu'à l'exception des parents jusqu'au sixième degré, personne ne pourrait recueillir un legs supérieur à mille as, sous peine d'encourir le *manus injectio pura* et de subir une condamnation au quadruple. Cette disposition exorbitante n'atteignait pas son but; car elle n'empêchait pas le testateur d'absorber son hérédité par un grand nombre de legs de mille as (*Gaius*, II, 225; IV, 23. — *F. V.*, § 301).

La loi Voconia, qui paraît être de l'an 585, entra dans une voie nouvelle et défendit de comprendre dans un legs plus que ne recevait l'héritier. *Lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve capere liceret, quam heredes caperent.* Mais le testateur restait maître, en multipliant les legs, de les abaisser jusqu'à des valeurs dérisoires et de réduire à rien ou presque rien le bénéfice de l'institué (*Gaius*, II, 226).

Vint enfin en 714 un autre plébiscite plus habile. Ce fut la *lex Falcidia*, qui abrogea les deux précédentes. Elle ne limita pas le montant de chaque legs, et se contenta de poser en règle que l'héritier aurait toujours droit au quart net de l'hérédité. Ce quart s'appelle *quarte Falcidie* (*Gaius*, II, 227. — *Inst.* L. II, t. XXII, *De leg. Falc.*, pr.).

Personnes qui ont droit au bénéfice de la loi Falcidie. — En principe, tout héritier testamentaire qui n'obtient pas le *quart net* de la part pour laquelle il a été institué peut invoquer la loi Falcidie et faire subir aux légataires une réduction proportionnelle suffisante pour lui assurer sa quarte (L. 1, pr. § 2, D. *Ad. leg. Falcid.*, 35-2).

D'ailleurs, il faut que l'héritier recueille sa quarte *jure hereditario;*

ce qui veut dire qu'il n'impute sur sa quarte, ni ce qu'il a reçu du défunt *inter vivos* ou *mortis causa*, ni ce qu'il prend comme légataire ou fidéicommissaire, ni enfin ce qu'il reçoit des légataires comme charges de leurs legs, *implendæ conditionis causa* (L. 91, D. *Ad leg. Falcid.*, 35-2).

Du reste, ce bénéfice est personnel. Si donc deux ou plusieurs institués sont grevés de legs, de telle sorte que l'un ait le quart de sa part héréditaire, et que le quart de l'autre soit entamé ou consommé, ce dernier peut se prévaloir de la loi Falcidie. Car le but de la loi est de déterminer chaque héritier à l'acceptation ; *in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est* (L. 77, D. *Ad. leg. Falcid.*, 35-2. — *Inst.* L. II, t. XXII, *De leg. Falcid.*, § 1).

Que décider dans le cas où l'un des deux institués n'arrive pas à la succession, et laisse sa part accroître à l'autre? On répond par une distinction. 1° Est-ce la part surchargée de legs qui est vacante et recueillie par substitution ou par accroissement; dans la doctrine définitive, l'héritier acceptant retiendra le quart sur cette portion, comme eût pu le faire le défaillant lui-même. 2° Est-ce la part non surchargée qui est vacante et recueillie par substitution ou par accroissement? les legs imposés personnellement à l'héritier non défaillant s'acquittent sur la masse entière de l'hérédité, et c'est le quart de cette masse qui sera retenu (L. 1, § 13, 14; L. 78. D. *Ad. leg. Falcid.*, 35-2).

Calcul de la quarte Falcidie. — Réduction des legs. — Pour savoir exactement si l'héritier n'a pas reçu la quarte qui lui revient et si par conséquent il peut faire réduire les legs, il est indispensable de déterminer l'actif héréditaire et de le comparer au total des libéralités testamentaires. Cette question générale en implique deux autres : 1° comment se calcule la quarte Falcidie; 2° comment s'opère la réduction.

I. — *Calcul de la quarte.* — Pour arriver au calcul exact de la quarte que l'héritier peut retenir, on a trois opérations à faire; il faut d'abord former la masse des biens et valeurs héréditaires; il faut en second lieu faire subir à cette masse différents retranchements, ce qui donnera l'actif net; il faut enfin estimer l'ensemble des legs et en comparer l'estimation avec l'actif net de la succession.

1° *Formation de la masse héréditaire.* — Mais d'abord, à quel moment se placer pour évaluer les biens de la succession? On se place au moment du décès; car c'est à cet instant même que le tes-

tateur est réputé disposer de sa succession (*Inst.* L. II, t. XXII, *De leg. Falcid.*, § 2).

En conséquence, le droit des légataires n'est pas augmenté par les accroissements ou plus-values que l'hérédité peut recevoir entre le décès et l'adition, ni diminué par les détériorations ou moins-values qu'elle peut éprouver dans le même intervalle. Il résulte de là que l'héritier n'a rien à espérer et le légataire rien à souffrir de retards volontairement apportés à l'adition (*Inst.* L. II, t. XXII, *De leg. Falcid.*, § 2) (1).

Pour former la masse, on réunit fictivement tous les biens non aliénés entre-vifs par le défunt et qui existent au jour de son décès; on les évalue sans aucune distinction d'après leur état à ce moment-là. On joint ensuite à cette masse de biens corporels tous les droits incorporels, et notamment toutes les créances du *de cujus*, y compris même celles qu'il avait contre l'héritier; car encore bien que l'adition les ait éteintes par confusion, cette confusion a cependant procuré un enrichissement à l'héritier (L. 1, § 18, D. *Ad. leg. Falcid.*, 35-2).

Les créances corréales, conditionnelles ou sur des insolvables font l'objet de procédés particuliers, qui n'ont d'importance qu'en pratique (L. 62, pr.; L. 63, § 1; L. 73, § 1, D. *Ad. leg. Falcid.*, 35-2) (2).

2° *Retranchements*. — Une fois l'actif brut ainsi obtenu, il faut lui faire subir certains retranchements pour obtenir la masse nette (*Inst.* L. II, t. XXII, *De leg. Falcid.*, § 3).

On déduit en effet : 1° les dettes du défunt, même envers l'héritier; car *bona non intelliguntur nisi ære alieno deducto;* 2° les frais

(1) Justinien fait remarquer que l'héritier a toujours le moyen de faire subir aux légataires les pertes fortuites survenues après le décès; il n'aura en effet qu'à les menacer d'une répudiation pour obtenir d'eux qu'ils transigent et consentent à l'affranchir d'une partie des legs (*Inst.* L. II, t. XXII, *De lege Falcid.*, § 2, *in fine*).

(2) Les créances sur un insolvable se comptent d'après leur valeur vénale; on procède de même pour les créances conditionnelles. On peut encore, pour ces dernières, ou les considérer comme pures et simples ou les omettre; dans le premier cas, les légataires s'engageront à restituer ce qu'ils auront reçu en trop si la condition vient à défaillir; dans le second cas, c'est l'héritier qui promettra aux légataires de les indemniser, si la condition se réalise. Quant aux créances corréales, le procédé de calcul varie suivant que le défunt était *socius* ou non. Etait-il *socius*, la créance se comptera pour sa part; n'était-il pas *socius*, on suivra la marche indiquée pour les créances conditionnelles (L. 63, § 1; L. 73, § 1; L. 62, pr. D. *Ad. leg. Falc.*, 35-2).

funéraires, *funeris impensa ;* 3° la valeur des esclaves affranchis directement ou par fidéicommis ; car l'indivisibilité de la liberté s'oppose à la réduction en nature de ces legs ; 4° à l'époque classique, les legs faits aux Dieux et dans le droit des Novelles ceux qui s'adressent aux églises et aux établissements religieux ou charitables (L. 39, § 1, D. *De verb. sign.*, 50-16 ; L. 87, § 2, D. *Ad. leg. Falcid.*, 35-2. — *Paul.* S., L. IV, t. III, § 3. — *Novelle* 131, ch. 13).

3° *Evaluation des legs.* — La troisième opération du calcul consiste à réunir les différents legs, à les estimer et à comparer ensuite cette estimation avec le montant de la masse nette. On évalue tous les legs en se plaçant à l'époque du décès. L'évaluation ne présente d'ailleurs aucune difficulté quand il s'agit de legs purs et simples en pleine propriété. Si les legs sont conditionnels, on les omet dans le calcul ; mais les légataires purs et simples doivent promettre qu'ils restitueront ce qu'ils auront reçu en trop si la condition vient à s'accomplir (L. 73, § 2, D. *Ad. leg. Falcid.*, 35-2).

Quant aux legs d'usufruit ou de rente viagère, on les ramène à une somme fixe en tenant compte de l'âge et de la santé du légataire (L. 68, D. *Ad. leg. Falcid.*, 35-2).

II. — *Réduction des legs.* — Lorsque les legs ont été évalués, il est facile de voir si la réduction est ou non nécessaire.

Quand il y lieu à réduction, elle s'opère de plein droit, sans le secours d'aucune exception contre la demande exagérée du légataire. Elle atteint tous les legs proportionnellement, hormis ceux qu'on a déduits de la masse. Elle se fait en nature, si ce n'est que l'héritier a le droit de se rédimer en argent pour les legs indivisibles, tels que ceux d'un fait ou d'une servitude prédiale (L. 1, § 5, D. *Quod legat.*, 43-3. — L. 26, pr. ; L. 80, § 1, D. *Ad. leg. Falcid.*, 35-2) (1).

Il va sans dire que le testateur a la faculté d'ordonner que tel legs ne sera réductible qu'après tous les autres (L. 64 ; L. 88, § 2, D. *Ad. leg. Falcid.*, 35-2).

Cas où cesse la loi Falcidie. — Le droit d'invoquer la loi Falcidie disparaît dans trois cas principaux ; le premier seul de ces cas appartient au droit classique ; les deux autres constituent des innovations de l'empereur Justinien.

(1) Cependant la réduction ne frapperait pas les legs qui ont été faits au légitimaire pour compléter sa quarte légitime, puisqu'il doit, dans tous les cas, l'obtenir intacte (L. 87, § 4, D. *De legatis*, 2°, 31. — L. 36, pr. C. *De inoff. test.*, 3-28).

1° La loi Falcidie cesse d'abord de s'appliquer lorsque le testateur est un militaire (L. 92, D. *Ad. leg. Falcid.*, 35-2).

2° La loi Falcidie est encore écartée dans le droit de Justinien, lorsque le testateur a déclaré formellement dans son testament ou dans un codicille, que l'héritier n'aurait pas le droit de retenir la quarte. Alors la répudiation de l'héritier n'entraîne plus la chute des autres dispositions testamentaires (*Novelle* 1, ch. 2, § 2).

Justinien alla même plus loin; il posa en principe que la volonté du testateur d'écarter l'application de la *lex Falcidia* serait présumée toutes les fois que le défunt aurait légué un immeuble avec condition qu'il resterait inaliénable entre les mains du légataire et de ses héritiers (*Novelle* 119, ch. 11).

3° Le troisième cas où la quarte Falcidie cesse d'être invocable est celui où l'institué aurait négligé de faire inventaire dans les délais légaux; il doit alors payer les legs *ultra vires successionis*. Cette déchéance atteint même l'héritier qui s'est prévalu du *jus deliberandi* (L. 22, § 14, C. *De jure delib.*, 6-30. — *Novelle* 1, ch. 2).

§ X

Comparaison de la donatio mortis causâ et du legs.

La donation à cause de mort, par le seul fait qu'elle reste incertaine jusqu'au décès du disposant, offre une grande ressemblance avec le legs. Aussi plusieurs dispositions législatives furent-elles communes à ces deux espèces d'actes, notamment les lois Furia et Voconia; d'ailleurs, les jurisconsultes tendirent toujours à les rapprocher par l'interprétation. Justinien alla même jusqu'à les confondre absolument dans une Constitution (L. 4, C. *De don. caus. mort.*, 8-57), mais il est plus exact dans les Institutes, qui se contentent d'une assimilation à peu près parfaite (*Gaius*, II, 226. — *Inst.* L. II, t. VII, *De donationibus*, § 1. — *Suprà*, p. 237).

Différences. — En effet, à moins de supprimer les *donationes mortis causâ*, il faut bien reconnaître quelques différences ineffaçables entre elles et les legs. Ainsi par exemple : 1° la donation à cause de mort n'est pas un mode d'acquérir, au contraire du legs *per vindicationem ;* 2° elle n'est pas subordonnée, comme le legs, à l'existence d'un testament ou d'un codicille confirmé ; on ne saurait donc lui appliquer les règles relatives à la forme des dispositions testamentaires ; 3° du vivant même de son auteur, elle peut

s'exécuter et produire des effets importants, quoique révocables ; le legs ne peut avoir d'existence juridique qu'à la mort du testateur ; 4° le fils de famille peut, *patre permittente*, faire une donation *mortis causâ* sur son pécule profectice tandis qu'il ne peut pas faire de legs ; 5° enfin, la *donatio mortis causâ* requiert l'acceptation du donataire, parce qu'il doit adhérer à la condition suspensive ou résolutoire, etc.

Ressemblances. — Mais les traits de ressemblance sont décisifs : 1° la donation à cause de mort exige dans son auteur la *factio testamenti* active, dans le gratifié, la *factio testamenti* passive et le *jus capiendi*. Cependant les lois caducaires *Julia* et *Papia Poppæa* ne l'avaient pas comprise dans leur système primitif, où la fit rentrer un sénatus-consulte postérieur (L. 9 ; L. 15 ; L. 22 ; L. 35 ; D. *De mortis caus. don.*, 39-6).

2° Elle admet l'accroissement, et, quand elle s'adresse à un tiers, l'application de la Falcidie. Lorsque le donataire est l'héritier lui-même, elle ne s'impute point sur la quarte Falcidie, si ce n'est proportionnellement à sa part héréditaire (L. 74, D. *Ad leg Falcid.*, 35-2. — L. 5, C. *Ad leg Falcid.*, 6-50 ; L. 1, § 14, C. *De cad. toll.*, 6-51).

3° Elle s'impute, au contraire, sur la quarte légitime pour empêcher la plainte d'inofficiosité (*Inst.* L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 6).

4° Elle est valable entre époux (L. 9, § 2, D. *De don. int. vir. et ux.*, 24-1).

5° Le fils de famille peut faire des *donationes mortis causâ* sur son pécule castrense (L. 15, D. *De mortis caus. don.*, 39-6).

6° Elle s'évanouit avec les legs qui disparaissent sans la volonté du testateur, tout au moins dans les deux cas suivants, si le disposant subit une peine capitale, et si la *bonorum possessio contrà tabulas* fait tomber le testament (L. 3, pr., D. *De leg. præst. cont. tab.*, 37-5 ; L. 7, D. *De mortis. caus. don.*, 39-6).

7° Émanée d'un affranchi au préjudice des droits héréditaires du patron, ou d'un débiteur insolvable au préjudice des créanciers, elle est passible, sans qu'il soit besoin de prouver la fraude, de l'action révocatoire Calvisienne ou Favienne au premier cas, Paulienne au second (L. 1, § 11, D. *Si quid in fraud.*, 38-5 ; L. 17, D. *De mortis caus. don.*, 39-6).

8° La caution Mucienne fut étendue par Justinien aux donations à cause de mort (*Novelle* 22, ch. 44, § 9).

Toutes ces analogies, et l'on ne doit voir là que les plus saillantes, font de la *donatio mortis causâ* la sœur incontestée du legs.

DEUXIÈME SECTION

FIDÉICOMMIS.

(*Inst.* L. II, t. XXIII; t. XXIV.)

§ I

Notions générales sur les fidéicommis.

Le fidéicommis, *fideicommissum*, est une libéralité de dernière volonté, laissée en forme précative par le défunt, sans l'observation nécessaire des règles du testament, et dont l'exécution n'est qu'une conséquence de la bonne foi et de l'équité (*Ulpien*, R. t. XXV, § 1).

Origine. — Ces dispositions furent longtemps considérées comme non avenues. Cependant l'usage en était fréquent ; car elles constituaient un moyen facile de tourner les nombreuses incapacités relatives à la *factio testamenti ;* on disposait au profit d'une personne capable, en la priant d'accomplir elle-même la volonté qu'on lui indiquait et de faire passer la libéralité à telle personne désignée. La personne ainsi chargée de faire la restitution se nommait *fiduciaire*, *fiduciarius*, et le tiers à qui la restitution devait être faite s'appelait *fideicommissaire*, *fideicommissarius* (*Gaius*, II, 285. — *Inst.* L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 1).

Toutefois, dès l'époque de Cicéron, l'opinion des honnêtes gens flétrissait le grevé qui se prévalait du droit strict pour méconnaître le fidéicommis.

Auguste fut le premier qui fit exécuter, par l'intervention des consuls, certains fidéicommis particulièrement dignes d'intérêt (1). Ces innovations, d'abord individuelles, parurent justes et devinrent populaires, *justum et populare*. Elles se convertirent en juridiction permanente, si bien qu'il fut créé un préteur *fideicommissarius*, spécialement préposé à cette branche nouvelle du droit (Cicéron, *In Verrem*, II, 47. — *Inst.* L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 1).

Dès lors le fidéicommis devint une institution juridique, au même titre que le legs, réserve faite de certaines différences générales déjà signalées entre eux, et de nombreuses diversités de détail qui

(1) Justinien nous apprend que l'empereur Auguste exécuta lui-même un fidéicommis qui avait été mis à sa charge par Lucius Lentulus (*Inst.* L. II, t. XXV, *De codicillis*, pr.).

seront mieux comprises à la fin de la théorie (*Suprà*, p. 623).

Objet. — Un fidéicommis peut porter sur un patrimoine entier, sur une fraction du patrimoine du disposant ou encore sur une ou plusieurs choses nominativement désignées.

Quand il a pour objet toute l'hérédité ou une quote-part de cette hérédité, on l'appelle fidéicommis universel ou à titre universel, les Institutes le nomment *hereditas fideicommissaria*. Quand il s'applique, au contraire, à une ou plusieurs choses spécialement déterminées, on dit que c'est un fidéicommis à titre particulier, *fideicommissum singulæ rei* (*Inst.* L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, ⁊ 2. — t. XXIV, *De sing. reb.*, pr.).

Modalités. — D'ailleurs, quel que soit l'objet d'un fidéicommis, cette disposition s'analyse toujours en une charge de restituer imposée par le disposant à son successeur universel ou particulier, en faveur d'un tiers. Mais cette restitution peut s'accomplir à différentes époques : elle peut d'abord avoir lieu au décès même du disposant, c'est le fidéicommis *ordinaire;* elle peut être fixée à une époque postérieure au décès du *de cujus*, c'est le fidéicommis *à terme;* elle peut également être subordonnée à l'arrivée d'une condition, c'est le fidéicommis *conditionnel;* enfin la restitution peut se produire au décès même du grevé ou fiduciaire, c'est alors le fidéicommis *post mortem* ou substitution fidéicommissaire (*Inst.* L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 2 *in fine*).

Substitution fidéicommissaire. — La substitution fidéicommissaire du droit romain que notre Code civil appelle simplement *substitution*, est une disposition par laquelle le défunt appelle une personne à tout ou partie de son hérédité, en la chargeant de restituer, lors de son propre décès, à un tiers désigné, la totalité ou une partie de ce qu'elle aura recueilli (*Inst.* L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 9. — *Gaius*, II, 277).

Une pareille disposition était permise ; le testateur pouvait même faire une substitution *graduelle*, c'est-à-dire imposer la charge de restituer aux fidéicommissaires eux-mêmes au profit d'autres appelés et ainsi de suite. Bien plus, l'usage s'établit de donner aux fidéicommis *post mortem* une durée indéfinie et le droit classique n'apporta sur ce point aucune restriction à la liberté du testateur (L. 88, § 15, D. *De legatis*, 2°, 31) (1).

(1) Le jurisconsulte Scevola nous a conservé la formule d'une substitution perpétuelle : *volo meas ædes non vendi ab heredibus meis, neque fœnerari super*

Mais Justinien trouvant non sans raison qu'un tel usage du droit de tester portait une grave atteinte à l'ordre public, en immobilisant les biens dans les familles, limita à quatre de grés la transmission d'un patrimoine par voie de substitution fidéicommissaire (*Novelle* 159, ch. 2. — *Conf.* C. C. art. 896).

§ II

Fidéicommis d'hérédité.

(*Inst.* L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*)

Le fidéicommis d'hérédité est une disposition qui appelle une personne à tout ou partie d'une hérédité, en la chargeant de restituer à un tiers désigné la totalité ou une quote-part de ce qu'elle recueillera. Cette disposition ressemble plus à l'institution d'héritier qu'au legs.

Personnes qui en peuvent être chargées. — Le fidéicommis d'hérédité peut être mis à la charge de trois classes de personnes : 1° de l'héritier testamentaire, alors il n'est régulier qu'à la condition de résulter d'un testament valable ; 2° de l'héritier légitime, il suppose nécessairement, dans ce cas, l'emploi d'un codicille ; 3° d'un fidéicommissaire universel, qui en est grevé par testament ou par codicille (*Inst.* L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 8, 10, 11).

Mais, dans tous ces cas, le fidéicommis tombe s'il n'y a pas adition d'hérédité.

Effets du fidéicommis d'hérédité. — Supposons le fidéicommis imposé à l'héritier, comme il arrive d'ordinaire ; quels en sont les effets ? Il faut distinguer quatre époques : 1° le droit primitif ; 2° la période du sénatus-consulte Trébellien ; 3° la période du sénatus-consulte Pégasien ; 4° le droit de Justinien.

Première période. — Droit primitif. — Dans le droit civil, l'héritier succède seul à l'*universum jus* du défunt, et s'en trouve saisi de plein droit s'il est *necessarius*, après l'adition s'il est *extraneus* ; la qualité d'héritier reste définitivement fixée sur sa tête en vertu du principe *semel heres, semper heres* (*Gaius*, II, 251. — *Inst.* L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 3).

Le fidéicommissaire n'a d'autre faculté que de lui demander la

eas, sed manere eas firmas, simplices meis filiis et nepotibus per universum tempus (L. 88, § 15, D. *De legatis*, 2°, 31).

restitution. Cette restitution s'opère de l'une ou de l'autre de ces deux manières : 1° par la tradition que fait l'héritier au fidéicommissaire des choses corporelles de la succession, ou par la prise de possession qu'il lui en laisse faire ; 2° par la déclaration, écrite ou verbale, qu'il consent à restituer ; ce dernier mode met les choses corporelles *in bonis fideicommissarii*, et la propriété quiritaire ne lui en sera acquise qu'après la prise de possession (L. 37 ; L. 63, D. *Ad Senat. Trebel.*, 36-1. — *Inst.* L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.* § 3.)

Mais l'un ni l'autre de ces procédés ne remplissait complétement l'intention du défunt, qui était d'investir le fidéicommissaire, non seulement des choses corporelles, mais aussi des créances et des dettes, dans la mesure du fidéicommis. Or ces droits incorporels ne se transmettent, ni par une appréhension matérielle, ni par une déclaration quelconque de volonté. Un expédient ingénieux servait à tourner la difficulté. L'héritier faisait au fidéicommissaire une vente fictive (*uno nummo*) de la totalité ou de la quote-part de l'hérédité. Puis intervenaient entre eux des stipulations réciproques, appelées *stipulationes emptæ et venditæ hereditatis* dans le cas de fidéicommis universel, *partis et pro parte* dans le cas de fidéicommis à titre universel (1). L'héritier promettait au fidéicommissaire acheteur de lui rembourser jusqu'à due concurrence le montant des créances qu'il toucherait, ou même les lui cédait ; en retour, le fidéicommissaire promettait à l'héritier vendeur de l'indemniser du payement des dettes héréditaires, ou même de le défendre contre les poursuites des créanciers (*Gaius*, II, 252).

En résumé, l'héritier gardait sa qualité envers les tiers, lui seul pouvait poursuivre ou être poursuivi, le fidéicommissaire était simplement *loco emptoris*.

Ce système avait le grave inconvénient d'exposer chacune des deux parties aux risques de l'insolvabilité de l'autre, danger qui détournait l'héritier de faire adition.

Deuxième période. — *Sénatus-consulte Trébellien.* — Le sénatus-consulte Trébellien, rendu sous Néron, en l'an 62 de notre ère, décida que la restitution d'un fidéicommis universel sans enlever au fiduciaire la qualité d'héritier, transférerait cependant les *effets pratiques* de cette qualité sur la tête du fidéicommissaire, de telle sorte que

(1) Les stipulations *partis et pro parte* sont les mêmes qui interviennent entre l'héritier et le légataire partiaire (*Suprà*, p. 642).

celui-ci, une fois la restitution faite, serait investi et passible des actions héréditaires, comme s'il était héritier (*Gaius*, II, 253. — *Inst.* L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 4).

Seulement, pour l'honneur des principes, les actions ainsi données pour ou contre le fidéicommissaire furent qualifiées d'utiles. Car, au point de vue de la théorie pure, elles continuaient de résider sur la tête de l'héritier, dont le titre civil était ineffaçable, Mais, lorsque le fiduciaire y figurait comme défendeur ou comme demandeur, au delà de la part qui lui restait en propre, il opposait ou subissait une exception appelée *restitutæ hereditatis*. En deux mots, après l'exécution du fidéicommis, l'héritier ne conservait plus qu'une vaine qualité, et le fidéicommissaire était *loco heredis* (L. 1, § 4, D. *Ad Senat. Treb.*, 36-1).

L'héritier ne redoutait plus ici l'insolvabilité du fidéicommissaire; mais il pouvait néanmoins préférer encore la répudiation, notamment dans le cas où le fidéicommis absorbait toute l'hérédité, ou ne lui en laissait qu'une part insignifiante.

Troisième période. — Sénatus-consulte Pégasien. — Vint ensuite en l'an 73 de l'ère chrétienue, sous le règne de Vespasien, le sénatus-consulte Pégasien, composé de deux chefs : 1° la première disposition étendait la loi Falcidie des legs au fidéicommis, et donnait à l'héritier le droit, s'il faisait adition, de retenir un quart de l'hérédité; 2° lorsque le fiduciaire refusait de faire adition, le préteur avait le pouvoir de l'y contraindre à la demande du fidéicommissaire; l'héritier était alors tenu de restituer toute l'hérédité (*Gaius*, II, 254-258. — *Inst.* L. II, t. XXIII, *De fideic. her.*, § 5, 6).

Par une bizarrerie difficilement explicable, les deux dispositions du Pégasien ne remplacèrent pas complétement le sénatus-consulte Trébellien. Pour déterminer les situations respectives du fiduciaire et du fidéicommissaire, trois hypothèses sont à prévoir.

I. — D'abord, le premier chef ne se combine pas avec le Trébellien. Autrement dit, quand le fidéicommis dépasse les trois quarts de l'hérédité, c'est-à-dire fait naître pour l'héritier le droit de retenir sa quarte, on ne distingue pas; qu'il la retienne ou non, les actions restent fixées en sa personne, comme dans la période du pur droit civil, et les stipulations *restitutæ hereditatis* ou *partis et pro parte* redeviennent nécessaires; le fiduciaire reste héritier et le

fidéicommissaire joue pour ainsi dire le rôle d'un légataire partiaire (*Gaius*, II, 257. — *Ulpien*, R, t. XXV, § 14) (1).

II. — Le second chef se combine, au contraire, avec le Trébellien. Autrement dit, quand l'héritier ne fait pas adition volontaire et n'accepte que sur la demande du fidéicommissaire et l'ordre du magistrat, la quarte lui est refusée. Il doit alors restituer toute l'hérédité, mais les actions héréditaires sont toutes exercées ou subies *utiliter* par le fidéicommissaire.

III. — Enfin, entre les deux chefs, il se présente une hypothèse que ni l'un ni l'autre ne prévoit : le fidéicommis ne dépasse pas les trois quarts, et l'héritier fait une adition volontaire. Ici le Trébellien s'applique encore; le fidéicommissaire est *loco heredis* et les actions se divisent activement et passivement entre le fiduciaire et le fidéicommissaire, proportionnellement au droit de chacun (L. 30, § 3, D. *Ad Senat. Trebel.*, 36-1).

En résumé, cette juxtaposition des deux sénatus-consultes n'était pas un chef-d'œuvre de logique et ne brillait point par la clarté. L'héritier gardait ou perdait sa qualité envers les tiers, selon que le fidéicommissaire était *loco emptoris* ou *loco heredis* (*Gaius*, II, 257. — *Ulpien*, R, t. XXV, § 14. — *Inst.* L. II, t. XXIII, *De fideic. her.*, § 5, 6).

Quatrième période. — Droit de Justinien. — Justinien simplifia cette législation et fondit ensemble les deux sénatus-consultes; il ne laissa subsister que le sénatus-consulte Trébellien modifié par les principales décisions du Pégasien.

Désormais, l'adition forcée reste soumise aux décisions précédentes, et l'adition volontaire donne toujours à l'héritier le droit de réclamer une quarte. Les actions passent invariablement au fidéicommissaire dans la proportion de ce qui lui est restitué en fait (*Inst.* L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 7, 8).

En un mot, on peut caractériser bien simplement l'innovation de Justinien, en disant que le fidéicommissaire est toujours *loco heredis;* on peut même dire qu'il est véritablement héritier, car il n'y a dé-

(1) Certains jurisconsultes et notamment Paul et Modestin ne voulaient pas appliquer le sénatus-consulte Pégasien lorsque le fiduciaire consentait volontairement à ne pas réclamer sa quarte; mais leur opinion ne prévalut pas (*Paul*, S, L. IV, t. III, § 2, — L. 45, D. *Ad senat. Trebel.*, 36-1. — *Ulpien*, R. t. XXV, § 14. — *Gaius*, II, 257).

sormais plus de différence entre les actions directes et les actions utiles.

La quarte Pégasienne est souvent appelée *trébellianique* depuis l'époque de Justinien. En principe, elle relève des mêmes règles que la quarte Falcidie, si bien que les jurisconsultes la comprennent ordinairement dans cette dernière dénomination. On n'a donc qu'à se reporter aux détails déjà donnés sur la manière d'opérer le calcul et les réductions (*Suprà*, p. 651).

Cependant, à la différence de la quarte Falcidie que le testateur ne pouvait pas exclure, il semble qu'une prohibition formelle de sa part ait, en thèse générale, la force d'écarter la quarte Pégasienne; il faudrait alors une concession spéciale de l'Empereur pour en rendre le bénéfice à l'héritier. Tout au moins est-il certain que, si le testateur a prié son héritier de restituer l'hérédité entière, sous la déduction d'un ou de plusieurs objets déterminés, la retenue reste ainsi fixée, fût-elle inférieure au quart de l'actif net. Mais, à l'inverse, excédât-elle ce quart, les actions demeurent pour le tout sur la tête du fidéicommissaire (L. 30, § 4, 5, D. *Ad Senat. Trebel.*, 36-1. — *Inst.* L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 9).

§ III

Fidéicommis à titre particulier.

(*Inst.* L. II, t. XXIV, *De sing. reb. per fideic. relictis.*)

Le fidéicommis à titre particulier, *fideicommissum singulæ rei*, est celui qui porte sur un ou plusieurs objets individuellement déterminés, par exemple, un fonds de terre, un esclave, une somme d'argent (*Inst.* L. II, t. XXIV, *De sing. reb.*, pr.).

Il ressemble plus au legs qu'à l'institution d'héritier.

Personnes qui peuvent en être chargées. — A la différence du fidéicommis d'hérédité, le fidéicommis à titre particulier peut être imposé, non seulement aux successeurs universels, testamentaires ou *ab intestat*, mais encore aux légataires, aux donataires à cause de mort et aux fidéicommissaires particuliers. Bref, il peut être mis à la charge de quiconque profite d'une disposition à cause de mort (*Gaius*, II, 271. — *Inst.* L. II, t. XXIV, *De sing. rebus.*, pr.).

Objet. — On peut laisser valablement par fidéicommis particulier tout ce qui peut faire l'objet d'un legs *per damnationem* (*Ulpien*, R. t. XXV, § 5).

Par application de cette idée, le *fideicommissum singulæ rei* peut

porter : 1° sur la chose du disposant, sans distinguer s'il en a la propriété quiritaire ou si la chose n'est qu'*in bonis*; 2° la chose du grevé; 3° la chose d'autrui (*Inst.* L. II, t. XXIV, *De sing. rebus*, § 1).

Lorsque le fidéicommis particulier s'applique à la chose d'un tiers, on s'était demandé ce qu'il adviendrait dans le cas où le fiduciaire ne pourrait pas l'acquérir. Certains jurisconsultes décidaient alors que contrairement à ce qui est admis pour le legs *per damnationem*, la libéralité s'éteindrait; mais cette doctrine, contraire à la nature même du fidéicommis qui doit toujours s'interpréter d'une manière favorable, déjà combattue par Gaius, fut définitivement écartée par Justinien (*Gaius*, II, 262. — *Inst.* L. II, t. XXIV, *De sing. rebus*, § 1 *in fine*).

Cette solution fut même étendue par l'Empereur au fidéicommis de liberté bien que la décision contraire eût prévalu à l'époque classique (*Gaius*, II, 265. — *Inst.* L. II, t. XXIV, *De sing. rebus*, § 2).

Effets du fidéicommis à titre particulier. — Le fidéicommis à titre particulier ne procure jamais au fidéicommissaire la propriété des choses comprises dans le fidéicommis; le fidéicommissaire n'acquiert qu'un droit de créance qu'il fera valoir contre le fiduciaire par une *persecutio extra-ordinem*. Il va sans dire également que le fidéicommissaire à titre particulier ne recueille jamais le profit des créances et qu'il ne subit jamais la charge des dettes du défunt.

On applique ici toutes les règles relatives à la quarte Falcidie. Il va de soi d'ailleurs que le second chef du Pégasien ne concerne pas ce fidéicommis, et qu'il n'est jamais question de quarte dans le cas où le grevé n'est pas un successeur universel (*Gaius*, II, 254).

Comme les legs, le fidéicommis n'est pas obligatoire au delà de l'émolument que le grevé reçoit du défunt. Mais il y a des hypothèses où ce que doit remettre le grevé n'est pas ce qu'il a reçu; par exemple, il reçoit une somme de mille et doit remettre sa maison. En acceptant alors les mille, il prouve qu'à ses yeux la maison ne vaut pas davantage et le fidéicommis devient exécutoire sans restriction (L. 70, § 1, D. *De legatis*, 2°, 31. — *Inst.* L. II, t. XXIV, *De sing. rebus*, § 1).

TROISIÈME SECTION

PARALLÈLE DES LEGS ET DES FIDÉICOMMIS.

Dans les deux tableaux séparés des legs et des fidéicommis, on a vu ces deux grandes classes de libéralités à cause de mort diffé-

rer par la forme, par l'objet et par les personnes qui en peuvent avoir la charge. Cette comparaison réclame quelques détails de plus.

Capacité. — A l'origine, ni la *factio testamenti* ni le *jus capiendi* n'étaient nécessaires au fidéicommissaire. Cette liberté sans limites violait, en définitive, des règles capitales du droit civil; aussi ne fut-elle pas durable. On doit en effet poser en principe que la jurisprudence classique exigea, pour recueillir un fidéicommis, la même capacité que pour recueillir un legs (*Gaius*, II, 285, 286, 287. — *Suprà*, p. 634).

Cependant il ne fut jamais tenu compte en matière de fidéicommis du défaut de *jus capiendi* des Latins Juniens, ni de l'incapacité prononcée contre les femmes par la loi Voconia. Du reste, il n'était pas indispensable au fidéicommissaire d'avoir la *factio testamenti* à l'instant même de la disposition; il suffisait qu'il fût capable au jour de l'ouverture du droit (*Gaius*, II, 274, 275, 276. — L. 7, pr. D. *De legatis*, 3°, 32).

Formes et preuves. — Le fidéicommis n'est soumis à aucune formalité rigoureuse et dérive de la volonté du testateur, manifestée d'une manière quelconque, même par signes; le tout est de la prouver (*Gaius*, II, 281. — *Ulpien*, R. t. XXV, § 3, 8).

Au point de vue de la preuve, la plus grande latitude était d'ailleurs laissée au fidéicommissaire. Cependant, pour prévenir les difficultés, Théodose le Jeune requit le témoignage de cinq personnes, pour la preuve des fidéicommis non écrits. Justinien fut moins sévère, il permit au *fideicommissarius* de déférer le serment au fiduciaire, après avoir lui-même fait le serment *de calumniâ*, c'est-à-dire juré qu'il n'agissait pas dans un esprit de chicane (L. 8, § 3, C. *De codicillis*, 6-36. — *Inst.* L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 12).

Effets. — D'après sa formule même, le fidéicommis ne saurait amener une translation directe de propriété en faveur du fidéicommissaire, et ne lui donne qu'une créance. L'exécution du fidéicommis se poursuit par la voie d'une *persecutio extrà-ordinem*, c'est-à-dire devant le préteur fidéicommissaire qui juge lui-même (*Gaius*, II, 278, 279).

La condamnation ne monte pas au double, comme dans le legs *per damnationem;* mais elle procure les fruits et même les intérêts à compter de la demeure, comme dans les legs *sinendi modo* (*Gaius*, II, 280, 282, 283, — *Paul*, S. L. IV, t. I, § 18).

Fusion dans le droit de Justinien. — La législation impériale supprima peu à peu toutes ces dissemblances qui ne pouvaient survivre à l'abrogation des formules solennelles. Du jour où les mêmes formules eurent la force de produire l'un ou l'autre de ces actes, ils étaient près de se confondre. Justinien acheva l'œuvre d'assimilation, en déclarant que les mêmes principes leur seraient applicables. Dès lors, le legs emprunte au fidéicommis toutes les règles de preuve, de capacité, de sujets et d'objets ; en retour, il lui communique sa plénitude d'effets, la translation directe de la propriété, le doublement de la condamnation, etc. Les deux institutions n'en font dorénavant plus qu'une, soumise à des principes uniformes et produisent des effets identiques, quelque nom que lui ait donné le disposant (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 3).

La distinction du legs et du fidéicommis ne persiste plus, dans le droit de Justinien, qu'à propos de la disposition qui a pour objet la liberté (*Inst.*, L. II, t. XXIV, *De singulis rebus*, § 2. — *Suprà*, p. 17).

CHAPITRE XLVII

CODICILLES.

(*Inst.* L. II, t. XXV, *De codicillis.*)

Le codicille, *codicillus*, est l'expression de dernières volontés, rédigée sans l'observation des formes du testament.

L'origine du codicille se relie très étroitement à la création des fidéicommis ; l'un et l'autre en effet devinrent obligatoires sous le règne d'Auguste (*Inst.* L. II, t. XXV, *De codicillis*, pr.) (1).

Forme et nature des codicilles. — A l'époque classique, les codicilles ne demandaient aucune forme spéciale, *nullam solemnitatem ordinationis desiderant* (*Inst.* L. II, t. XXV, *De codicillis*, § 3 *in fine*).

Mais Théodose le Jeune fit tomber le codicille sous l'empire d'une décision nouvelle et générale qui exigea désormais, pour tout autre acte de dernière volonté que le testament, la présence de cinq témoins et leur signature (*subnotatio*) si la disposition était écrite (L. 8, § 3, C. *De codicillis*, 6-36).

(1) Le droit français ne connaît pas de codicilles ; chez nous tous les actes de dernière volonté sont régis par des règles uniformes. Toutefois, dans le langage usuel, on nomme *codicilles* les testaments qui complètent ou modifient des dispositions testamentaires antérieures.

La principale différence d'effets entre le testament et le codicille, c'est que ce dernier ne peut donner ni ôter une hérédité; en d'autres termes, il ne peut contenir, ni révoquer, ni modifier une institution d'héritier, une exhérédation, une substitution vulgaire ou pupillaire. A titre de différence accessoire, notons qu'on admet la coexistence de deux codicilles, et que le premier reste alors exécutoire dans tout ce qu'il a de compatible avec le second (*Inst.* L. II, t. XXV, *De codicillis*, § 2, 3. — *Conf.* C. C. art. 1036).

Un testament nul à raison de ses formes ne vaut pas en principe comme codicille. Cependant la volonté contraire du testateur pouvait, à l'époque classique, s'induire de circonstances quelconques. Depuis Théodose le Jeune, elle dut se manifester par une clause expresse, que les commentateurs ont appelée *clause codicillaire* (L. 3, D. *De jure codicill.*, 29-7. — L. 8, pr. C. *De codicillis*, 6-36).

Division et subdivision des codicilles. — Les codicilles émanent indistinctement d'un testateur ou d'une personne qui n'a pas testé; on les divise donc en codicilles testamentaires et codicilles *ab intestat*. Les uns et les autres supposent dans leur auteur la *factio testamenti;* mais, tandis qu'elle est nécessaire pour les premiers au moment même de leur confection, il suffit qu'elle existe au décès pour les codicilles *ab intestat* (L. 6, § 3; L. 8, § 2, D. *De jure codicill.*, 29-7; L. 1, § 1, 5, D. *De legatis*, 3°, 32).

En outre, les codicilles testamentaires partagent la destinée du testament, et tombent par toutes les causes qui le rendent *irritum*, *ruptum* ou *destitutum* (L. 3, § 2; L. 16, D. *De jure codicill.*, 29-7).

Les codicilles *ab intestat* n'ont pu recevoir une confirmation par testament. Au contraire, les condicilles testamentaires sont d'ordinaire confirmés par testament. La confirmation est expresse ou tacite. *Expresse*, c'est-à-dire déclarée dans le testament lui-même, elle s'applique tantôt à des codicilles futurs, tantôt à des codicilles déjà faits. *Tacite*, c'est-à-dire présumée à raison de circonstances qui accompagnent la confection d'un testament, elle se réfère toujours à des codicilles déjà faits que le testateur n'a pas voulu détruire (*Inst.* L. II, t. XXV, *De codicillis*, § 1).

L'intérêt de cette subdivision se manifeste à un double point de vue. D'abord le codicille non confirmé ne contient valablement que des fidéicommis; le codicille confirmé est au contraire susceptible de renfermer toutes les clauses qui ne touchent pas à l'hérédité elle-même, c'est-à-dire des legs ou révocations de legs, des

affranchissements directs et des nominations de tuteurs. De plus, les dispositions d'un codicille confirmé sont réputées écrites dans le testament lui-même; ainsi l'affranchissement d'un esclave par codicille valide le legs que le maître lui avait fait *sinè libertate* dans un testament antérieur (*Paul*, S. L. IV, t. I, § 10. — *Ulpien*, R. t. XXV, § 8. — L. 8, § 5, D. *De jure codicill.*, 29-7. — *Inst.* L. II, t. XXV, *De codicillis*, § 1).

CHAPITRE XLVIII

DROIT D'ACCROISSEMENT.

La théorie du droit d'accroissement est une théorie générale qui s'applique aux différents ordres de succession; mais il est particulièrement intéressant de l'étudier dans les dispositions testamentaires, institutions d'héritier, legs et fidéicommis. Nous l'examinerons à trois époques : 1° dans l'ancien droit; 2° sous le régime des lois caducaires; 3° dans le droit de Justinien.

PREMIÈRE SECTION

THÉORIE DE L'ACCROISSEMENT DANS L'ANCIEN DROIT ROMAIN.

L'idée d'accroissement suppose que deux ou plusieurs personnes ont été appelées à recueillir la même chose, et chacune pour le tout. Quand les divers appelés profitent de leur vocation, ces droits identiques se restreignent mutuellement et nécessitent un partage. Si l'un ou plusieurs des appelés ne veulent ou ne peuvent tirer parti de leur vocation, les droits des autres s'élargissent pour embrasser les portions vacantes. Il est même possible que le droit de l'un des appelés absorbe l'objet tout entier de la disposition; c'est lorsque toutes les prétentions rivales se sont retirées et lui ont laissé le champ libre.

Cette force d'expansion (ou d'élasticité, comme on l'a dit avec bonheur) est qualifiée par les Romains de *jus accrescendi.* Ils auraient pu la désigner avec la même justesse sous le nom de *jus non decrescendi;* car elle ne manifeste pas un droit nouveau, elle n'est que l'exercice d'un droit préexistant et débarrassé de ses entraves (L. 80, D. *De legatis*, 3°, 32).

Accroissement dans les institutions d'héritier. — L'accroissement a deux grandes applications dans les institutions d'héritier, parce que la vocation éventuelle au tout, y peut dériver de deux causes : ou de la volonté de la loi, ou de la volonté du disposant.

Accroissement par la volonté de la loi. — En effet, l'accroissement résulte souvent de la loi. On se rappelle que l'hérédité est indivisible, et ne saurait être testamentaire pour partie, *ab intestat* pour partie. Or, supposons qu'un testateur assigne à plusieurs institués des parts qu'il déclare immuables, et dont le total absorbe son hérédité ; il suffira qu'un d'entre eux ne veuille ou ne puisse acquérir la sienne, pour qu'elle accroisse nécessairement aux autres malgré l'intention formelle du défunt et contre leur propre gré. Cette règle ne fléchit qu'à l'égard du testament militaire (L. 37, D. *De testam. militis*, 29-1).

Accroissement par la volonté du défunt. — D'autres fois, l'accroissement résulte de la volonté du défunt, et l'on entre ici véritablement dans son domaine. Supposons que le testateur ait décomposé son hérédité en plusieurs fractions, et qu'il ait appelé plusieurs personnes à la totalité de telle ou telle de ces fractions ; par exemple : *Titius heres esto ex parte dimidiâ ; Seius et Mœvius heredes sunto ex alterâ parte*. Si Mœvius vient à faire défaut, sa part dans la seconde moitié ne profite qu'à Séius, et Titius n'y pourra rien prétendre.

Cette attribution solidaire d'une même quote-part de l'hérédité à plusieurs institués établit entre eux ce qu'on appelle la *conjunctio re*. Elle est la base du droit d'accroissement, et se subdivise en deux espèces, ou plutôt s'offre sous deux aspects divers : 1° *re tantùm ;* c'est lorsqu'elle dérive de phrases séparées ; par exemple, *Titius heres esto ex parte dimidiâ ; Seius heres esto ex alterâ parte ; Mœvius heres esto ex parte quâ Seius instilui ;* Séius et Mœvius sont ici *conjuncti re tantùm ;* 2° *re et verbis ;* c'est lorsque la vocation solidaire à la même quotité dérive d'une seule et même phrase ; par exemple : *Seius et Mœvius ex parte dimidiâ heredes sunto...*

Il est possible que le testateur, en réunissant plusieurs institués dans une même phrase, leur ait du même coup assigné des parts : *Titius heres esto ; Seius et Mœvius æquis ex partibus heredes sunto.* Il n'y a pas là de vocation solidaire au tout, mais simplement un hasard de langage, une *conjunctio verbis tantùm*, insuffisante à fonder le *jus accrescendi.*

La *conjunctio re* détermine seule l'accroissement entre cohéri-

tiers. Entre les divers *conjuncti re*, un ordre est tracé ; si l'héritier dont la part est vacante avait à la fois un *conjunctus re tantùm* et un *conjunctus re et verbis*, ce dernier l'emporte. A défaut de tout conjoint *re*, sans prendre en considération les *conjuncti verbis tantùm*, l'accroissement se fait entre tous les cohéritiers indistinctement, en vertu de la loi et de la règle *Nemo partim*... (L. 66, D. *De hered. instit.*, 28-5 ; L. 142, D. *De verb. sign.*, 50-16. — *Conf.* C. C. art. 786).

Accroissement dans les legs et fidéicommis. — L'accroissement n'a qu'une application dans les legs. En effet, l'identité de vocation ne dérive pas ici de la loi ; tout legs non recueilli par son destinataire demeure dans l'hérédité, en ce sens que l'héritier se trouve déchargé. Elle ne peut résulter que de la volonté expresse ou présumée du testateur. Autrement dit, le *jus accrescendi* ne repose jamais entre colégataires que sur une *conjunctio re*, soit faite par une seule phrase (*re et verbis*), soit faite par des phrases séparées (*re tantùm*) (L. 11 ; L. 12, D. *De usuf. adcresc.*, 7-2) (1).

Sur cette base, l'accroissement est-il possible dans toute classe de legs ? On doit distinguer suivant les legs.

1° L'accroissement a toujours lieu dans le legs *per vindicationem*, dès que les légataires sont *conjuncti re et verbis* ou *re tantum*. Car le testateur, en ne procédant pas à l'assignation de parts, a montré qu'il entendait laisser la chose entière, soit à tous les appelés ensemble qui la partageront, soit à celui d'entre eux qui viendra. L'assimilation générale du legs *per præceptionem* au legs *per vindicationem* y fit admettre aussi l'accroissement (*Gaius*, II, 199, 223. — *Ulpien*, R. t. XXIV, § 12).

2° Au contraire, l'accroissement n'a jamais lieu ni dans le legs *per damnationem*, ni dans le legs *sinendi modo*, que les légataires soient *conjuncti re et verbis* ou qu'ils soient *conjuncti re tantum*. Car il n'y a jamais identité de vocation dans un legs de créance. Est-il adressé par une même phrase, *conjunctim*, à deux légataires, en vertu de la règle ancienne qui partage de plein droit et par têtes les créances conjointes, chacun d'eux n'a dès le principe qu'une créance de la moitié de la chose léguée ; c'est ce qu'on exprime par la formule *damnatio partes facit*. Le legs leur est-il adressé dans

(1) Il est à remarquer qu'au premier cas, les Romains disent que les colégataires sont appelés *conjunctim*, au second cas, *disjunctim*. Mais cette distinction n'a trait qu'aux formes du langage, et le fond de la règle est bien de subordonner toujours l'accroissement à la *conjunctio re*, c'est-à-dire à la vocation solidaire (*Gaius*, II, 199).

des phrases séparées, *disjunctim*, on admet encore deux créances distinctes ; seulement chacune d'elles porte sur la totalité de la chose léguée, et les deux légataires obtiennent, à l'exemple de deux stipulants d'un même objet, l'un la chose elle-même, l'autre l'estimation (*Gaius*, II, 205. — *Ulpien*, R. t. XXIV, § 13. — *F. V.* § 85) (1).

3° Le fidéicommis, qui ne produit jamais que des créances, fut logiquement traité comme le legs *per damnationem* ou *sinendi modo;* c'est dire que l'accroissement n'y est pas possible, *in fideicommisso autem id sequimur, quod in damnatione* (*F. V.* § 85 *in fine*).

Règles de l'accroissement. — Dans l'ancien droit, l'accroissement entre cohéritiers ou colégataires est soumis aux quatre règles suivantes qui déterminent son mode d'application.

1° *L'accroissement est forcé.* — En d'autres termes, dès que l'héritier ou légataire accepte la part dont il a été gratifié, il acquerra nécessairement les parts qui deviendront vacantes par la suite. Si la vacance s'est produite avant sa décision, il accepte ou répudie le total de sa part et de celle qui lui accroît. Car il avait vocation éventuelle au tout, et ne peut réaliser une partie de la vocation en laissant tomber l'autre (*Paul*, S. L. III, t. VI, § 12. — L. 53, § 1, D. *De acq. vel. om. hered.*, 29-2).

Cette règle souffre deux exceptions principales : 1° dans le cas d'abstention d'un héritier nécessaire ; 2° dans le cas de *restitutio in integrum* d'un mineur de vingt-cinq ans contre une acceptation onéreuse (L, 57 ; L. 61, D. *De acq. vel. om. hered.*, 29-2).

2° *L'accroissement est rétroactif.* — Cette formule signifie que l'accroissement, une fois accompli, fait considérer l'appelé comme ayant acquis *ab initio* les deux parts. De là résulte que l'accroissement s'effectuera, même après le décès de l'acceptant, au profit de ses héritiers ; on dit en ce sens *portio portioni adcrescit, non personæ.* Il en résulte encore que, pour apprécier la capacité de l'appelé, on doit se placer, non au moment où s'opère l'accroisse-

(1) Bien que tous les jurisconsultes fussent d'accord pour écarter l'accroissement dans le legs *sinendi modo,* une grave controverse s'était élevée entre eux sur les effets que doit produire ce legs quand il a été fait *disjunctim.* Les uns soutenaient qu'alors le colégataire qui se présentait le premier devait prendre la chose entière et que l'autre n'avait rien à prétendre. Dans une autre doctrine qui prévalut, on décidait que l'héritier devait fournir à l'un la chose, à l'autre son estimation (*Gaius,* II, 215).

ment, mais au jour où s'ouvrait sa propre vocation au legs ou à l'hérédité (L. 26, § 1, D. *De cond. et demonst.*, 35-1).

3° *L'accroissement est proportionnel aux parts que les appelés recueillent en vertu de leur propre vocation;* car c'est dans cette mesure qu'ils eussent souffert de l'arrivée du défaillant. Cette règle ne doit s'entendre, à l'égard des cohéritiers, que réserve faite de la prééminence accordée aux *conjuncti* du défaillant sur les autres cohéritiers (L. 20, § 2, D. *De hered. inst.*, 28-5).

4° *L'accroissement a lieu tantôt cum onere, tantôt sine onere.*

Entre cohéritiers, il s'opère généralement *cum onere*, en ce sens que l'acceptant acquiert la part vacante avec la charge des dettes héréditaires, legs ou fidéicommis qui la grèvent; l'hérédité forme, en effet, une masse indivisible de passif et d'actif. Par exception, l'acceptant n'est pas tenu des legs ou fidéicommis qui étaient imposés personnellement (*nominatim*) au défaillant. Cette exception elle-même fut effacée par les jurisconsultes classiques, sous l'influence d'un rescrit de Septime Sévère et de Caracalla, qui assimila les effets de l'accroissement aux effets de la substitution vulgaire (L. 61, § 1, D. *De legatis*, 2°, 31. — L. 1, § 13, D. *Ad leg. Falc.*, 35-2).

Entre colégataires, il se produit un résultat inverse. L'accroissement s'opère d'habitude *sine onere*, en ce sens que l'acceptant, qui recueille la part laissée vacante par un défaillant chargé d'un fidéicommis, n'est pas tenu de cette charge; car elle est présumée individuelle. Par exception, s'il est démontré que la charge grève les legs plutôt que les légataires et pèse sur tous, elle sera supportée en totalité par le légataire qui prendra le legs entier (L. 30; L. 54, § 1, D. *De cond. et dem.*, 35-1).

DEUXIÈME SECTION

LOIS CADUCAIRES.

L'expression de *leges caducariæ* ou de *leges novæ* désigne un système de législation qui remonte aux premiers temps de la période impériale. Il embrasse : 1° la loi Julia *de maritandis ordinibus*, rendue en l'année 736 ou 757 de Rome; 2° la loi Papia Poppœa, qui vint, en 762, compléter la loi Julia en la modifiant sur plusieurs points; 3° plusieurs sénatus-consultes qui vinrent successivement interpréter ou élargir ces deux lois principales (*Ulpien*, R. t. XIV, t. XVI, § 3).

Les lois caducaires eurent un double objet. Sur la fin de la République, le mariage de plus en plus abandonné, la décroissance de plus en plus sensible de la population ingénue, devenaient un danger social : pour l'écarter, Auguste fit sortir des testaments jusqu'alors respectés une menace et une promesse, une peine pour le célibat et la stérilité, une récompense pour la paternité. Du même coup, il procurait au trésor une source nouvelle de revenus. Tels furent, au dire de Tacite, les deux avantages que poursuivit le premier Empereur, *incitandis cælibum pœnis*, *augendo ærario* (Tacite, *Annales*, III, 25).

Il est impossible de déterminer la part exacte de chaque loi dans le système caducaire. Il faut donc, à l'exemple des jurisconsultes romains, le considérer comme un seul tout.

§ I

Limitation du domaine des lois caducaires.

Le plan primitif des lois Julia et Papia Poppœa n'avait embrassé que les institutions d'héritier et les legs. Auguste n'y soumit point les fidéicommis, qui jouissaient en son temps d'une grande popularité ; ce fut le sénatus-consulte Pégasien, postérieur d'une soixantaine d'années, qui les y fit rentrer. Quant aux donations à cause de mort, elles y furent elles-mêmes enveloppées par un sénatus-consulte de date inconnue (*Gaius*, II, 286. — L. 35, pr. D. *De mortis caus. don.*, 39-6).

Encore, ne serait-il pas exact de soumettre sans réserve toutes les dispositions à cause de mort au système caducaire. On doit en effet partager en trois catégories les dispositions testamentaires qui manquent leur effet ; les unes sont qualifiées de *pro non scriptis*, les autres sont appelées *caduca ;* enfin d'autres sont dites *in causâ caduci*.

Sont *pro non scriptis* les dispositions nulles dès le principe, à raison d'un vice essentiel de forme ou de fond, comme l'incapacité du disposant ou du gratifié, l'irrégularité du testament, etc. Elles ne donnent pas lieu à l'application des lois caducaires, et restent sous l'empire des anciennes règles de l'accroissement. Il est bien entendu d'ailleurs que, pour les recueillir en conformité de ces vieilles règles, il faut avoir la capacité nouvelle de recueillir de son propre chef (L. 2 ; L. 3 ; L. 4, D. *De his quæ pro non scriptis*, 34-8).

Au contraire, toute disposition qui, valable au début, vient à manquer son effet par la suite, est un *caducum* ou se trouve *in causâ caduci*. Il n'y a pas à se préoccuper des causes qui amènent la défaillance, et l'on ne doit pas rechercher si elles tirent ou non leur origine des lois caducaires. Dans ce sens général, le nom spécial de *caducum* est réservé aux dispositions qui deviennent vacantes, par une circonstance quelconque, après la mort du disposant; tel sera le legs enlevé au légataire par les *leges caducariæ*, ou qui tombe par sa répudiation, etc. Sont dites spécialement *in causâ caduci* les dispositions qui deviennent vacantes avant la mort du disposant; tel sera le legs infirmé par le prédécès du légataire, etc.

Cette doctrine rencontre bien des adversaires, qui proposent d'autres explications de ces termes plus ou moins obscurs. Elle a pour elle l'imposante autorité d'une constitution formelle de Justinien et d'un texte très général d'Ulpien (*Ulpien*, R. t. XVII, § 1. — L. 1, § 2, C. *De cad. toll.*, 6-51) (1).

§ II

Mesures prises par les lois caducaires.

Dans ces limites, le nouveau système organise trois grandes situations distinctes : des déchéances, des privilèges et des situations intermédiaires.

Déchéances. — Les déchéances atteignent les *cælibes*, les *orbi* et probablement aussi les *patres solitarii* (*Ulpien*, R. t. XIII).

Les *cælibes* furent déclarés, par la loi Julia, hors d'état de profiter des institutions ou legs, et plus tard cette impuissance s'étendit aux autres dispositions à cause de mort. La loi Papia Poppœa frappa les *orbi* d'une déchéance de même nature, mais réduite à la moitié de la disposition.

Est *cælebs* l'homme ou la femme qui n'est pas marié en *justæ nuptiæ*, et qui n'a pas d'enfant légitime. Le célibat proprement dit et le veuvage sont donc assimilés à ce point de vue; on se rappelle seulement qu'après la rupture d'un précédent mariage un certain

(1) Une autre explication donne le nom de *caduca* aux dispositions testamentaires qui, susceptibles de produire leur effet d'après l'ancien droit civil, ne le manquent que par application des *Leges novæ*. Les dispositions *in causâ caduci* seraient, au contraire, celles qui, régulières au début, viennent à manquer leur effet par une circonstance indépendante des lois caducaires.

temps de *vacatio* est accordé aux femmes ; il est de deux ans pour les veuves, de dix-huit mois pour les divorcées (*Suprà*, p. 52).

Il faut aussi que le mariage ne soit pas contraire aux prohibitions des lois nouvelles, qui défendaient notamment à tout ingénu le mariage avec des femmes de condition honteuse (*Ulpien*, R. t. XIII ; t. XIV).

Est *orbus* l'homme ou la femme qui, bien que marié, n'a pas au moins un descendant légitime, vivant ou conçu. Les enfants adoptifs ne comptent pas en faveur de l'adoptant, et continuent sans doute de compter en faveur de leur père naturel (L. 148; L. 149; L. 153, D. *De verb. sig.*, 50-16) (1).

Le *cœlebs* ou l'*orbus* ne manquait pas d'ailleurs de la *factio testamenti* proprement dite, mais seulement du *jus capiendi*, c'est-à-dire de la faculté de recueillir. La disposition qu'on lui adressait n'était donc pas nulle. Dès lors, s'il pouvait se mettre en règle avec les lois caducaires avant la fixation de son droit, c'est-à-dire avant la mort du testateur ou l'événement de la condition, il échappait aux déchéances. On va même plus loin ; les déchéances sont écartées et le *jus capiendi* est recouvré, quand le *cœlebs* se marie ou que l'*orbus* devient père dans les cent jours qui suivent la fixation de son droit, ou l'ouverture des tablettes du testament, depuis la loi Papia Poppœa (*Ulpien*, R. t. XVIII, § 1).

Les dispositions enlevées aux *cœlibes* et aux *orbi* deviennent vacantes, et forment une partie importante des *caduca* ou des *in causâ caduci.*

Quant au *pater solitarius*, on présume que c'est l'homme veuf ou divorcé, ayant des enfants d'un précédent mariage mais qui n'est pas actuellement marié. On ne peut savoir, faute de documents précis, s'il était frappé d'une déchéance, et dans quelle mesure ; il est cependant permis de conjecturer que son incapacité était moindre que celle qui frappait l'*orbus* (*Ulpien*, R. t. XIII).

Privilèges. — A côté des peines, il y a des récompenses ; tout ce qui n'est pas recueilli appartient, en sus de leur part, aux *patres* inscrits dans le testament comme héritiers ou comme légataires. Ces privilèges de la paternité constituent le *jus patrum* ou les *præmia patrum.*

Le *pater* est ici l'homme qui, marié ou dispensé de l'être, a tout

(1) Lorsque la disposition testamentaire est adressée à un esclave, c'est le maître qui doit satisfaire aux conditions des lois caducaires (L. 82, D. *De acq. vel. om. hered.*, 29-2).

au moins un enfant légitime vivant ou conçu. Mais la loi, moins complaisante pour accorder les *præmia patrum* que pour épargner les peines de l'*orbitas*, ne tient compte ici que de la descendance *per masculos ;* en d'autres termes, les petits-enfants *ex filiâ* ne sont pas pris en considération. Il n'importe d'ailleurs que la puissance paternelle existe ou non (*F. V.* § 195).

Caducorum vindicatio. — L'attribution des parts vacantes aux *patres* reçoit le nom de *caducorum vindicatio.*

1° Entre les héritiers *patres*, elle se détermine par la *conjunctio*, telle que nous la connaissons (*Suprà*, p. 668).

A défaut de *conjunctio*, tous les cohéritiers *patres* en profitent.

Si nul héritier ne remplit les conditions de la paternité, les parts vacantes sont attribuées aux légataires *patres*. Cette faveur exorbitante s'explique par une observation scrupuleuse des intentions qu'on suppose au défunt (*Ulpien*, R. t. I, § 21. — L. 15, D. *De hered. inst.*, 28-5).

2° Entre colégataires, la *caducorum vindicatio* est le bénéfice des légataires *patres* conjoints au défaillant, sans distinction entre les legs de créance et les legs de propriété. Il paraît même que la *conjunctio verbis tantùm* est ici efficace et préférée à la *conjunctio re tantùm* (*Gaius*, II, 208. — L. 89, D. *De legatis*, 3°, 32).

Viennent ensuite les héritiers *patres*, enfin les colégataires non conjoints et *patres* (*Gaius*, II, 207).

L'attribution des parts vacantes n'est pas forcée, bien que la propriété en appartienne de plein droit aux appelés ; ils peuvent la répudier. Elle est vraisemblablement proportionnelle aux parts diverses des institués ou à la valeur estimative des legs. Elle se fait *cum onere* (*Ulpien*, R. t. XVII, § 3).

A défaut de tout *pater* parmi les cohéritiers ou les colégataires, les parts vacantes étaient dévolues au trésor du peuple, à l'*ærarium*. Caracalla y substitua le trésor impérial, *fiscus* (*Gaius*, II, 286. — *Ulpien*, R. t. XVII, § 2. — Tacite, *Annales*, III, 28) (1).

Situations intermédiaires. — Entre ces deux classes de per-

(1) C'est ainsi qu'on interprète généralement l'innovation de Caracalla ; il y a cependant des auteurs qui, s'appuyant sur un passage d'Ulpien (R. t. XVII, § 2), soutiennent que cet empereur supprima les *præmia patrum* pour les attribuer au fisc. Il est certain d'ailleurs que si Caracalla supprima les privilèges de la paternité, ils furent rétablis après lui, puisqu'ils existent encore sous Justinien (L. 1, § 4, C. *De cad. toll.*, 6-51).

sonnes, les unes frappées de déchéance et les autres munies des *præmia patrum*, les lois caducaires avaient créé des situations intermédiaires, sans peines ni récompenses. Il faut en distinguer deux : la *solidi capacitas* et le *jus antiquum in caducis*.

Solidi capacitas. — La *solidi capacitas* se résume dans cette idée, que certaines personnes ont le droit de conserver sans restriction ce qui leur a été laissé, mais n'obtiennent rien au delà et ne profitent point des parts vacantes.

Une première cause d'immunité résulte de l'âge et de quelques autres circonstances favorables. Sont *solidi capaces* : 1° les hommes au-dessous de vingt-cinq ans et les femmes au-dessous de vingt ans ; 2° les hommes sexagénaires et les femmes quinquagénaires, pourvu que les uns et les autres soient arrivés en état de mariage à la limite fixée par la loi ; 3° les absents pour service public, *absentes reipublicæ causâ ;* 4° les veuves pendant deux ans, les femmes divorcées pendant dix-huit mois, à partir de la dissolution du mariage (*Ulpien*, R. t. XIV ; t. XVI, § 1, 3).

Une seconde cause d'exemptions tenait aux rapports de parenté ou d'alliance qui liaient le disposant avec le bénéficiaire de la libéralité. Elle embrassait : 1° les cognats du testateur jusqu'au sixième degré inclusivement, et même au septième degré les enfants d'un petit-cousin ou d'une petite-cousine (*sobrino* ou *sobrinâ nati*) ; 2° quiconque, lors de la mort du testateur, était ou avait été son allié en ligne directe ou son conjoint (*F. V.* § 216-219).

D'ailleurs, les *præmia patrum* étaient refusés aux femmes, quelque nombre d'enfants qu'elles pussent avoir. Cette sévérité n'avait rien d'étonnant dans la législation classique, qui ne reconnaissait encore des rapports successoraux qu'entre le père et les descendants. Il est hors de doute cependant que la femme acquérait la *solidi capacitas* par la procréation d'enfants légitimes. Lui suffit-il seulement d'en avoir un, ou doit-elle remplir les conditions du *jus liberorum* ordinaire, c'est-à-dire en avoir trois si elle est ingénue, quatre si elle est affranchie? La réponse n'est pas certaine ; mais il semble préférable de s'arrêter à la première conjecture (L. 135 ; L. 141, D. *De verb. sign.*, 50-16).

Enfin, on s'accorde à penser que la concession du *jus liberorum* par le prince emportait remise des peines de l'*orbitas*, mais non des peines du célibat (*Ulpien*, R. t. XVI).

Jus antiquum in caducis. — Le *jus antiquum* était plus avanta-

geux que la *solidi capacitas;* il n'appartenait qu'aux ascendants et descendants jusqu'au troisième degré inclusivement (*Ulpien*, R. t. XVIII).

On appelait ainsi le droit pour ces personnes de recueillir, suivant la théorie primitive de l'accroissement, non seulement ce qui leur était laissé, mais encore les parts devenues vacantes pour un motif quelconque. On ne cherchait pas en effet si la vacance résultait des anciennes règles, pour exclure le *jus antiquum* des incapacités introduites par les lois nouvelles; il portait aussi bien sur les *caduca vel in causâ caduci* que sur les *pro non scriptis*. Reste alors à montrer en quoi le *jus antiquum* est moins favorable que la *caducorum vindicatio* et ne constitue qu'une situation intermédiaire. C'est que les *patres* n'ont pas besoin de *conjunctio* pour venir aux parts défaillantes (*Ulpien*, R. t. XVII, § 2 ; t. XVIII) (1).

TROISIÈME SECTION

ACCROISSEMENT DANS LE DROIT DE JUSTINIEN.

Déjà avant le règne de Justinien, les lois caducaires avaient reçu de graves atteintes. C'était l'inévitable destinée de cette législation tyrannique, contraire aux mœurs romaines, et frappée dès son origine d'une impopularité toujours croissante, qni suscita de nombreux expédients destinés à la frauder (2).

Le christianisme, qui voyait dans la continence une vertu inconnue du monde païen, ne pouvait maintenir les peines du célibat et de l'*orbitas*. Constantin les abolit par une décision que ses fils renouvelèrent (L. 1, C. *De inf. pœnis cœlib.*, 8-58).

(1) On oppose à ce système la dénomination de *jus antiquum*, pour en conclure que ce droit embrasse uniquement les libéralités qui ont pu devenir vacantes en vertu de la législation ancienne. Mais cette dénomination s'explique par la nature et les effets du droit exercé, sans en restreindre l'objet et le champ d'application. D'ailleurs, et cette remarque est décisive, Ulpien ne le nomme-t-il pas *jus antiquum in caducis ?* et par quelle raison veut-on restreindre ici le sens ordinaire du mot *caduca ?* (*Ulpien*, R. t. XVII.I)

(2) Parmi les expédients qui furent imaginés par la pratique pour éluder l'application des lois caducaires, les uns furent proscrits par des sénatus-consultes tels furent : l'emploi des fidéicommis et l'adoption (*Gaius*, II, 286. — Tacite, *Annales*, XV, 19). D'autres furent toujours permis et considérés comme réguliers, on peut citer : l'apposition de la condition « *quum capere poterit* » à la disposition testamentaire et l'application des principes de la substitution vulgaire (L. 51 pr., D. *De legatis*, 2°, 31. — L. 62, D. *De here l. inst.*, 28-5).

Mais le *jus patrum* ne disparut pas pour cela, il continua de s'exercer sur toutes les dispositions qui devenaient vacantes par d'autres causes que les déchéances disparues. Il ne faut pas oublier, en effet, que la *caducorum vindicatio* était une source de revenus pour le fisc, à défaut de *pater;* c'est là probablement ce qui la fit survivre. Elle fut enfin supprimée par Justinien; ce prince effaça les dernières traces de la législation caducaire, et rendit à l'institué le droit de faire adition dès le décès, sans attendre l'*apertura tabularum* (L. 1, C. *De caducis toll.*, 6-51).

L'abolition des lois caducaires eut pour conséquence de rétablir l'ancienne théorie du droit d'accroissement et l'influence de la *conjunctio* soit entre cohéritiers, soit entre colégataires.

Toutefois, si l'on se rappelle que la forme des legs est désormais unique, on les soumettra tous aux principes étudiés pour le legs *per vindicationem*. Donc, dès qu'une même chose aura été léguée pour le tout à deux ou plusieurs légataires, soit *conjunctim*, soit *disjunctim*, l'accroissement se produira, pourvu qu'il n'y ait pas assignation de parts (*Inst.* L. II. t. XX, *De legatis*, § 8. — *Suprà*, p. 669).

Néanmoins, il faut remarquer que, bien que la *conjunctio re* soit encore pour Justinien la base indispensable de l'accroissement, son langage prête à l'équivoque; car il la qualifie de *disjunctio*, et nomme *conjunctio verbis* l'ancienne *conjunctio re et verbis* (L. 1, § 10, C. *De cad. toll.*, 6-51).

Dans les institutions d'héritiers, l'accroissement est forcé; il se fait *sinè onere* à l'égard des dispositions *pro non scriptis;* il se fait *cum onere* pour les autres. Quant aux legs laissés *disjunctim*, l'accroissement est forcé et s'opère *sine onere;* il est facultatif et *cum onere* pour les legs laissés *conjunctim*. On voit que Justinien fait un mélange confus des anciennes règles du droit d'accroissement avec la législation caducaire (*Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 8. — L. 1. § 2, C. *De cad. toll.*, 6-51. — *Conf.* C. C. art. 1044, 1045)

APPENDICE

PARTICULARITÉS DU LEGS D'USUFRUIT.

Le legs d'usufruit a toujours présenté plusieurs dérogations aux règles ordinaires de l'accroissement.

1° D'abord lorsqu'un legs d'usufruit est recueilli par deux colégataires, la mort de l'un d'eux ne peut entraîner transmission de sa

part à ses héritiers ; car l'usufruit n'est pas transmissible. Par conséquent, ce décès n'a d'autre résultat que de lever l'obstacle jusqu'alors apporté par le défunt à la plénitude du droit du colégataire survivant. L'accroissement se produit alors bien qu'il n'y ait pas réellement vacance et qu'en fait les parts aient été recueillies. Cette décision se fonde sur la volonté du défunt, qui a préféré son légataire à ses héritiers. Le même résultat se produirait dans le cas d'une *capitis deminutio* subie par l'un des légataires (*F. V.* § 77. — L. 1, § 3, D. *De usuf. acres.*, 7-2).

2° En outre l'accroissement profite *personæ ,non portioni.* Supposons un legs d'usufruit fait à Titius, Séius et Mœvius ; si Titius accepte et meurt ensuite, la part laissée vacante par Séius accroîtra seulement à Mœvius, et ne se partagera pas entre Mœvius et les héritiers de Titius contrairement à ce qu'il adviendrait d'un legs de propriété. La raison en est que l'usufruit, essentiellement attaché à la personne, ne comporte pas de substitution en faveur d'un autre individu, sous peine de méconnaître les intentions du disposant et d'en altérer complétement l'objet (L. 33, § 1, D. *De usuf.*, 7-1 ; L. 10, D. *De usuf. acres.*, 7-2).

Ces règles particulières étaient sans doute applicables, par analogie de motifs, aux legs des autres servitudes personnelles, et probablement même aux legs d'une servitude prédiale ; car il était difficile d'en transférer l'avantage à toute autre personne que le propriétaire du fonds dominant.

3° Enfin, les lois Julia et Papia Poppœa ne suppriment pas en notre matière les règles de l'accroissement. Le legs d'usufruit était en effet trop personnel pour donner lieu à l'exercice du *jus patrum ;* mais il était soumis aux déchéances. Car on ne pouvait admettre qu'un testateur éludât les prohibitions caducaires, au profit d'un *cælebs* ou d'un *orbus,* en donnant à sa libéralité la forme d'un legs d'usufruit. Dès lors, il suffisait aux autres légataires d'avoir la *solidi capacitas,* pour acquérir par accroissement les parts devenues vacantes en vertu de ces lois ou de toute autre circonstance.

CHAPITRE XLIX

TESTAMENTS MILITAIRES.

(*Inst.* L. II, t. XI, *De militari testamento.*)

Sous la République, le soldat n'était pas distinct du citoyen ; car il n'y avait pas d'armées permanentes, et le service militaire était la charge de tous. Mais l'Empire introduisit la célèbre distinction du *miles* et du *paganus*. César, Titus et Domitien accordèrent alors aux soldats, en matière testamentaire, des privilèges purement provisoires ; Nerva et Trajan les concédèrent d'une manière définitive et Justinien les confirma.

Les textes en donnent pour motif l'ignorance juridique des soldats, explication manifestement inacceptable ; car elle ne s'appliquerait pas aux chefs, et ne ferait pas comprendre pourquoi le citoyen reste ou retombe sous le droit commun, avant son entrée dans le service et depuis son retour à la vie civile (*Gaius*, II, 109. — L. 15, C. *De test. mil.*, 6-21. — *Inst.* L. II, t. XI, *De milit. test.*, pr.).

En réalité la raison de ces privilèges est double. D'un côté, la position spéciale des soldats leur rendait souvent impossible la stricte observation des formes ; c'est même par cette considération que se justifiait le testament *in procinctu* dans la législation du premier âge de Rome. D'un autre côté, les empereurs avaient besoin de l'armée, puisque son caprice disposait de l'empire ; de là toutes les faveurs dont ils la comblèrent.

Étendue de ces privilèges. — Le principe qui domine la théorie des testaments militaires, c'est que l'intention du soldat est souveraine et fait loi. *Quomodocumque volunt, quomodocumque possunt, milites testantur* (*Ulpien*, R. t. XXIII, § 10).

Ils sont en effet affranchis de toutes les règles de forme et de la plupart des règles de fond.

I. — *Règles de forme.* — Le soldat échappe d'abord à toutes les règles de forme pour la confection ou la révocation du testament. La seule condition qu'on exige est une volonté certaine, écrite ou verbale (L. 15, C. *De test. mil.*, 6-21. — *Inst.* L. II, t. XI, *De militari test.* § 1).

On peut conclure de là : 1° que le testament militaire n'a pas

besoin d'être fait en présence du nombre de témoins qu'exige le droit commun ; 2° que le testament qu'un *miles* n'aurait pas eu le temps d'achever est néanmoins valable ; 3° qu'un testament nul en la forme alors qu'il est fait par un citoyen peut devenir efficace *quasi ex novâ militis voluntate*, si son auteur devenant militaire manifeste l'intention de le conserver (L. 35, D. *De test. militis*, 29-1. — *Inst.* L. II, t. XI, *De militari test.* pr., § 4. — *Conf.* C. C., art. 981-984) (1).

II. — *Règles de fond.* — Le militaire n'échappe pas seulement aux règles de forme, il est encore dispensé de la plupart des règles de fond.

Ainsi, l'incompatibilité de la succession testamentaire et de la succession légitime n'existe pas pour le soldat. Il est donc soustrait à l'adage : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*, ou *semel heres, semper heres*. Il en résulte qu'une modalité quelconque, suspensive ou résolutoire, est valable dans son institution d'héritier, et qu'il peut également instituer *ex certâ re* (L. 15, § 4, D. *De test. milit.*, 29-1. — L. 8, C. *De test. mil.*, 6-21. — *Inst.* L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 5).

Le testament militaire ne réclame pas même une institution d'héritier, contrairement à l'axiome : *Institutio totius testamenti caput et fundamentum*. En d'autres termes, si l'institution vient à manquer son effet, les autres dispositions s'exécutent néanmoins, et la clause codicillaire est toujours sous-entendue (L. 3 ; L. 13, § 4 ; L. 41, § 5, D. *De test. milit.*, 29-1).

La *factio testamenti* est infiniment plus large pour le *miles*. Active, il n'est tenu de l'avoir qu'au jour du décès ; passive, on l'accorde toujours avec le *jus capiendi* à ceux qu'il institue, si ce n'est peut-être au *servus pœnæ* (*Gaius*, II, 110, 111. — L. 13, § 2, D. *De test. milit.*, 29-1. — L. 5. C. *De test. mil.*, 6-21).

Enfin, sans insister sur d'autres prérogatives de moindre importance, mentionnons que le testament militaire est au-dessus des risques de l'exhérédation, de la rupture par l'agnation d'un héritier sien, de la *querela inofficiosi testamenti*, et ne subit pas la retenue des quartes Falcidie et Pégasienne (L. 7 ; L. 8 ; L. 17, § 4 ; L. 18, D. *De test. milit.*, 29-1 ; L. 27, § 2, D. *De inoff. test.*, 5-2. — *Inst.* L. II, t. XI, *De milit. test.*, § 5 ; t. XIII, *De exh. lib.*, § 6).

(1) Les textes font remarquer que les dispositions testamentaires d'un soldat seraient encore valables s'il les avait écrites avec son sang sur son bouclier, ou s'il les avait tracées avec son épée sur le sable (L. 15, C. *De test. milit.*, 6-21).

Cependant le testament militaire reste encore soumis au droit commun à plusieurs points de vue. Ainsi, pour ne citer que des exemples, le militaire ne peut tester en captivité ; il doit respecter les lois restrictives des affranchissements testamentaires ; il ne peut pas faire d'institutions captatoires et n'est pas libre de disposer au profit de personnes incertaines (L. 10 ; L. 15, pr. ; L. 29, § 1, D. *De test. milit.*, 29-1. — L. 11, C. *De test. mil.*, 6-21. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 25).

Pour conclure, la théorie des testaments militaires est affranchie de la plupart des prescriptions positives du droit civil, et fait un pas sensible vers le droit philosophique. Elle n'a que le tort grave de rester exceptionnelle.

Durée de ces privilèges. — Pour jouir de ces privilèges, le soldat doit se trouver inscrit sur les cadres de l'armée (*numeri*) ; en conséquence, ils n'appartiennent pas encore au conscrit (*tiro*) qui voyage aux frais de l'État pour se rendre à son corps (L. 42, D. *De test. milit.*, 29-1).

Dans le droit classique, ils durent sans interruption jusqu'à la fin du service ; mais Justinien ne les applique plus qu'au testament fait par le soldat en campagne (*in expeditione*). Le droit de tester *jure militari* disparaît pour l'avenir avec la qualité de militaire (*Gaius*, II, 106. — L. 9, § 1, D. *De test. mil.*, 29-1. — L. 17, C. *De test. mil.*, 6-21. — *Inst.* L. II, t. XI, *De mil. test.*, § 3. — *Conf.* C. C., art. 983).

Mais le testament qui a été régulièrement fait *jure militari* retombe-t-il immédiatement sous la loi ordinaire ? L'affirmative est certaine pour le testament des chefs qui ne quittent pas le service sans recevoir un successeur. Quant aux simples soldats, leur testament vaut encore *jure militari* pendant une année entière, lorsque leur congé se fonde sur une blessure ou sur l'expiration de leur temps (*missio causaria, honesta*). Il rentre au contraire dans les conditions du droit commun, lorsque le soldat est congédié pour une cause honteuse (*missio ignominiosa*) ou subit la dégradation (*exauctoratio*) (L. 21 ; L. 26, pr., D. *De test. milit.*, 29-1. — *Inst.* L. II, t. XI, *De milit. test.*, § 3. — *Conf.* C. C. art. 984).

Le testament d'un non-soldat est valable *jure militari*, quand son auteur meurt en pays ennemi, à la suite de l'armée (L. 44, D. *De test. milit.*, 29-1. — L. 1, § 1, 2, D. *De bon. poss. ex test. milit.*, 37-13).

Autres testaments privilégiés. — En mettant à part le testament militaire, il y avait encore plusieurs autres testaments que le

droit impérial, pour différentes raisons, avait plus ou moins soustrait à l'application des formes ordinaires. Tels étaient notamment : le testament fait en temps de peste, le testament fait à la campagne et le *testamentum inter liberos* (*Conf.* C. C. art. 985-998).

1° *Testament fait en temps de peste.* — Lorsqu'un pays est envahi par la peste ou par toute autre maladie contagieuse, Dioclétien permet au testateur de ne pas réunir les témoins ; il suffit de leur faire apposer successivement leur cachet avec l'*adscriptio* (L. 8, C. *De testamentis*, 6-23. — *Conf.* C. C. art. 985, 986, 987).

2° *Testament fait à la campagne.* — Justinien, voulant tenir compte de la difficulté de réunir à la campagne le nombre réglementaire de témoins lettrés, concède aux *rusticani* le privilège de tester avec cinq témoins seulement. Il leur permet en outre d'employer des témoins illettrés, décidant que ceux qui savent écrire signeront pour les autres. L'empereur Léon permit même de se contenter de trois témoins, si besoin était (L. 31, C. *De testam.*, 6-23. — *Novella Leonis*, 43. — *Conf.* C. C., art. 974).

3° *Testamentum inter liberos.* — Ce testament n'est pas astreint aux solennités du droit commun. Il suffit que la volonté de l'ascendant soit constatée par un écrit dans lequel le testateur aura écrit lui-même de sa propre main la date, les noms des institués et les parts de chacun en toutes lettres. On pense généralement que la présence de témoins n'était pas nécessaire (L. 26, C. *Famil. ercis.*, 3-36. — L. 21, § 3, C. *De testam.*, 6-23. — *Nov. Just.* 107, ch. 1, 2. — *Contrà*, C. C., art. 1076) (1).

CHAPITRE L

SUCCESSIONS AB INTESTAT OU LÉGITIMES.

(*Inst.* L. III, t. I à t. IX.)

Cas d'application de la succession légitime. — La succession légitime s'ouvre à défaut d'héritiers institués ; or il n'y a pas d'héritier

(1) Il ne faut pas confondre ce testament privilégié avec la *divisio inter liberos* ; ce sont deux actes absolument distincts par leur origine, leur objet et leurs effets. Le *testamentum inter liberos* date au plus tôt de Constantin, tandis que

testamentaire, dans les quatre cas suivants : 1° le défunt n'a pas testé ; 2° il a fait un testament *injustum*, c'est-à-dire nul dès le principe, à cause de l'irrégularité des formes ou du défaut de *factio testamenti* active ou passive ; 3° le testament valable à l'origine est devenu *irritum* ou *ruptum* ou a été rescindé par la plainte d'inofficiosité ; 4° l'héritier n'a pu ou n'a voulu faire adition, à raison de son prédécès, de la perte de sa capacité, de la défaillance de la condition apposée à l'institution, de la crainte ou de tout autre motif qui l'a poussé à répudier (*Inst.* L. III, t. I, *De hered. quæ ab int.* pr. — *Conf.* C. C. art. 718-814).

Dans ces quatre hypothèses, le défunt est *intestat*, et son hérédité s'appelle pour ce motif *ab intestat ;* on la nomme aussi *légitime*, parce que la loi en fait elle-même l'attribution. Comme la succession testamentaire, la succession *ab intestat* ou légitime appartient au *jus civile ;* on doit donc être citoyen romain pour la laisser ou la recueillir (*Paul.* S. L. IV, t. X, § 3. — *Conf.* C. C., art. 726. — L. du 14 juillet 1819).

Mais la qualité de citoyen ne suffit pas toujours, car nul ne laisse une hérédité légitime, s'il n'a l'aptitude à devenir propriétaire et n'est à la tête d'un culte privé ; ainsi l'esclave public, qui peut tester sur la moitié de ses biens, et le fils de famille, qui peut tester sur le pécule *castrense* et plus tard sur le pécule *quasi-castrense*, ne laissent jamais de succession *ab intestat*. En un mot, les personnes *sui juris* ont seules une hérédité légitime (*Inst.* L. II, t. XII, *Quibus non est per. fac. test.*, pr.).

La succession *ab intestat* partage avec la succession testamentaire un certain nombre des théories que nous avons précédemment étudiées. Ainsi leur sont communes la distinction des héritiers siens et nécessaires et des héritiers externes, la manière d'acquérir l'hérédité, la forme et les effets du partage, les règles de l'accroissement, la matière des fidéicommis et des legs eux-mêmes sous Justinien. Mais la succession *ab intestat* demeure étrangère aux solennités du testament, et tout à fait indépendante des lois caducaires. En con-

la *divisio inter liberos* remonte au droit classique où elle fut introduite par la coutume. Le partage contient nécessairement une répartition de l'hérédité, le testament, au contraire peut ne renfermer que des dispositions à titre particulier. Enfin, tandis que le *testamentum inter liberos* est attributif de propriété, la *divisio* ne fait que régler la composition des lots et ne dispense pas de l'intervention du juge (L. 20, § 3 ; L. 32 ; L. 33 ; L. 39, § 1, 5. D. *Famil. ercisc.*, 10-2).

séquence, il ne reste guère qu'à déterminer ici les personnes qui recueillent l'hérédité légitime.

Moins fréquente et surtout moins honorée que la succession testamentaire, soumise dans le cours de son histoire à des variations nombreuses et compliquées, antipathique par son esprit et par ses détails à nos conceptions modernes, la succession légitime ne mérite pas à beaucoup près, dans une exposition scolaire du droit romain, la grande et large place qu'y doit occuper la théorie des successions testamentaires. Les principes élémentaires et leurs plus graves conséquences, tel sera donc le seul objet de ce chapitre.

Notions générales sur les successions légitimes. — Il faut d'abord, avant d'énumérer les divers ordres de successibles et les règles spéciales qui régissent leur vocation, poser plusieurs règles générales qui dominent tout l'ensemble des successions *ab intestat*.

I. — *Ouverture de la succession légitime.* — La délation de l'hérédité légitime n'a lieu qu'au moment où l'on est certain que le défunt n'aura pas d'héritier testamentaire. Ce moment se confond le plus souvent avec l'instant du décès ; mais il peut en être autrement, par exemple si le testament est affecté d'une condition suspensive (*Inst.* L. III, t. I, *De hered. quæ ab. int.*, § 7 ; t. II, *De leg. ag. succ.* § 6. — *Conf.* C. C. art. 718).

II. — *Coexistence entre le défunt et l'héritier.* — Pour être appelé à une hérédité légitime il faut être déjà vivant lors de la mort du défunt ; car il ne saurait y avoir aucun lien juridique entre deux personnes qui n'ont jamais coexisté. Du reste, le droit classique considère à cet égard comme vivant l'enfant simplement conçu, tandis qu'il lui refusa longtemps la capacité d'être institué, en sa qualité de personne incertaine. Ce fut le préteur seul qui assimila l'enfant vivant dans les successions testamentaires (L. 7, pr. ; L. 10, D. *De ventre in poss.*, 37-9. — *Conf.* C. C. art. 725).

III. — *Ordres et degrés.* — La vocation *ab intestat* repose sur une distinction d'ordres ou de classes entre les successibles. Le membre d'un ordre l'emporte toujours sur les membres des ordres subséquents, fussent-ils plus proches parents du défunt. Ce n'est donc pas la proximité du degré, mais la priorité de l'ordre qui règle la vocation. Le degré présente plus d'importance entre les membres d'une même classe ; mais, à ce point de vue même, il n'est pas la cause unique de préférence, et dans le même ordre, des parents de degrés différents peuvent venir ensemble à la succession.

Si le premier appelé fait défaut, il se produit une délation nouvelle de la succession, soit dans le même ordre en faveur des degrés plus éloignés, *successio graduum*, soit au profit des membres de l'ordre subséquent, *successio ordinum*. C'est ce qu'on appelle la dévolution. Mais on verra bientôt qu'elle n'était pas toujours possible (*Gaïus*, III, 12, 22. — *Inst.* L. III, t. II, *De leg. ag. suc.*, § 7. — L. 1, § 8. D. *De suis et leg. hered.*, 38-16. — *Conf.* C. C. art. 786).

IV. — *Partage par têtes ou par souches.* — Souvent plusieurs parents arrivent concurremment à la succession. La quotité de leurs droits respectifs peut alors se calculer de deux manières.

1° Tantôt le partage a lieu par têtes, *per capita*. Cette formule signifie qu'on divise l'hérédité en autant de portions égales qu'il y a de successibles, et que chacun d'eux en obtient une. C'est la règle pour les cohéritiers en ligne directe, quand ils sont tous au premier degré, et pour les cohéritiers des autres ordres, quand il en vient plusieurs ensemble (*Ulpien*, R. t. XXVI, § 4. — *Conf.* C. C. art. 733, 734).

2° Tantôt le partage a lieu par souches, *per stirpes ;* ce procédé n'est applicable qu'aux successibles en ligne directe. Il consiste à donner aux descendants du deuxième degré ou d'un degré ultérieur, issus d'un même enfant prédécédé ou sorti de la famille, la part virile qu'il aurait eue lui-même en venant à la succession. Par exemple, supposons un fils en concours avec deux petits-enfants issus d'un autre fils mort ou émancipé ; la succession se partage en deux moitiés, l'une pour le fils, l'autre qui se subdivise par têtes entre les deux petits-fils. L'égalité règne ici, non plus entre les cohéritiers, mais entre les souches. Ce partage par souches se combine d'ailleurs avec un partage subsidiaire par branches, si les descendants du successible prédécédé sont entre eux à des degrés divers. (*Gaïus*, III, 8. — *Inst.* L. III, t. I, *De hered. ab intest.*, § 6. — *Conf.* C. C., art. 740, 743).

C'est à cette occasion que les anciens interprètes ont cru trouver dans le droit romain une prétendue théorie de la représentation, qui offre un double inconvénient. D'abord, par son nom même, elle peut engendrer une confusion ; car notre Code civil admet la représentation, mais uniquement des personnes mortes, tandis qu'à Rome les petits-enfants héritent à la place de leur père prédécédé ou simplement sorti de la famille (*Conf.* C. C. art. 744).

En second lieu, ce système est inexact au fond ; car entre autres

conséquences étrangères aux textes romains, il aboutirait à ce résultat inadmissible que l'incapacité ou l'indignité du successible défunt exclurait ses descendants de l'hérédité, et que sa faute serait expiée par des innocents (1). On doit reprocher d'ailleurs à cette doctrine un vice irrémédiable de logique. Elle attribue au descendant les prétendus droits de son auteur ; or ce dernier a perdu ses droits, puisqu'il est mort ou émancipé ! Une telle conception a sa source dans l'idée fausse qu'un parent ne saurait concourir de son chef avec un parent plus proche ; mais si le législateur constate que tous les descendants, quoique de différents degrés, occupent la même place dans l'affection du *de cujus*, ne peut-il pas les appeler tous à titre personnel et dans un rang égal ? Ne le voyons-nous pas souvent classer dans un ordre antérieur des parents plus éloignés que d'autres successibles, par exemple, les arrière-petits-fils avant les frères ?

CHAPITRE LI

SUCCESSION AUX INGÉNUS.

(*Inst.* L. III, t. I à VI; t. IX.)

L'ensemble très complexe de la succession aux ingénus comprend trois éléments principaux : la loi des Douze Tables, le système prétorien, la Législation impériale.

PREMIÈRE SECTION

SYSTÈME DES DOUZE TABLES.

(*Inst.* L. III, t. I, t. II.)

La loi des Douze Tables distinguait trois ordres de successibles *ab intestat :* les héritiers siens, *heredes sui*, les agnats, *agnati*, et les gentils, *gentiles* (*Gaius*, III, 1, 9, 17).

I. — **Héritiers siens.** — Le premier ordre se composait des héritiers siens (*heredes sui* ou simplement *sui*) (*Gaius*, III, 1. — *Inst.* L. III, t. I, *De hered. ab int.*, § 1).

On entend par là les descendants qui seraient, au moment de l'ouverture de l'hérédité, placés sous la puissance immédiate du défunt, s'il vivait encore. La délation de l'hérédité légitime peut s'o-

(1) Notre Code civil admet cette injustice (art. 730).

pérer, comme on le sait, au moment où vient à défaillir la condition apposée à l'institution d'un héritier testamentaire ; dans cette hypothèse, il faut que le successible *ab intestat* ait été sous la puissance au moins médiate du défunt, lors de son décès (*Inst.* L. III, t. I, *De hered. ab int.*, § 2) (1).

D'après cette définition, sont héritiers siens les enfants ou descendants quelconques *per masculos*, issus du mariage ou adoptifs non sortis de la famille par un événement quelconque. Ajoutons à ces diverses personnes la femme *in manu*, qui leur était juridiquement assimilée, comme fille, *loco filiæ*, à l'égard de son mari et petite-fille, *loco neptis*, à l'égard de son beau-père (*Gaius*, III, 3).

Par exception à la règle, on admet à succéder en qualité de *sui* les enfants ou petits-enfants simplement conçus au jour du décès de leur père ou aïeul, et ceux qui peuvent invoquer les fictions de la loi Cornélia ou du *postliminium*, après la mort de leur auteur (L. 1, D. *De suis et leg. hered.*, 38-16. — *Inst.* L. III, t. I, *De hered. ab int.*, § 2, 4, 7, 8).

Quand il y a plusieurs héritiers siens venant à la même succession, ils partagent tantôt par têtes, tantôt par souches suivant des règles déjà indiquées ailleurs. Sont-ils au même degré, ils partagent *per capita;* sont-ils à des degrés inégaux, ils partagent *per stirpes* (*Inst.* L. III, t. I, *De hered. ab int.*, § 6, *Suprà*, p. 686).

Considérés comme copropriétaires de leur père, les héritiers siens acquièrent moins une propriété nouvelle que le libre exercice d'une propriété préexistante ; *statim quasi continuatur dominium.* Ils sont donc héritiers nécessaires ; en d'autres termes, la succession leur est acquise de plein droit, à l'instant même de la délation. Ce résultat s'accomplit, bon gré mal gré, même à leur insu, et fussent-ils incapables (*Paul.* S. L. IV, t. VII, § 6. — L. 14, D. *De suis et leg. hered.*, 38-16. — *Inst.* L. III, t. I, *De hered. ab intest.*, § 3).

Il suit de là que l'héritier sien ne peut transférer l'hérédité à un tiers, qu'elle est immédiatement transmissible à ses propres héritiers, et qu'il n'est jamais question, ni d'accroissement au profit de ses cohéritiers, ni de dévolution à des successibles postérieurs, soit dans le même ordre, soit dans un ordre différent (*Gaius*, III, 35. — L. 1, § 8, D. *De suis et leg. hered.*, 38-16).

II. — **Agnats.** — A défaut d'héritiers siens, l'hérédité légitime est

(1) Il va sans dire que les descendants n'étaient jamais héritiers siens vis-à-vis de leur mère ou de leurs ascendants maternels (*Gaius*, III, 24).

déférée aux agnats (*Gaius*, III, 9. — *Inst.* L. III, t. II, *De leg. ag. succ.*, pr.).

On se rappelle que l'agnation est le lien qui relie les membres d'une même famille civile ; les *heredes sui* sont donc eux-mêmes des agnats, mais préférables aux autres. La loi des Douze Tables appelait indistinctement dans cet ordre les hommes et les femmes. Mais vint une jurisprudence postérieure qui en exclut toutes les femmes, à l'exception des sœurs ; la succession d'une femme continua d'appartenir à ses agnats d'un degré quelconque, mais elle ne put plus espérer que la succession de son frère. Dès lors on subdivisa l'ordre des agnats ; on appela spécialement consanguins le frère et la sœur, et les mâles au delà du second degré conservèrent la dénomination technique d'agnats. Cette restriction, corrélative dans son esprit à la tutelle perpétuelle des femmes, dérive probablement de la loi Voconia, ou tout au moins de la *Voconiana ratio*, c'est-à-dire du désir de borner la fortune des femmes. Justinien la supprima (*Gaius*, III, 14. — *Paul*, S. L. IV, t. VIII, § 22. — *Inst.* L. III, t. II, *De leg. ag. succ.*, § 2, 3. —L. 14, C. *De leg. hered.*, 6-58).

Les agnats succèdent sans aucune limitation de degré, *etiam longissimo gradu;* lorsqu'il y en a plusieurs, le plus proche en degré l'emporte toujours sur les autres. S'ils sont tous au même degré, ils partagent par têtes (*Inst.* L. III, t. II, *De leg. ag. succ.*, § 3, 5, 6) (1).

Les agnats ne sont que des héritiers externes ; l'acquisition de l'hérédité leur est donc facultative et ne résulte pour eux que d'une adition conforme aux règles des testaments (*Paul*, S. L. IV, t. VIII, § 21. — *Gaius*, II, 169).

De ce point de départ, que la succession n'est pas acquise de plein droit, il faut conclure que l'agnat, et plus généralement tous les héritiers légitimes non nécessaires, peuvent par une *in jure cessio* faite avant toute adition ou répudiation, transférer l'hérédité à un tiers. Ce dernier est alors investi des droits réels, créances et dettes du défunt, comme s'il eût été lui-même héritier (*Gaius*, II, 35).

Le même principe aurait dû produire cette autre conséquence,

(1) Quoique le texte des Institutes (*Inst.* L. III, t. II, *De leg. ag. succ.*, § 3) soit très formel, plusieurs commentateurs, se fondant sur un autre passage (*Inst.* L. III, t. V, *De succ. cogn.*, § 5) ont prétendu que les agnats ne succédaient que jusqu'au dixième degré. C'est une erreur démentie par tous les textes (L. 2, § 1, D. *De suis et leg.*, 38-16. — *Conf.* C. C. art. 755).

que l'hérédité répudiée par l'agnat appelé fût transmise aux agnats subséquents. Cependant le droit classique, admettant la *successio ordinum* sans admettre la *successio graduum*, repousse toute dévolution dans l'ordre des agnats et fait passer l'hérédité à l'ordre suivant, c'est-à-dire aux gentils. Ce résultat est trop illogique pour avoir été vrai dès l'origine ; il date probablement de l'époque où le préteur remplaça les gentils par les cognats ou parents du sang dans la troisième classe d'héritiers. Il est d'ailleurs certain que Justinien rétablit la dévolution entre les agnats (*Paul*, S. L. IV, t. VIII, § 21. — *Gaius*, III, 12, 22. — *Inst.* L. III, t. II, *De leg. ag. succ.*, § 7).

III. — **Gentils.** — Après les héritiers siens et les agnats venaient les *gentiles* ou membres de la *gens* (*Gaius*, III, 17. — *Paul*, S. L. IV, t. VIII, § 3).

Il est impossible d'exposer les règles de cette succession, parce que la science actuelle n'a pas encore acquis une notion exacte de la *gentilitas*. Cicéron en a bien donné une définition qu'il présente comme un modèle du genre ; mais elle nous apprend seulement que les *gentiles* portaient le même nom, étaient nés d'ingénus, ne comptaient que des ingénus parmi leurs ancêtres, et n'avaient pas subi de *capitis deminutio*, c'est-à-dire n'étaient jamais sortis de leur famille civile. Ces renseignements n'ont pas éclairci le mystère. Gaïus nous indiquait sans doute avec sa clarté habituelle ce qu'étaient les *gentiles : qui sint autem gentiles, primo commentario retulimus;* malheureusement, le commentaire premier tel qu'il nous est parvenu dans le manuscrit de Vérone ne contient aucune indication sur les gentils (Cicéron, *Topiques*, 6. — *Gaius*, III, 17) (1).

Parmi les nombreuses conjectures qui ont été émises sur ce point, la plus conforme à l'organisation politique des premiers temps de Rome, suppose que les *gentiles* tenaient à la primitive division des citoyens en trois tribus, trente curies et trois cents décuries ; la décurie serait la *gens*, et constituerait une sorte d'agrégation politique et religieuse, mais indépendante de toute communauté d'origine. En termes plus clairs, il y aurait là comme une vaste famille artificielle, unie par des rites communs, fixée peut-être dans un même quartier de la ville, et prête à recevoir les

(1) Voici la définition que nous donne Cicéron de la *gentilitas : Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti* (Cicéron, *Topiques*, 6).

successions non recueillies dans les familles proprement dites qui la composent (*Denys d'Halicarnasse*, II, 7).

Cette constitution reçut une grave atteinte du triomphe de la démocratie sur l'aristocratie, et surtout de l'extension du droit de cité romaine accordé à toute l'Italie et même au delà. Du temps des jurisconsultes classiques, le *jus gentilitatis* était tombé dans une désuétude complète, qui explique la pénurie de nos renseignements sur cette vieille institution.

Observations générales. — Le système des Douze Tables, fondé sur la notion arbitraire et étroite de l'agnation et de la puissance paternelle, méconnaissait ouvertement les liens du sang et conduisait notamment à deux conséquences iniques : 1° l'ordre des héritiers siens ne pouvait exister pour les femmes, et par suite leurs descendants ne leur succédaient jamais à ce titre; entre l'enfant et sa mère il n'y avait aucun droit de succession réciproque, à moins que la mère ne fût soumise à la *manus* du mari; 2° la succession des hommes eux-mêmes était refusée à tous leurs descendants par les femmes, *per feminas*, et à ceux de leurs descendants par mâles qu'ils avaient émancipés ou donnés en adoption. On va voir que le droit prétorien et le droit impérial effacèrent progressivement ces injustices choquantes.

DEUXIÈME SECTION

SYSTÈME PRÉTORIEN (1).

(*Inst.* L. III, t. I, § 9-13. — t. IX.)

§ I

Notions générales sur les Bonorum possessiones.

La *Bonorum possessio* peut se définir : la dévolution héréditaire d'un patrimoine reconnu et garanti par le droit prétorien (L. 3, § 2, D. *De bon. poss.*, 37-1).

Elle est à l'hérédité civile ce que l'*in bonis* est au *dominium*, ce que le pacte est au contrat, ce que l'action utile est à l'action directe. Le préteur l'imagina pour mettre en harmonie le droit civil

(1) Il ne devrait être logiquement question ici que des *bonorum possessiones ab intestat*; mais pour ne pas scinder la matière, nous ferons comme les Institutes (L. III, t. IX) et nous traiterons des *bonorum possessiones* en général.

avec les progrès de la civilisation et pour faire disparaître les rigueurs et les vices du système successoral organisé par la Loi des Douze Tables. Mais, ce serait mal comprendre le rôle ordinairement joué par le préteur romain que de croire que la théorie des *bonorum possessiones* se soit formée d'un seul coup et qu'immédiatement, elle soit arrivée à son épanouissement complet et définitif.

L'origine historique des *bonorum possessiones* a été et est encore sérieusement controversée; qu'il nous suffise de dire ici que la *bonorum possessio* fut probablement au début une simple règle de procédure destinée à déterminer quelle serait celle des parties qui aurait la possession intérimaire, lors d'un procès en réclamation d'hérédité. Le magistrat se bornait à fixer le rôle des plaideurs sans vouloir trancher à aucun titre la question de droit, car la prétention de celui à qui la *bonorum possessio* était refusée restait entière au fond. Il résulte de là que loin de vouloir remplacer le système héréditaire du droit civil par un système nouveau, le préteur se proposa d'abord de confirmer le *jus civile* en assurant au véritable ayant droit la situation de défendeur (*Bonorum possessio confirmandi juris civilis gratia.* — *Inst.* L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 1).

Ce ne fut que plus tard vraisemblablement que le magistrat eut l'idée de compléter le cercle trop étroit des héritiers légitimes, en accordant, à défaut d'*heredes*, la *bonorum possessio* à des personnes qui n'avaient aucune qualité pour venir à la succession civile (*Bonorum possessio supplendi juris civilis gratia.* — *Inst.* L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 2).

Enfin, le préteur osa faire un dernier pas, il refusa la *bonorum possessio* à certains héritiers du droit civil pour la donner de préférence à d'autres personnes dont les droits lui paraissaient plus sacrés et plus dignes d'intérêt (*Bonorum possessio corrigendi juris civilis gratia* — *Inst.* L. III, t. IX, *De bon. poss.*, pr.).

Cette marche progressive conforme à la mission ordinaire du droit prétorien s'appuie d'ailleurs sur les principes généraux et sur les documents les plus certains (L. 7, § 1, D. *De just. et jure*, 1-1. — Cicéron, *In Verrem*, II, 44, 45. — *Pro Cluentio*, 60) (1).

En résumé, lorsqu'on se place à une époque où la théorie pré-

(1) Justinien dit cependant en termes formels que la *bonorum possessio* a été introduite par le préteur pour corriger le droit primitif; *jus bonorum possessionis introductum est a prætore emendandi veteris juris gratia* (*Inst.* L. III, t. IX, *De*

torienne a été définitivement élaborée, la *bonorum possessio* nous apparaît comme un véritable système successoral fortifiant, complétant ou corrigeant le système du droit civil et communiquant au *bonorum possessor* non pas la qualité d'héritier que le magistrat est impuissant à lui attribuer, mais tous les avantages pratiques qui appartiennent à un successeur à titre universel (*Gaius*, III, 32. — *Ulpien*, R. t. XXVIII, § 12. — L. 2, D. *De bon poss.*, 37-1).

§ II

Diverses espèces de bonorum possessiones.

Classification des bonorum possessiones. — Les *bonorum possessiones* sont susceptibles de plusieurs classifications.

I. — Au point de vue du but poursuivi, elles se divisent en trois catégories ; les unes sont dites *confirmandi juris civilis gratia*, elles se bornent à confirmer le droit civil, ce sont les plus anciennes ; les autres sont *supplendi juris civilis gratia*, elles furent créées pour combler les lacunes du droit primitif ; enfin la troisième catégorie comprend les *bonorum possessiones corrigendi juris civilis gratia*, elles furent établies pour corriger le *jus civile*, pour en faire disparaître les rigueurs et les iniquités, ce sont les plus récentes (L. 6, § 1, D. *De bon. poss.*, 37-1).

II. — En se plaçant au point de vue de leur cause d'acquisition, les *bonorum possessiones* sont *edictales* ou *decretales*. Les *bonorum possessiones edictales* sont celles qui sont accordées, sans examen préalable sur le fond du droit, et en vertu d'une disposition générale de l'édit ; pour les obtenir, il suffit de les demander au magistrat et de se trouver dans un des cas généraux prévus par *l'edictum prætoris*. Quant aux *bonorum possessiones decretales*, ce sont celles qui ne sont accordées qu'après examen préalable, *causa cognita*, en vertu d'un *decretum* spécial et en raison de certaines circonstances particulières souverainement appréciées par le préteur (L. 1, § 7, D. *De succ. edicto*, 38-9).

III. — Enfin au point de vue des résultats pratiques, les *bonorum possessiones* se partagent en deux groupes : les unes sont *cum re*, les autres sont *sine re*. Les premières confèrent un titre définitif et irrévocable ; il en est ainsi lorsque ceux qui les obtiennent sont certains de

bon. poss., pr.). Mais, on peut répondre que les rédacteurs des Institutes, vivant à une époque où la *bonorum possessio* avait en pratique et depuis longtemps remplacé le système héréditaire du droit civil, ont confondu le résultat obtenu avec le but poursuivi, sans songer à se demander s'il en avait toujours été ainsi.

n'avoir pas à restituer les biens à un héritier du droit civil. Les *bonorum possessiones sine re* qu'on appelle encore *sine effectu*, sont celles qui n'attribuent qu'un titre héréditaire provisoire et susceptible de tomber devant les prétentions d'un héritier du droit civil (*Ulpien*, R. t. XXVIII, § 13).

Nous parlerons des *bonorum possessiones decretales* et des *bonorum possessiones cum re* ou *sine re* lorsque nous traiterons des effets de la *bonorum possessio*, il ne sera question pour le moment que des *bonorum possessiones edictales.*

Les *bonorum possessiones edictales* ou *ordinariæ* se subdivisent en deux classes : 1° *bonorum possessiones testamentaires;* 2° *bonorum possessiones ab intestat.*

Les unes supposent l'existence d'un testament valable *jure civili* ou *jure prætorio* et correspondent à l'hérédité testamentaire du droit civil. Les autres se défèrent en l'absence de tout testament et correspondent à la succession légitime du *jus civile.*

Bonorum possessiones testamentaires. — Il y a deux *bonorum possessiones testamentaires :* la *bonorum possessio contrà tabulas* et la *bonorum possessio secundum tabulas;* la première ne tient aucun compte des dispositions du testateur et s'accorde à des personnes qui n'ont pas été instituées; la seconde a pour but de faire exécuter le testament et se donne aux institués (*Inst.* L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 3).

1° *Bonorum possessio contrà tabulas.* — Cette *bonorum possessio* est celle qui, ne tenant pas compte des institutions faites dans le testament, s'accorde à certaines personnes que le défunt aurait dû instituer ou exhéréder.

Trois conditions sont nécessaires pour donner ouverture à cette *bonorum possessio.* Il faut d'abord que le testateur doive instituer ou exhéréder ses descendants, soit en vertu des règles du droit civil, soit en vertu des règles du droit prétorien. Il faut, en second lieu, que le testateur ait au moins omis l'une des personnes qu'il devait instituer ou exhéréder. Il faut enfin que le testament, abstraction faite de l'irrégularité tenant à l'omission d'un descendant, soit susceptible, au jour du décès, de produire ses effets *jure civili* ou *jure prætorio* (*Inst.* L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 6, 7. — L. 1, pr. § 1, § 8, § 9; D. *De bon poss. cont. tab.*, 37-4).

La *bonorum possessio contrà tabulas* appartient à deux classes de

descendants : 1° Elle est d'abord déférée à tous les descendants omis qui auraient dû être institués ou exhérédés *jure prætorio*, c'est-à-dire aux *heredes sui* et aux *liberi* qui ont perdu cette qualité par suite d'une *minima capitis deminutio*, sans avoir acquis et conservé des droits successoraux dans une autre famille. 2° Elle est également accordée aux descendants valablement institués dans le testament, car le préteur ne pouvait pas les traiter moins favorablement que les *liberi præteriti*. Mais le droit prétorien la refuse aux descendants régulièrement exhérédés; ils n'ont d'autre ressource que la *querela inofficiosi testamenti* (L. 1, pr. § 6; L. 8, § 11, 12; L. 11, § 5, D. *De bon. poss. cont. tab.*, 37-4).

Cette *bonorum possessio* n'a pas pour effet, comme on le dit ordinairement, d'ouvrir la succession légitime et d'anéantir purement et simplement le testament du défunt. La vérité est que le testament subsiste théoriquement et qu'il produit encore des effets d'une certaine importance pratique. Ainsi sont conservées : les exhérédations avec toutes leurs conséquences, les substitutions pupillaires et probablement aussi les *tutoris dationes*. Tombent, au contraire, les institutions d'héritiers, les legs et les fidéicommis. Cependant les institutions sont maintenues jusqu'à concurrence d'une part virile en faveur de certaines personnes privilégiées, ascendants, descendants, femme ou bru du testateur. On conserve également l'institution des héritiers externes pour moitié lorsque la *bonorum possessio contrà tabulas* a été demandée par des filles ou autres descendantes omises. Quant aux legs et autres charges testamentaires, bien qu'elles disparaissent en principe, on les maintient par exception au profit des personnes privilégiées ci-dessus mentionnées (*Gaius*, II, 125, 126. — L. 10, § 5, D. *De bon. poss. cont. tab.*, 37-4; L. 34, § 2, D. *De vulg. et pup. subst.*, 28-6; L. 1; L. 3, § 4, D. *De legatis præst. cont. tab.*, 37-5).

Les *bonorum possessores* investis de la *bonorum possessio contrà tabulas* recueilleront tout le bénéfice des institutions et des libéralités testamentaires qui tombent, et partageront par têtes ou par souches selon les règles observées entre les héritiers siens. Enfin si parmi eux, il y a des *sui heredes* venant en concours avec des émancipés ou des enfants d'émancipés, ceux-ci devront aux *sui* le rapport de leurs biens personnels (L. 11, § 1, D. *De bon. poss. cont. tab.*, 37-4. — L. 1, pr. D. *De coll. bon.*, 37-6) (1).

(1) L'obligation du rapport étant également admise dans la *bonorum possessio unde liberi*, il en sera traité à part (*Infrà*, p. 704).

2° *Bonorum possessio secundum tabulas*. — La *bonorum possessio secundum tabulas* est déférée aux héritiers institués dans un testament conforme soit aux règles du droit civil, soit aux règles du droit prétorien (*Inst.* L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 3).

Le préteur l'accorde d'abord aux héritiers testamentaires inscrits dans un testament valable *jure civili* à la seule condition qu'il n'y ait pas lieu de déférer la *bonorum possessio contrà tabulas*. Il la donne également aux institués compris dans un testament qui ne satisfait pas aux exigences du droit civil pourvu : 1° que le testament porte les cachets des sept témoins; 2° que le testateur ait eu la *factio testamenti* au jour de la confection de l'écrit testamentaire et au jour du décès, alors même qu'il l'aurait perdue dans l'intervalle; 3° que l'héritier ait eu la *factio testamenti passive* tant au moment de la confection du testament qu'au moment du décès (L. 2, pr. D. *De bon. poss. sec. tab.*, 37-11. — *Gaius*, II, 147. — L. 1, § 8, 9, D. *De bon. poss. sec. tab.*, 37-11) (1).

Cette *bonorum possessio* s'attribue aux divers institués dans l'ordre même où le testament les appelle et pour les parts qui leur ont été assignées par le testateur; elle se défère enfin sous l'obligation d'acquitter toutes les libéralités et d'accomplir toutes les charges inscrites dans le testament (L. 2, § 2, 4, D. *De bon. poss. sec. tab.*, 37-11).

Remarquons de plus que la *bonorum possessio secundum tabulas* peut être demandée et obtenue même en vertu d'une institution conditionnelle; dans ce cas, elle ne devient définitive que par l'arrivée de la condition (L. 6, D. *De bon. poss. sec. tab.*, 37-11).

Bonorum possessiones ab intestat. — Les *bonorum possessiones ab intestat* impliquent l'absence de tout testament et supposent que le *de cujus* est mort *intestat* ou, ce qui revient au même, qu'il a laissé un testament complètement inefficace.

Les Institutes de Justinien nous en indiquent huit; les voici probablement dans l'ordre suivi par l'édit du préteur : 1° *bonorum possessio undè liberi*; 2° *undè legitimi*; 3° *undè decem personæ*; 4° *undè cognati*; 5° *tum quem ex familiâ*; 6° *undè patronus et patrona, liberique eorum et parentes*; 7° *undè vir et uxor*; 8° *undè cognati manumissoris* (*Inst.* L. III. t. IX, *De bon. poss.*, § 3 *in fine*).

(1) Par exception cependant, la *bonorum possessio secundum tabulas* était accordée au posthume externe conçu *vivo testatore*, bien qu'il n'eût pas la *factio testamenti* passive (L. 3, § 4, D. *De bon. poss.*, 37-1. — *Inst.* L. III, t. IX, *De bon. poss.*, pr.).

La première, la seconde, la quatrième et la septième se réfèrent seules à la succession d'un ingénu ; la cinquième, la sixième et la huitième s'occupent de la succession d'un affranchi ; enfin la troisième suppose la succession d'un enfant émancipé.

1° *Bonorum possessio undè liberi.* — La première classe de successeurs prétoriens est l'ordre des *liberi*, plus large que la classe civile correspondante des *heredes sui*. En effet, le préteur y introduit des *sui* fictifs à côté des *sui* proprement dits ; dans ce but, il fait abstraction de toute *minima capitis deminutio* qui leur a enlevé la qualité d'héritiers siens. Sont donc *liberi* les descendants qui auraient été *sui* à l'égard du *de cujus*, sans l'émancipation ou la dation en adoption dont ils ont été l'objet. Mais le préteur n'admet cette fiction qu'au profit d'enfants du défunt, et sous la condition qu'ils ne se trouvent pas encore dans une famille adoptive, à l'époque de la mort de leur père naturel ; car ils auraient alors recueilli déjà, ou gardé l'espoir de recueillir plus tard la succession de leur père adoptif (*Gaius*, II, 136, 137 ; III, 26. — *Inst.* L. III, t. I, *De hered. ab int.*, § 9, 10, 11 ; t. IX, *De bon. poss.*, § 3).

En résumé, on peut donner des *liberi* la définition suivante. Ce sont tous les enfants qu'un testateur est tenu d'instituer ou d'exhéréder d'après le droit prétorien, c'est-à-dire tous les *sui heredes* naturels ou adoptifs, et tous les descendants naturels qui compteraient au nombre des *sui heredes*, si une *minima capitis deminutio*, que rescinde le préteur, ne les avait empêchés d'obtenir ou de conserver cette qualité. La *bonorum possessio undè liberi*, qui leur est déférée par le préteur, suppose qu'il n'y a pas eu ou qu'il n'y a plus lieu à une *bonorum possessio* testamentaire (L. 1, § 2, D. *Si tab. test. nullæ*, 38-6).

Cette *bonorum possessio* leur procure la succession sans aucune charge de libéralités testamentaires, amène un partage à faire selon les règles suivies entre héritiers siens, c'est-à-dire par souches ou par têtes, et les soumet au rapport comme la *bonorum possessio contrà tabulas* (L. 1, pr. ; L. 9, D. *De coll. bon.*, 37-6).

2° *Bonorum possessio undè legitimi.* — Cette *bonorum possessio* est la seconde des *bonorum possessiones ab intestat*, elle compète à tous ceux qui peuvent venir *jure civili* à la succession légitime

du défunt (L. 1, D. *Undè legitimi*, 38-7. — *Inst.* L. III, t. XI, *De bon. poss.*, § 3).

Elle appartient par conséquent à tous ceux qui ont été reconnus comme héritiers, par la loi des Douze Tables ou par quelque autre source du *jus civile*; constitutions ou sénatus-consultes. Tels sont : 1° les *heredes sui* qui ont négligé de demander le *bonorum possessio undè liberi* dans le délai voulu ; 2° les agnats ; 3° les *gentiles ;* 4° le patron et ses descendants ; 5° le *parens manumissor ;* 6° l'*extraneus manumissor ;* 7° la mère venant à la succession de ses enfants en vertu du sénatus-consulte Tertulien ; 8° les enfants venant à la succession de leur mère en vertu du sénatus-consulte Orphitien ; 9° les frères et sœurs emancipés ou utérins que le droit du Bas-Empire fait concourir avec les frères et sœurs consanguins par préférence aux agnats plus éloignés (L. 2, § 4, D. *Undè legitimi*, 38-7. — *Inst.* L. III, t. V, *De succ. cogn.*, pr.).

Le préteur acceptait ici les résultats du droit civil, et n'introduisait dans cette catégorie aucun héritier de sa création ; c'est dire que la *bonorum possessio undè legitimi* fut toujours donnée *confirmandi juris civilis gratia.*

3° *Bonorum possessio undè decem personæ.* — En supposant le décès d'un ingénu émancipé sans contrat de fiducie, la succession du *de cujus* devrait *stricto jure* appartenir à l'*extraneus manumissor.* Cependant le préteur écarte le *manumissor* étranger et lui préfère dix cognats de l'émancipé, à savoir : le père et la mère, l'aïeul et l'aïeule paternels et maternels, le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille *ex filio* ou *ex filiâ*, les frères et sœurs germains et consanguins ou utérins ; c'est la *bonorum possessio undè decem personæ* (*Inst.* L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 3. — *Coll. leg. Mosaic.*, t. XVI, ch. 9, § 2).

Les cognats ainsi compris dans cette *bonorum possessio* arrivent probablement deux par deux dans l'ordre où Justinien les énumère aux Institutes ; ainsi la fille concourt avec le fils, le frère avec la sœur, etc. Toutefois la mère est toujours primée par le père (L. 10, D. *De suis et leg.*, 38-16).

4° *Bonorum possessio undè cognati.* — Cette *bonorum possessio* compète à tous ceux qui font partie de la classe des cognats (*Inst.* L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 3).

Or, l'ordre des cognats, dont la création constitue la principale réforme prétorienne dans les successions légitimes, se compose de tous les parents du défunt, en cette seule qualité et sans aucune distinction ; mais le préteur limite leur vocation au sixième degré inclusivement, et n'appelle dans le septième que les enfants de cousins et cousines issus de germains (*sobrino sobrinâve nati*) (*Inst.*, L. III, t. V, *De success. cogn.*, § 5. — *Conf.* C. C. art. 755).

Parmi les cognats vivants ou conçus au jour de la délation de la *bonorum possessio*, le plus proche exclut tous les autres. S'il y en a plusieurs au même degré, ils viennent ensemble et partagent par têtes. Quant à la manière de calculer les degrés, indiquée ici par Justinien, elle est déjà connue (L. 1, § 5, D. *Undè cognati*, 38-8. — *Inst.* L. III, t. V, *De succ. cogn.*, pr. ; t. VI, *De gradibus cognat.* — L. 3, C. *Undè legitimi*, 6-15. — *Suprà*, p. 42).

La *cognatio* qui sert de fondement à cette *bonorum possessio* peut d'ailleurs se fonder sur la parenté légitime, sur la parenté naturelle et même sur la parenté adoptive.

1° *Parenté légitime ex justis nuptiis.* Outre les *liberi* et les agnats qui n'ont pas en principe besoin d'invoquer le titre de cognats, le préteur range dans cette classe, entre autres personnes, tous les parents par les femmes et les agnates non consanguines ; 2° *Parenté naturelle en dehors des justæ nuptiæ.* Sont cognats à ce point de vue les enfants *vulgò quæsiti ;* les enfants *ex concubinatu* ont la même vocation successorale dans leurs rapports avec leur mère ou les cognats de leur mère, mais ne l'ont pas avec leur père, tout au moins depuis l'admission de la légitimation; enfin la *cognatio servilis*, considérée comme *nulla* par le droit classique, est prise en considération depuis Justinien; 3° *Parenté adoptive.* C'est une règle civile que l'agnation, dans les cas où la cognation ne l'accompagne pas, en a néanmoins tous les effets ; mais la personne qui n'est cognate qu'en vertu d'une adoption n'aura presque jamais à se prévaloir de la *bonorum possessio undè cognati* qu'après avoir répudié les *bonorum possessiones undè liberi* ou *undè legitimi* (*Gaius*, III, 29, 30. — L. 1, § 4, D. *Undè cognati*, 38-8. — *Inst.* L. III, t. V, *De succ. cogn.*, § 4 ; t. IV, *De gradibus cogn.*, § 10).

La *bonorum possessio undè cognati* appartient à la classe des *bonorum possessiones* qui furent organisées pour combler les lacunes du droit civil, *supplendi juris civilis gratia.* Elle ne confirme ni ne con-

tredit le *jus civile;* elle ne le confirme pas puisque les simples cognats ne sont jamais, à ce titre, appelés à la succession légitime; elle ne le contredit pas non plus puisque les cognats ne sont appelés par le préteur qu'à défaut de *sui* ou d'agnats. Le droit prétorien n'eut ici d'autre but que de consacrer les liens naturels du sang, la *ratio sanguinis*, toutes les fois que cela était possible sans détruire ni restreindre aucune vocation héréditaire basée sur la loi (L. 1, pr. L. 2, D. *Undè cognati*, 38-8. — *Inst.* L. III, t. V, *De succ. cognat.*, pr.).

5° *Bonorum possessio tum quem ex familiâ.* — Cette *bonorum possessio*, qu'on appelle encore mais plus rarement *tanquam ex familiâ*, se rencontre dans la succession délaissée par un affranchi. Elle est attribuée au *proximus agnatus* du patron, à défaut de patron ou de descendants de lui (*Ulpien*, R. t. XXVIII, § 7).

6° *Bonorum possessio undè patronus et patrona, liberique eorum et parentes.* — Comme la précédente, cette *bonorum possessio* se refère à la succession d'un affranchi. Mais il est assez difficile de préciser les personnes qui peuvent y prétendre.

Dans un premier système indiqué par Théophile et soutenu aujourd'hui par quelques interprètes, cette *bonorum possessio* appartiendrait au patron, à la patronne et à leurs ascendants ou descendants, dans tous les cas où ceux-ci ne pourraient invoquer ni la *bonorum possessio undè legitimi* ni la *bonorum possessio tum quem ex familiâ*, notamment lorsqu'ils ont subi une *capitis deminutio* depuis l'affranchissement. Dans un autre système plus ingénieux mais qui ne paraît pas démontré, il faudrait supposer que le *libertus* défunt avait pour patron un affranchi dont le patron exerçait les droits; la *bonorum possessio* en question appartiendrait alors au patron du patron, à ses descendants ou ascendants (*Théophile*, *Inst.* L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 3).

7° *Bonorum possessio undè vir et uxor.* — A défaut des successibles précédents, le préteur fait venir le conjoint survivant. Cette *bonorum possessio* suppose deux personnes engagées dans les *justæ nuptiæ* lors de l'ouverture de la succession, et ne concerne ni le simple concubinat, ni le *matrimonium injustum*, ni le mariage civil déjà

dissous par le divorce (L. 1, pr. § 1, D. *Undè vir et uxor*, 38-11. — *Conf.* C. C. art. 767).

L'antique *manus* en supprimait d'ailleurs toute l'utilité (1). Car si la femme *in manu mariti* vient à prédécéder, ses biens restent au mari qui les avait acquis ; survit-elle ? le droit civil et le droit prétorien la classent, en première ligne, dans l'ordre des descendants. Cette *bonorum possessio* ne prit donc une importance réelle qu'après la disparition de la *manus* (*Gaius*, III, 3).

8° *Bonorum possessio undè cognati manumissoris.* — Cette *bonorum possessio* se donnait à défaut d'autres successibles plus proches, aux cognats des patrons jusqu'au sixième degré et même jusqu'au septième, aux enfants du *sobrinus* et de la *sobrina* (*Ulpien*, R. t. XXVIII, § 7).

Bonorum possessio uti ex legibus. — Le préteur pouvait aussi accorder ce que l'on appelait la *bonorum possessio uti ex legibus* aux personnes expressément appelées par une loi, par un sénatus-consulte ou par une constitution impériale.

Cette *bonorum possessio* est donc analogue dans son office à la *bonorum possessio undè legitimi ;* mais elle se distingue de toutes les autres par l'étendue de son application ; car elle n'est pas restreinte à certaines personnes déterminées, ni renfermée dans des hypothèses spéciales, et se donne tantôt *ex testamento*, tantôt *ab intestat*. Elle suppose vraisemblablement une disposition civile qui défère, non pas l'hérédité, mais la possession de biens. On en peut citer pour exemple la *bonorum possessio* des parts vacantes accordée au peuple par les lois caducaires (*Gaius*, III, 46, 47, 50, 52. — *Ulpien*, R. t. XXVIII, § 7. — L. 1, pr. D. *Uti ex legibus*, 37-14. — *Inst.* L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 7).

§ III

Formes, délais et effets de la bonorum possessio.

Formes et délais. — Jusqu'à Justinien, la *bonorum possessio* ne put s'acquérir qu'en vertu d'une demande expresse. Cette demande exigeait même des termes solennels et se portait devant le magistrat supérieur ; c'est Constantin ou plutôt l'empereur Constance qui per-

(1) C'est ainsi probablement qu'on peut expliquer la place si reculée que la *bonorum possessio undè vir et uxor* occupe dans la série des *bonorum possessiones*.

mit de la rédiger dans une formule quelconque et de l'adresser aux magistrats municipaux. La décision constituait un acte de juridiction gracieuse (L. 9, C. *Qui admit. ad bon. poss.*, 6-9).

Le magistrat à qui on s'adressait pour réclamer la *bonorum possessio* n'avait pas à vérifier l'exactitude des faits allégués par le réclamant, il n'avait qu'à voir si, en les supposant vrais, la demande était conforme à l'édit. D'ailleurs, il fut toujours admis que l'*agnitio bonorum possessionis* pouvait se faire par l'intermédiaire d'un tiers (L. 3, § 7, D. *De bon. poss.*, 37-1).

Le préteur enferma la faculté de demander la *bonorum possessio* dans un délai utile de cent jours en principe, et d'un an pour les ascendants ou descendants du défunt. A la différence du *tempus deliberandi*, ce délai court de plein droit et sans décret spécial à partir du moment où l'appelé connaît sa vocation et peut agir. L'expiration de ce délai, le refus ou la défaillance des ayant droit donnent ouverture à l'accroissement ou à la dévolution, suivant les cas (*Inst.* L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 8, 9, 10).

Effets de la bonorum possessio. — Pour connaître les effets de la *bonorum possessio* et pour apprécier la condition juridique du *bonorum possessor*, on doit distinguer entre la *bonorum possessio cum re* et la *bonorum possessio sine re*. Donnée *cum re*, elle est opposable à l'héritier civil comme aux tiers ; donnée *sine re*, elle n'est opposable qu'aux tiers, et n'empêche pas l'héritier civil d'évincer ou de repousser le *bonorum possessor* (*Ulpien*, R. t. XXVIII, § 13).

Dans l'origine, elle fut en principe *sine re*. Car la *bonorum possessio*, ainsi que nous l'avons vu, commença par n'être qu'un moyen de régler en fait la possession d'une hérédité litigieuse. Elle n'était alors *cum re* qu'à la condition de compéter à l'héritier lui-même ou d'être déférée en l'absence d'héritiers ; mais elle restait *sine re* chaque fois que le *bonorum possessor* avait à lutter contre un *heres*.

Peu à peu cependant, la supériorité du système successoral des préteurs sur la vieille législation civile devint claire à tous les yeux ; sous l'apparence modeste d'un règlement de procédure, il tendit de plus en plus à refondre l'ensemble des successions. Les jurisconsultes et les empereurs l'élargirent et le consacrèrent, et l'on voit au temps classique les *bonorum possessiones contrà tabulas* ou *secundum tabulas* souvent déclarées *cum re*. Quant aux *bonorum possessiones ab intestat*, les textes sont muets ; mais on ne peut douter que l'efficacité n'en ait reçu de même une extension progressive.

Les *bonorum possessores cum re* ou *sine re* jouissent l'un et l'autre de l'interdit *quorum bonorum* et de la *petitio hereditatis possessoria*, dont il sera parlé dans la théorie des actions. La question débattue sur l'interdit n'est que provisoire, et se tranche toujours en faveur du *bonorum possessor* quel qu'il soit, pourvu qu'il ait demandé la *bonorum possessio* en temps utile et dans les formes voulues. La question débattue sur la pétition d'hérédité est définitive, et le *bonorum possessor cum re* y peut triompher seul contre l'héritier. En outre, tout *bonorum possessor* a bien la faculté d'usucaper les choses corporelles de l'hérédité ; mais le *bonorum possessor cum re* est seul assuré d'achever l'usucapion.

En résumé, le *bonorum possessor* est *loco heredis* sans être véritablement héritier ; il recueille l'actif et supporte le passif même *ultra vires* ; il transmet son droit à ses propres successeurs quand il a fait l'*agnitio* ; il est investi et tenu de l'action *familiæ erciscundæ* ; enfin il est armé contre les tiers d'une action en revendication, la *petitio hereditatis possessoria* (L. 1 ; L. 3, § 7, D. *De bon. poss.*, 37-1 ; L. 24, § 1, D. *Famil. ercisc.*, 10-2) (1).

Bonorum possessio decretalis. — On sait que la *bonorum possessio* est ordinairement accordée sans examen, en vertu d'une disposition générale de l'Édit ; aussi l'appelle-t-on *edictalis*.

Mais il y a d'autres hypothèses où la *bonorum possessio* est qualifiée de *decretalis* ; ce nom fait entendre qu'elle n'est alors accordée qu'en vertu d'un décret rendu après examen. Il est probable que la *bonorum possessio decretalis* précéda l'*edictalis*, dont elle avait d'abord les conséquences, et qui ne fut que la généralisation de la précédente. Une fois l'*edictalis* organisée, la *decretalis* subit une transformation de nature et d'effets, et ne se présenta plus qu'à propos de circonstances non prévues dans les règles législatives de l'Édit. On ne peut donc fournir une liste complète des applica-

(1) La situation du *bonorum possessor* diffère cependant de celle de l'héritier à plusieurs points de vue. Ainsi le *bonorum possessor* n'est pas propriétaire quiritaire des biens compris dans la succession, il n'a pas que l'*in bonis* ; il n'est pas investi des actions directes appartenant au défunt, le préteur ne lui accorde que des actions utiles ou fictices ; il n'est pas non plus le continuateur juridique du *de cujus*, et à ce titre n'est pas tenu des *sacra* (*Gaius*, III, 80, 81 ; IV, 34). Mais en revanche, il peut demander la *bonorum possessio* par l'intermédiaire d'un tiers et jouit contre tous ceux qui possèdent *pro herede* ou *pro possessore* de l'interdit *quorum bonorum* qui manque à l'*heres* du droit civil (*Gaius*, IV, 144. — L. 7, § 1, D. *De bon. poss.*, 37-1).

tions qu'elle a reçues; mais un principe à peu près certain, c'est que la *bonorum possessio decretalis* ne se donne qu'en présence d'obstacles temporaires, qui empêchent actuellement la preuve d'un droit déjà ouvert ou l'acquisition d'un droit encore éventuel à la *bonorum possessio edictalis*.

L'exemple le plus célèbre de cette pratique est dans l'édit Carbonien. Supposons un impubère qui demande la *bonorum possessio undè liberi* ou *contrà tabulas* en sa qualité de descendant du défunt, et dont l'état est contesté. Le préteur ne fera pas juger immédiatement cette grave question d'état, et la renverra au temps où l'enfant pourra la diriger lui-même ; en attendant, comme s'il n'y avait pas de litige, il lui accordera, après une vérification sommaire de la vraisemblance de ses droits, une *bonorum possessio decretalis* qui restera provisoire (L. 1, pr. D. *De Carb. edicto*, 37-10).

Les différences entre la *bonorum possessio edictalis* et la *decretalis* sont assez graves. 1° Par sa nature et par sa forme, la première appartient à la juridiction gracieuse, la seconde à la juridiction contentieuse, puisqu'elle suppose un examen; aussi ne peut-elle être demandée qu'au tribunal du magistrat, jamais par voie de simple requête écrite. Le délai pour solliciter la *decretalis*, quoique pareil en théorie au délai de l'*edictalis*, est plus long en pratique: car on n'y doit compter comme utiles que les jours non fériés. Enfin, puisque la *decretàlis* n'est pas déférée par l'Édit, mais par un décret spécial après une demande formelle, elle est acquise en même temps que déférée, et ne saurait faire l'objet d'une répudiation (L. 3, § 8, D. *De bon. poss.*, 37-1 ; L. 1, § 7, D. *De success. edict.*, 38-9. — L. 2, § 1, 2, D. *Quis ordo in poss.*, 38-15).

2° Dans ses effets, la *bonorum possessio decretalis* est toujours *sine re ;* car elle implique obligation éventuelle de restituer, et dès lors ne constitue pas non plus une *justa causa possidendi*. Elle ne procure ni la pétition d'hérédité, ni même l'interdit *quorum bonorum* qui suppose l'*animus domini*. Le titre du *bonorum possessor decretalis* n'est pas transmissible à ses héritiers. Du reste, moyennant une satisdation, ce *bonorum possessor* a le droit d'administrer la succession, il a aussi l'exercice actif ou passif des actions héréditaires; enfin il est protégé dans sa possession par l'interdit prohibitoire *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* (L. 1, D. *De bon. poss. fur.*, 37-3; L. 3, § 13; L. 5, § 1, 2, 5, D. *De Carb. edict.*, 37-10).

§ IV

Rapport.

Théorie prétorienne de la collatio bonorum. — Le rapport, *collatio bonorum*, consiste dans l'obligation imposée par le préteur aux descendants émancipés, de partager leurs biens personnels avec les héritiers siens qui subissent leur concours, soit dans la *bonorum possessio contra tabulas*, soit dans la *bonorum possessio undè liberi* (*Suprà*, p. 695, 697).

Cette obligation repose sur un motif d'équité ; en effet, tandis que les émancipés devenus *sui juris* ont pu se réaliser une fortune personnelle, les *heredes sui* restés en puissance n'ont rien pu acquérir en propre et leurs acquisitions sont allées grossir le patrimoine héréditaire qui va se partager entre tous les descendants. Il était donc de toute justice que les émancipés missent aussi en commun leurs biens personnels afin que les *sui* pussent y venir prendre leur part (L. 1, pr. D. *De coll. bon.*, 37-6).

Qui doit le rapport. — Doivent le rapport non seulement les émancipés, seuls visés dans l'édit du préteur, mais encore tous les descendants sortis de la famille civile du défunt et qui ne viennent à sa succession que *jure prætorio*. La nécessité de rapporter pèse sur le *bonorum possessor* lui-même, s'il est *sui juris*, lors du décès, ou, s'il est *alieni juris*, sur l'ascendant qui recueille par son intermédiaire le bénéfice de la *bonorum possessio* ; ce dernier cas se réalise, entre autres exemples, quand le défunt est un émancipé dont le fils est né et resté sous la puissance de l'aïeul (L. 1, § 14; L. 2, pr.; L. 5, pr. D. *De coll. bon.*, 37-6).

A qui est dû le rapport. — La *collatio bonorum* est due aux *sui* investis de la *bonorum possessio contra tabulas* ou *unde liberi*, toutes les fois que le concours des héritiers prétoriens leur cause un préjudice.

D'abord, le rapport n'est dû qu'aux héritiers siens ; il suit de là que la *collatio* cesse d'avoir lieu lorsque la *bonorum possessio* n'est déférée qu'à des émancipés ; il en résulte encore que le rapport ne doit jamais profiter aux émancipés ; *emancipati invicem nihil conferunt* ; donc, quand il y a plusieurs émancipés, le rapport se fait entre les *sui* et chaque émancipé considéré séparément, abstraction faite des autres (L. 1, § 24 ; L. 3, § 2, 3, D. *De coll. bon.*, 37-6).

D'ailleurs, les *sui* ne peuvent exiger la *collatio* qu'autant qu'ils ne

se sont pas contentés de leur titre civil et qu'ils ont demandé la *bonorum possessio*. Enfin le rapport ne leur est dû que dans les cas où le concours des émancipés leur cause un préjudice et dans la mesure même de ce préjudice (L. 1, § 5, 8; L. 14, pr. D. *De coll. bon.*, 37-6).

Objet du rapport. — Le rapport n'est applicable qu'à ceux des biens du *bonorum possessor* qui eussent été compris dans la succession, s'il fût resté *suus*. Ainsi par exemple, s'agit-il d'un émancipé, la *collatio* comprendra tous les biens corporels ou incorporels acquis par lui depuis le jour de son émancipation jusqu'au décès du père. Exceptionnellement, l'enfant ne doit pas rapporter : 1° les biens composant son pécule *castrense* ou *quasi castrense;* 2° les valeurs qu'il a reçues de son père *dignitatis causâ;* 3° la dot qui lui a été apportée par sa femme, alors même que celle-ci serait déjà morte; 4° les actions intransmissibles activement comme l'*actio injuriarum* (L. 1, § 15, 16, 20, 21, D. *De coll. bon.*, 37-6).

Il va sans dire que le rapport se fait d'après l'état et la valeur des biens au jour du décès, déduction de toutes les dettes et charges qui les grèvent à cette époque (L. 2, § 1, D, *De coll. bon.*, 37-6).

Formes de la collatio. — Le rapport peut se faire, au choix de l'émancipé, ou en nature, ou en moins prenant, ou encore *cavendo*. Il se fait en nature lorsque le débiteur du rapport remet effectivement à la masse héréditaire les biens qu'il devait rapporter. Il se fait en moins prenant lorsque l'émancipé précompte sur sa part héréditaire la valeur des choses soumises à la *collatio*. Enfin le rapport se fait *cautione* ou *cavendo* lorsque l'héritier prend l'engagement garanti par des fidéjusseurs d'indemniser ses cohéritiers dans la mesure du rapport qu'il doit effectuer (L. 1, § 9, D. *De coll. bon.*, 37-6. — *Conf.* C. C. art. 858-860, 868, 869).

Si l'émancipé refuse de *conferre bona*, il perd, tout en restant *bonorum possessor*, le droit de prendre part au partage de l'actif héréditaire. S'il ne peut trouver des fidéjusseurs pour fournir la *satisdatio* requise, on confie provisoirement sa part à un curateur et il ne la touche qu'après avoir rempli son obligation (L. 2, § 9, D. *De coll. bon.*, 37-6; L. 11; L. 16, C. *De coll.*, 6-20).

Modifications introduites par la jurisprudence et le droit impérial. — La théorie primitive du rapport telle que le préteur l'avait organisée fut élargie et modifiée par les jurisconsultes et les empereurs.

Le préteur n'imposait jamais le rapport aux *sui;* ce principe fut modifié par Antonin le Pieux qui décida que la fille restée sous la puissance du *de cujus* rapporterait sa dot sans distinguer entre la dot *profectice* et la dot *adventice* (L. 1, pr; L. 1, § 7, D. *De dotis coll.*, 37-7).

Le rapport n'était jamais dû aux émancipés; sur ce point encore, la réforme se fit. Les jurisconsultes, après beaucoup d'hésitations et de controverses, firent admettre que la dot *profectice* tout au moins, se rapporterait tant aux émancipés qu'aux *sui* (L. 4, C. *De coll.*, 6-20).

Jusqu'ici, le rapport n'était possible que dans la succession d'un ascendant mâle, et à la charge des descendants *per masculos*. Mais en 467, l'empereur Léon soumit à la nécessité de rapporter la dot ou la donation *ante nuptias* reçue du *de cujus* tout descendant quelconque venant à la succession d'un ascendant ou d'une ascendante (L. 17, C. *De coll.*, 6-20).

Toutes ces modifications s'élargirent et se généralisèrent encore le jour où le fils de famille eut la propriété de tous les biens qui lui advenaient sans le fait du père. Ce grave changement devait nécessairement influer sur l'ancienne théorie du rapport, et Justinien consommant la réforme posa deux règles définitives : 1° Le rapport s'applique à tous les biens que le descendant successible émancipé ou *suus* a reçus de l'ascendant défunt et qui sont imputables sur la quarte légitime ainsi qu'à la dot et aux donations *propter nuptias;* les donations entre-vifs se rapportent par exception lorsque le donataire concourt avec un autre descendant qui rapporte une dot ou une donation *ante nuptias;* 2° le rapport ne s'applique pas aux biens que le *paterfamilias* n'acquiert plus, c'est-à-dire aux *bona castrensia*, *quasi-castrensia* et *adventitia* (L. 19; L. 20; L. 21, C. *De coll.*, 6-20).

En résumé, la *collatio bonorum* a fini par sortir du vieux cadre prétorien qui la restreignait à la succession d'un ascendant mâle recueillie par des descendants *per masculos*. Elle s'est étendue à la succession des ascendants de tout sexe, mais ne porte plus que sur les biens provenus du défunt. D'ailleurs, elle ne grève ni les ascendants, ni les collatéraux, ni même les descendants venant à la succession en vertu d'une disposition testamentaire (*Conf.* C. C. art. 843-869) (1).

(1) Justinien modifia sur un point sa théorie du rapport dans la Novelle 18, ch. 6, en statuant que la *collatio* serait due même dans les successions testamentaires, à moins d'une dispense expresse du testateur.

TROISIÈME SECTION

LÉGISLATION IMPÉRIALE.

Le préteur n'avait pas heurté de front le système de la loi des Douze Tables, et laissait debout le principe que l'agnat, *suus* ou non, était l'unique héritier proprement dit. Les cognats n'étaient pas encore appelés à l'hérédité civile ; ils n'arrivaient même, hormis les *liberi*, à la *bonorum possessio* qu'après les agnats. Mais, à partir d'Adrien et jusqu'à la réforme capitale entreprise par Justinien dans la Novelle 118, des sénatus-consultes et des constitutions impériales vinrent continuer l'œuvre du droit prétorien ; l'antique prédominance de l'agnation fut battue directement en brèche, et la cognation donna pour la première fois accès à l'hérédité civile. Nous étudierons les principales réformes dues au droit impérial dans l'ordre des descendants, des ascendants et des collatéraux.

I. — **Descendants.** — D'après les Douze Tables, l'enfant ne succédait pas à sa mère, si elle ne décédait *in manu mariti* ; car l'enfant et la mère étaient en ce dernier cas réputés frère et sœur. Dans la doctrine de la *bonorum possessio*, l'enfant ne venait qu'au rang des cognats.

Sénatus-consulte Orphitien. — Le sénatus-consulte Orphitien, porté sous Marc-Aurèle et Commode, modifia radicalement cet état de choses, en déférant les biens de la mère, ingénue ou affranchie, à tous ses enfants du premier degré, même naturels ou *vulgò concepti*, pourvu qu'ils fussent ingénus et citoyens. Ils exclurent tous les héritiers appelés par l'ancien droit civil (*Inst.* L. III, t. IV, *De senat. Orph.*, pr., § 3).

Complément de l'Orphitien. — Le sénatus-consulte Orphitien n'avait pas innové à l'égard des descendants de degrés ultérieurs. Mais, en 389, une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius achève la réforme par deux grandes décisions :

1° La succession d'une aïeule ou bisaïeule est déférée à ses petits-enfants ou arrière-petits-enfants, sous la déduction d'un quart en faveur des agnats. Justinien attribua cette succession tout entière aux descendants d'un degré quelconque, et fit participer au même droit l'enfant né en esclavage et libéré avant l'ouverture de la succession (L. 9 ; L. 12, C. *De suis et legit.*, 6-55. — *Inst.* L. III, t. IV, *De senat. Orph.*, § 1).

2° La succession d'un aïeul est déférée aux petits-enfants *ex filiâ*, à la place de leur mère prédécédée, sous la déduction d'un tiers en faveur des héritiers siens, ou d'un quart en faveur des agnats. La première restriction fut conservée et la seconde supprimée par Justinien. En outre, il établit le droit de tous les descendants par les femmes, sans limitation de degrés (L. 12, C. *De suis et legitimis*, 6-55. — *Inst.* L. III, t. I, *De hered ab intest.*, § 15, 16).

II. — **Ascendants.** — Dans le droit primitif, la mère ne succédait jamais à ses enfants en sa seule qualité, à moins de se trouver *in manu mariti*. Mais, dès le règne d'Antonin le Pieux ou d'Adrien, le sénatus-consulte Tertullien appela la mère à la succession de ses enfants prédécédés, légitimes ou non, sans créer de vocation nouvelle pour les autres ascendants ou ascendantes de la ligne maternelle, ni pour les ascendantes paternelles (*Inst.* L. III, t. III, *De senat. Tertull.*, pr., § 2) (1).

Conditions du Tertullien. — Cette innovation fut subordonnée à trois conditions : 1° l'enfant défunt devait être ingénu et *sui juris*; sinon ses biens tombaient sous l'application des règles anciennes (*Infrà*, p. 710); 2° la mère devait avoir le *jus trium vel quatuor liberorum* selon qu'elle était ingénue ou affranchie; 3° enfin, des constitutions impériales firent un devoir à la mère d'un impubère, lorsqu'elle était elle-même majeure de vingt-cinq ans, de poursuivre la nomination d'un tuteur ou le remplacement du tuteur excusé ou destitué, sous peine de perdre la succession de son enfant mort avant la puberté. Justinien supprima les deux premières conditions, mais il maintint la troisième qui constituait une protection pour l'enfant (L. 2, C. *De jure liber.*, 8-59. — *Inst.* L. III, t. III, *De senat. Tertull.*, § 4, 6, 7).

Effets du Tertullien. — Excluaient la mère, d'après le sénatus-consulte même, les enfants de son enfant, lorsqu'ils étaient *sui* ou assimilés aux *sui*, et, d'après des constitutions impériales, un descendant quelconque du *de cujus*, par les mâles ou par les femmes. L'excluaient encore le père et les frères consanguins du défunt (*Ulpien*, R. t. XXVI, § 8. — L. 2, § 8, 13. D. *Ad senat. Tertull.*, 38-17. — *Inst.* L. III, t. III, *De senat. Tert.*, § 3).

(1) Même avant le sénatus-consulte Tertullien, les empereurs appelaient quelquefois une mère à la succession de ses enfants, ainsi fit notamment l'empereur Claude; mais ce n'étaient là que des décisions particulières et de faveur sans portée générale (*Inst.* L. III, t. III, *De sen. Tert.*, § 1).

Concouraient avec la mère, les sœurs consanguines pour la moitié, et, par suite d'une constitution postérieure, pour un tiers l'oncle paternel et ses descendants jusqu'au second degré, et les frères émancipés du défunt (*Inst.* L. III, t. III, *De senat. Tert.*, § 3, 5).

Droit de Justinien. — Justinien élargit le droit de succession de la mère et l'appela à l'hérédité de ses enfants immédiatement après les descendants et le père. Avec les frères et les sœurs agnats ou non, il la fit concourir pour une part virile ; et si des sœurs arrivaient seules, il lui laissa, comme auparavant, la moitié de la succession (*Inst.* L. III, *De senat. Tert.*, § 5).

III. — **Collatéraux.** — Parmi les frères et sœurs, la loi des Douze Tables excluait les utérins, et les germains ou consanguins n'héritaient qu'à la condition de n'avoir pas subi de *capitis deminutio*. Le préteur classait les uns et les autres parmi les cognats et leur accordait la *bonorum possessio undè cognati*. L'empereur Anastase commença par admettre au rang des agnats les consanguins émancipés, mais non leurs enfants ; seulement, en présence de frères ou de sœurs non émancipés, leur part était restreinte aux deux tiers de ce qu'ils eussent recueilli s'ils fussent restés dans la famille. Justinien assimila sur ce point les germains, les consanguins et les utérins, et compléta l'innovation en appelant, à défaut de frères ou sœurs, les enfants au premier degré d'un frère émancipé ou utérin, ou d'une sœur quelconque (*Inst.* L. III, t. II, *De leg. agnat. succ.*, § 4; t. V, *De succ. cognat.*, § 4. — L. 15, 1, 2. C. *De leg. hered.*, 6-58).

Justinien rendit aussi aux femmes agnates les droits héréditaires que leur avait enlevés la *Voconiana ratio*, et les mit pour l'avenir sur la même ligne que les hommes (*Inst.* L. III, t. II, *De leg. agnat. succ.*, § 3. — L. 14, pr. C. *De legit. hered.*, 6-58).

APPENDICE

SUCCESSION LAISSÉE PAR UN FILS DE FAMILLE OU PAR UN ÉMANCIPÉ.

I. — **Succession laissée par un fils de famille.** — Le *filiusfamiliâs* acquit peu à peu l'aptitude à devenir propriétaire, et la capacité précieuse de tester lui fut accordée par Adrien et par Justinien, dans une mesure qui nous est connue. Mais on lui refusa jusqu'à Justinien la faculté de laisser une succession *ab intestat* ; s'il mourait intestat, ses biens étaient attribués comme un pécule ordinaire

(*jure peculii*) à l'ascendant investi de la puissance (*Inst.* L. II, t. XII, *Quibus non est perm.*, pr. — *Suprà*, p. 559).

Vers le milieu du cinquième siècle de notre ère, les empereurs Théodose et Valentinien dérobèrent à cette règle la dot, la donation *ante nuptias* et généralement les *lucra nuptialia;* l'exception fut étendue par Justinien aux biens adventices, et vraisemblablement aussi aux *pécules castrense* et *quasi-castrense*, c'est-à-dire en somme à tous les biens dont le fils de famille avait la propriété. Ils formèrent désormais une véritable hérédité légitime, dévolue d'abord aux descendants du défunt ou de la défunte, après eux au père ou à l'aïeul ; le père primait toujours l'aïeul et ne lui laissait que l'usufruit. Plus tard, on fit passer avant le père les frères et sœurs quelconques du *de cujus*. Mais la mère fut admise à concourir avec eux *pro parte virili* ou pour moitié, suivant une distinction déjà faite; et Justinien conserva dans tous les cas au père de famille l'usufruit qu'il avait eu sur les biens de l'enfant vivant (L. 7, § 1, C. *Ad senat. Tert.*, 6-56; L. 3; L. 4; L. 6, § 1, C. *De bonis quæ liberis*, 6-61).

II. — **Succession laissée par un émancipé.** — Dans le droit classique, la succession *ab intestat* de l'enfant émancipé appartenait en première ligne à ses descendants *sui* ou assimilés aux *sui*, en seconde ligne à l'ascendant émancipateur, si l'émancipation était faite *contractâ fiduciâ*, et dans l'hypothèse contraire au *manumissor extraneus* ou à ses descendants (*Inst.* L. III, t. II, *De leg. agnat. succ.*, § 8).

Mais cette législation reçut de nombreuses modifications. Le préteur écarta l' *extraneus manumissor*, pour faire passer avant lui, certains proches parents de l'émancipé à qui il accorda la *bonorum possessio undè decem personæ*. Le sénatus-consulte Tertullien, à défaut de père, appela la mère à la succession de son fils émancipé. Les enfants d'une fille émancipée exclurent depuis le sénatus-consulte Orphitien, le père émancipateur et vinrent en concours avec la mère. Enfin la réforme la plus considérable en cette matière provint de Justinien; ce prince déclara que l'ascendant *manumissor* serait toujours réputé faire l'émancipation *contractâ fiduciâ*. Dès lors il ne fut jamais primé que par les descendants et les frères ou sœurs du *de cujus* (L. 7, C. *Ad senat. Tert.*, 6-56; L. 13. C. *De legit. hered.*, 6-58).

CHAPITRE LII

SUCCESSION AUX AFFRANCHIS.

(*Inst.* L. III, t. VII, *De succ. libertorum.*)

Nous avons précédemment étudié les successions aux ingénus sous le triple aspect du droit civil, du droit prétorien et du droit impérial. Les successions aux affranchis présentent la même division.

§ I

Droit des Douze Tables.

Dans le système des Douze Tables, tous les affranchis sont citoyens. Leur succession *ab intestat* appartient d'abord à leurs héritiers siens, les seuls agnats qu'ils puissent avoir. A défaut d'*heredes sui*, la loi appelle le patron et ses descendants. Ces personnes remplacent l'ordre des agnats. 1° Comme les agnats, elles succèdent sans distinction de sexe; mais on exclut les descendants de la patronne, les descendants du patron par les filles, et ceux qu'il a émancipés ou donnés en adoption; les autres enfants prennent la succession de l'affranchi, indépendamment de toute participation à la succession du patron. 2° C'est la proximité du degré qui détermine la délation; ainsi, de deux patrons dont l'un survit et l'autre prédécède, le survivant écarte les enfants du prédécédé; le fils du patron prédécédé écarte le petit-fils, etc. Le partage se fait toujours par têtes. Enfin le patron et ses descendants sont des héritiers externes (*Gaius*, III, 43, 45, 46, 49, 58, 60, 61. — *Inst.* L. III, t. VII, *De succ. libert.*, pr.).

Ces règles s'appliquaient également à la succession laissée par une personne libérée du *mancipium*.

Du reste, la liberté de tester était entière pour tous les affranchis; en conséquence le *libertus* pouvait complètement exclure le patron de sa succession en testant au profit d'une personne quelconque. Il trouvait encore le moyen de l'écarter en se donnant des héritiers siens par l'adoption (*Gaius*, III, 40).

§ II

Droit prétorien.

Le préteur voulut attribuer au patron une situation plus avantageuse et plus sûre. Il ne s'occupa d'ailleurs que de l'hypothèse où le patron et l'affranchi étaient l'un et l'autre du sexe masculin. Car il ne tenait pas à donner des fortunes aux patronnes ; quant aux affranchies, elles ne pouvaient tester qu'avec l'*auctoritas* de leur tuteur, c'est-à-dire du patron, et ne pouvaient mourir *ab intestat* sans lui laisser leur succession, puisqu'elles n'avaient jamais d'héritiers siens (*Ulpien*, R. t. XXIX, § 2. — *Gaius*, III, § 43, 49).

Innovations prétoriennes. — Dans les rapports successoraux du patron et de l'affranchi, le préteur introduisit deux modifications principales : 1° à défaut de testament, le patron est exclu par les *liberi* de l'affranchi. Mais, en présence d'un enfant adoptif ou d'une femme *in manu*, il a droit à une moitié qu'il obtient par une *bonorum possessio undè legitimi* ; 2° s'il y a un testament, le patron est exclu par les *liberi* de l'affranchi, soit institués, soit admis à la *bonorum possessio contrà tabulas*. Mais lorsqu'ils sont régulièrement exhérédés, ou qu'il n'en existe pas, l'affranchi doit laisser au patron la moitié de ses biens, par institution ou par une libéralité quelconque de dernière volonté ; sinon le patron l'exige au moyen de la *bonorum possessio contrà tabulas dimidiæ partis* (*Gaius*, III, 41. — *Ulpien*, R. t. XXIX, § 1. — *Inst.* L. III, t. VII, *De succ. libert.*, § 1).

Bonorum possessiones spéciales. — Le préteur organisa aussi trois *bonorum possessiones* spéciales à la succession de l'affranchi et que nous avons mentionnées ailleurs (*Suprà*, p. 700) : 1° la *bonorum possessio tum quem ex familiâ* ; elle est, à défaut du patron et de sa postérité, déférée subsidiairement à ses agnats ; 2° la *bonorum possessio unde patronus, patrona, liberique et parentes patroni patronæve*. D'après l'opinion qui semble prévaloir, elle est utile pour le patron et la patronne qui ont subi une *capitis deminutio* depuis l'affranchissement, pour les descendants du patron sortis de sa famille ou qui n'en ont jamais fait partie, pour les descendants de la patronne, pour les ascendants du patron ou de la patronne qui sont étrangers à leur famille ; car aucune de ces personnes ne pourrait se prévaloir des *bonorum possessiones undè legitimi* ni *tum quem ex familiâ* ; 3° la *bonorum possessio undè cognati manumissoris* ; en l'ab-

sence d'autres personnes, le préteur défère enfin la succession de l'affranchi aux plus proches cognats du patron (*Ulpien*, R. t. XXVIII, § 7).

Du reste, ces trois *bonorum possessiones* doivent se combiner : 1° avec la *bonorum possessio undè cognati*, qui les prime toutes pour appeler à la succession les cognats de l'affranchi ; 2° avec la *bonorum possessio undè vir et uxor*, qui prime la troisième pour appeler à la succession le conjoint de l'affranchi, par préférence aux cognats du patron.

§ III

Droit impérial.

Dans cette période, il faut mettre à part les trois classes d'affranchis, jusqu'à Justinien qui les confond (*Inst.* L. I, t. V, *De libertinis*, § 3. — *Suprà*, p. 23).

I. — **Affranchis citoyens.** — La loi Papia Poppœa, fidèle à l'esprit des lois caducaires dont elle fit partie, se proposa d'encourager la procréation légitime ; elle distingua d'ailleurs entre le patron et la patronne.

Droits du patron. — Il n'y a rien de changé à la succession de l'affranchi mâle qui laisse une fortune inférieure à cent mille sesterces. Est-elle égale ou supérieure à ce chiffre, pour que le patron soit exclu, il faut que l'affranchi ait alors trois enfants au moins ; s'il n'en a qu'un ou deux, le patron prend une part virile, sans distinction entre la succession légitime et la succession testamentaire. Les mêmes dispositions sont applicables aux descendants mâles et par mâles du patron, ainsi qu'à ses descendantes investies du *jus trium liberorum* (*Gaius*, III, 42, 46. — *Ulpien*, R. t. XXIX, § 5. — *Inst.* L. III, t. VII, *De succ. libert.*, § 2) (1).

S'agit-il d'une affranchie, *liberta*, la loi Papia Poppœa créait elle-même un danger, en libérant l'affranchie de la tutelle du patron par le *jus quatuor liberorum* ; car elle lui donnait ainsi la capacité

(1) Lorsque l'affranchi avait fait des aliénations qui avaient eu pour effet de faire descendre son patrimoine au-dessous de cent mille setersces, elles étaient nulles de plein droit. Dans le cas où ces aliénations avaient eu simplement pour conséquence d'affaiblir la part héréditaire du patron, elles tombaient sous le coup de l'action *Faviana*, si le *libertus* avait testé, ou de l'action *Calvisiana*, dans l'hypothèse contraire. Ces deux actions avaient été créées par l'édit du préteur (L. 16, D. *De jure patr.*, 37-14 ; L. 1, pr ; L. 3, § 2, 3, D. *Si quid in fraud. patr.*, 38-5).

de tester seule. Pour écarter ce péril, dans l'hypothèse d'un testament, elle assura toujours au patron une part virile, calculée sur le nombre des enfants laissés par la défunte. Si l'affranchie mourait sans testament, le patron continua de recueillir toute la succession, faute d'héritiers siens, jusqu'au sénatus-consulte Orphitien qui, nous l'avons dit, fit passer les enfants de la défunte avant le patron. Les mêmes droits appartenaient aux fils ou descendants mâles du patron. Quant à ses descendantes investies du *jus liberorum*, on les y admit aussi, réserve faite de certaines discussions sur le cas où l'affranchie avait elle-même le *jus liberorum* (*Gaius*, III, 44-47).

La vocation des enfants du patron était toujours subordonnée à leur légitimité (L. 18, D. *De bon. libert.*, 38-2).

Droits de la patronne. — La femme qui affranchit un homme est-elle une affranchie elle-même, trois enfants lui donnent accès à la *bonorum possessio undè legitimi dimidiæ partis*, dans les circonstances où l'Édit l'accorde au patron. La patronne est-elle ingénue, deux enfants lui valent la même *bonorum possessio*, et trois enfants ou plus la font participer aux avantages que la loi Papia a créés pour le patron. Aucune innovation n'est établie en faveur de la patronne sans enfants (*Gaius*, III, 50. — *Ulpien*, R. t. XXIX, § 6, 7).

La patronne d'une femme, quand elle est douée du *jus liberorum*, a contre le testament qui la dépouille une *bonorum possessio dimidiæ partis*. Si la patronne n'a pas le nombre légal d'enfants, ou que l'affranchie meure *intestata*, la législation des Douze Tables conserve son entière application (*Gaius*, III, 52).

Les droits de la patronne ne passaient pas à ses enfants sous les Douze Tables. Les lacunes du texte de Gaius empêchent de préciser les modifications de la loi Papia sur ce point. Mais il est certain tout au moins que la légitimité n'était pas exigée des enfants de la patronne pour leur donner une vocation à la succession du *libertus* (*Gaius*, III, 53. — L. 18, D. *De bon. libert.*, 38-2).

II. — **Latins Juniens.** — Jusqu'à la loi Junia Norbana, les esclaves affranchis sans formes solennelles ou par un propriétaire prétorien n'avaient qu'une simple liberté de fait (*Suprà*, p. 18). Leurs biens ne constituaient au fond qu'un véritable pécule, et le maître s'en emparait à ce titre, quand leur mort mettait fin à la protection que leur assurait le préteur (*Gaius*, III, 56).

Après la loi Junia Norbana, cette qualité de pécule aurait dû logiquement disparaître ; elle persista néanmoins pour une raison

facile à saisir. C'est que le patron était hors d'état de recueillir les biens de son affranchi Latin Junien à titre d'héritier ; car la législation des Douze Tables n'avait pu les prévoir ni les comprendre dans une vocation successorale. Aussi, pour attribuer au patron du Latin Junien des droits sur le patrimoine de son affranchi, continuat-on à dire que ce dernier vivait libre et mourait esclave ; *ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant.* Par conséquent, le Latin Junien n'était pas capable de tester. Ces dispositions furent plus tard étendues aux nouveaux affranchis latins que créa la loi Ælia Sentia (*Gaius*, III, 56. — *Inst.* L. III, t. VII, *De succ. libert.*, § 4).

Puisque les biens du Latin Junien ne forment qu'un pécule, les droits du patron prédécédé sont toujours compris dans sa succession et ne passent pas à ses descendants exhérédés. En outre, le plus proche exclut le plus éloigné, et si l'affranchi, avant d'être libre, appartenait à plusieurs par fractions inégales, son patrimoine se partage entre eux, proportionnellement à ces propriétés respectives. Enfin le patron n'est tenu des dettes de l'affranchi que dans la mesure et suivant les règles de l'action *de peculio*, c'est-à-dire *intrà vires* et pendant une année utile. Ces diverses conséquences n'ont rien de commun, on le voit, avec les principes qui dominent la succession délaissée par l'affranchi citoyen (*Gaïus*, III, 58, 59, 60, 61, 62. — *Suprà*, p. 714).

Sénatus-consulte Largien. — Un sénatus-consulte Largien, porté sous le règne de Claude, modifia la plus importante de ces règles. Désormais les héritiers externes furent exclus des biens du Latin Junien par tous les descendants que le patron n'avait pas exhérédés *nominatim* (*Gaius*, III, 63. — *Inst.* L. III, t. VII, *De succ. libert.*, § 4).

Une constitution postérieure de l'empereur Trajan, et un sénatus-consulte rendu sur la proposition d'Adrien, s'occupèrent du cas où le Latin Junien serait devenu citoyen par l'effet d'un rescrit rendu à l'insu ou contre le gré du patron. Alors, même en laissant des enfants, il était réputé mourir Latin Junien ; on ne lui reconnaissait le droit de tester qu'à l'effet d'instituer son patron pour le tout et de lui donner un substitué. Mais, pour conquérir la position intégrale de l'affranchi citoyen, il n'avait qu'à recourir plus tard à quelque autre mode d'acquisition de la cité (*Gaius*, III, 73. — *Inst.* L. III, t. VII, *De succ. libert.*, §4. — *Suprà*, p. 25).

III. — **Affranchis déditices.** — Le sort des biens laissés par l'affranchi déditice relevait d'une distinction qui nous est déjà connue. On

leur appliquait les règles posées à l'occasion de l'affranchi citoyen ou du Latin Junien, selon que le déditice, abstraction faite de son vice originaire, aurait dû devenir citoyen ou Latin par l'effet naturel de son affranchissement. Il est bien certain d'ailleurs qu'étant assimilé aux *peregrini sine civitate*, le déditice ne pouvait pas laisser de testament (*Gaius*, III, 74, 76).

§ IV

Droit de Justinien.

Justinien ne reconnaît plus que des affranchis citoyens et supprime, en conséquence, toutes les inégalités qui tenaient à la différence des conditions de l'affranchi *de cujus* (*Inst.* L. I, t. V, *De libertinis*, § 3).

Il efface aussi toute distinction entre le patron et la patronne ou leurs enfants, entre la succession du *libertinus* et celle de la *libertina* (*Inst.* L. III, t. VII, *De succ. libert.*, § 4)

Les règles nouvelles posées par l'Empereur varient suivant que l'affranchi a testé ou n'a pas testé.

1° *L'affranchi a testé.* — Il faut alors rechercher s'il laisse une fortune inférieure ou supérieure à cent sous d'or, s'il est *minor* ou *major centenario* : 1° dans le premier cas, le patron ne peut attaquer les dispositions quelconques du testament ; 2° dans le second cas, le patron reste étranger à l'hérédité de l'affranchi qui a des descendants venant à la succession par suite d'une institution ou grâce à la plainte d'inofficiosité. En toute autre hypothèse, un tiers des biens est assuré au patron, qui le recueille sans la charge des legs, par une *bonorum possessio contrà tabulas*. Justinien commet une inadvertance bizarre, en négligeant le défunt qui laisse précisément cent sous d'or, ni plus ni moins (*Inst.* L. III, t. VII, *De succ. libert.*, § 3).

2° *L'affranchi n'a pas testé.* — Dans ce cas, Justinien fait passer avant le patron tous les descendants du défunt qui se trouvent libres au jour du décès, fussent-ils nés en esclavage. En l'absence de toute postérité de l'affranchi, les biens sont déférés au patron, ensuite à ses descendants, enfin à ses collatéraux jusqu'au cinquième degré inclusivement. Les plus proches l'emportent, et l'Empereur admet le partage par têtes et la dévolution (L. 4, C. *De bonis libert.*, 6-4. — L. 1, C. *De latina libert. toll.*, 7-6. — *Inst.* L. III, t. II, *De leg. ag. succ.*, § 7 ; t. VII, *De succ. lib.*, § 3).

APPENDICE

ADSIGNATIO LIBERTORUM.

(*Inst.* L. III, t. VIII, *De adsignatione libertorum.*)

La règle ancienne qui appelait par égales parts à l'hérédité de l'affranchi tous les plus proches descendants du patron prédécédé, reçut une exception d'un sénatus-consulte rendu sous le règne de Claude (an 799 de Rome, 46 de notre ère). Il fut désormais permis au patron d'investir de tous ses droits sur l'affranchi et sa succession l'un de ses enfants, comme si ce dernier était seul et avait fait lui-même la manumission. Cette attribution exclusive s'appelle *adsignatio liberti* (L. 1, pr. D. *De assig. lib.*, 38-4. — *Inst.* L. III, t. VII, *De adsig. libert.*, pr.).

L'*adsignatio liberti* n'est soumise à aucune forme spéciale ; elle résulte d'une manifestation quelconque de volonté, verbale, écrite ou par signe. Elle comporte toute modalité suspensive (L. 13, § 3, D. *De assig. libert.*, 38-4. — *Inst.* L. III, t. VIII, *De adsig. libert.*, § 3).

Elle ne peut émaner que du patron en personne, non de ses descendants. Mais elle n'est valablement opérée qu'en faveur du descendant même exhérédé qui se trouve actuellement sous sa puissance immédiate ou médiate, sans distinction de sexe ni de degré. En conséquence, elle est inadmissible au profit d'un émancipé, et ne peut pas être faite par la patronne (L. 1, § 5, D. *De assig. libert.* 38-4. — *Inst.* L. III, t. VIII, *De adsig. libert.*, § 1, 2).

L' *adsignatio* est susceptible d'une révocation expresse ou tacite. Entre autres exemples, le père la révoque tacitement en faisant sortir son enfant de la famille, au moyen d'une émancipation ou d'une adoption. Elle s'évanouit aussi par la survivance du patron à l'affranchi, ou lorsque le descendant qui en est gratifié répudie, meurt ou perd la cité sans laisser de postérité. Dans tous ces cas, on revient au droit commun et la succession de l'affranchi se partage alors également entre tous les enfants du patron (L. 1, § 4, 5, 6, D. *De assig. libert.*, 38-4. — *Inst.* L. III, t. VIII, *De adsig. libert.*, pr.).

Par sa nature, l'*adsignatio* ne constitue pas une libéralité de dernière volonté ; car les *jura patronatûs*, transmissibles même aux enfants exhérédés, ne comptent pas dans l'hérédité du patron. Aussi n'est-elle valablement grevée d'aucune charge et ne s'impute-

t-elle pas sur la quarte Falcidie (L. 7, D. *De assig. libert.*, 38-4).

Les effets en sont faciles à déterminer. Au point de vue spécial de la succession de l'affranchi, l'*adsignatio* écarte le concours de tout autre descendant du patron, de même rang ou d'un rang préférable. Elle admet l'application du droit d'accroissement entre plusieurs bénéficiaires. Enfin elle est transmissible, dans l'ordre des degrés, aux descendants du privilégié qui répudie sa vocation exclusive, ou que la mort ou la perte de la cité empêche d'en profiter (L. 3, § 7 ; L. 4 ; L. 5, § 1, 2, D. *De assig. libert.*, 38-4).

CHAPITRE LIII

TABLEAU FINAL DE LA SUCCESSION LÉGITIME AVANT ET APRÈS LA NOVELLE 118.

Droit de Justinien avant les Novelles. — En résumé, le système successoral *ab intestat* suit jusqu'à Justinien une marche progressive. De nouvelles successions légitimes ont trouvé place dans le cadre nécessairement élargi de la loi ; elles ont deux grands caractères propres.

1° Elles restent complètement indépendantes de la *minima capitis deminutio* que le défunt aurait subie de son vivant, ou qui atteindrait le successible lui-même avant l'acquisition de l'hérédité ; ces mêmes causes éteignent, au contraire, les successions fondées sur les Douze Tables. S'il fallait en croire Justinien, les nouvelles successions survivraient même à la *media* et à la *maxima capitis deminutio*. Mais il y a là une exagération. Bien que la perte de la liberté ou de la cité ne puisse effacer la cognation ni détruire le lien du sang, elle empêche néanmoins de laisser ou de recueillir aucune succession. Le *capite minutus* vînt-il à recouvrer la liberté ou la cité, sa personne juridique ne serait plus la même qu'autrefois, et les droits attachés à la parenté ne renaîtraient pas (*Paul*, S. L. IV, t. X, § 2. — *Ulpien*, R. t. XXVII, § 5. — *Inst.* L. III, t. IV, *De senat. Orphit.*, § 2).

2° Les successions nouvelles peuvent échoir à des personnes placées sous la puissance paternelle ; le père en acquiert alors la pleine propriété dans le droit classique, et l'usufruit seulement dans le droit de Justinien. Au contraire, les successions anciennes n'étaient jamais déférées qu'à des personnes *sui juris*.

Ces deux conséquences graves tiennent au principe que la parenté naturelle est désormais le fondement des nouvelles successions.

Justinien lui-même ajouta, comme on l'a vu, plus d'une décision aux constitutions ou sénatus-consultes antérieurs. Par une conséquence obligée des modifications qu'il introduisit dans l'émancipation, il fit disparaître la *bonorum possessio unde decem personæ*; il supprima également les *bonorum possessiones tum quem ex familiâ*; *undè patronus, patrona, liberique*, etc.; et *undè cognati manumissoris*. Donc à son époque, on peut ainsi classer les *bonorum possessiones* qui ont été conservées : 1° *contrà tabulas*; 2° *secundum tabulas*; 3° *undè liberi*; 4° *undè legitimi*; 5° *unde cognati*; 6° *undè vir et uxor*; 7° *uti ex legibus*. En outre, la *bonorum possessio* n'est plus donnée *sine re*, elle est toujours *cum re*, en d'autres termes, ses effets sont dans tous les cas définitifs et irrévocables ; enfin le *bonorum possessor* n'a plus besoin d'usucaper ; il acquiert immédiatement la propriété quiritaire, puisque Justinien n'en reconnaît pas d'autre (*Gaius*, IV, 144. — *Inst.* L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 5, 6 ; L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 3).

Dès lors il est vrai de dire, en général, que toutes les successions anciennes et nouvelles, civiles et prétoriennes, se sont pour ainsi dire réunies et fondues dans un seul système; l'unification du point d'arrivée remplace l'unité du point de départ. Plus de conflit dans une même hypothèse entre le droit civil et le droit prétorien ; le second a prévalu pour la détermination des successibles, et le premier pour les effets du titre héréditaire. L'ancien antagonisme ne persiste plus que dans les mots.

Justinien admet aussi la dévolution dans les degrés et dans les ordres, *successio graduum et ordinum* (*Inst.* L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 9) (1).

Système des Novelles. — Cet ensemble de règles, qu'on peut appeler le système successoral des Institutes et du Code de Justinien, avait eu pour résultat d'assimiler en grande partie aux agnats les plus proches cognats, notamment les descendants, les père et mère, les frères et sœurs, les neveux et nièces. Mais, en dehors de ces parents, l'influence de l'agnation était restée prépondérante; on pouvait en outre critiquer le principe qui admettait la

(1) Toutefois les interprètes discutent encore la question de savoir si la *successio graduum* était admise dans l'ordre des *liberi* (L. 3, C. *Unde liberi*, 6-14).

supériorité des petits-enfants *ex filio* sur les petits-enfants *ex filiâ*, et qui consacrait l'exclusion de la mère par le père (*Inst.* L. III, t. III, *De senat. Tert.*, § 3).

Justinien porta le dernier coup aux débris des vieilles iniquités, et renversa ce qui était encore debout du système successoral des Douze Tables. Moins de dix ans après les Institutes, en l'année 543, la célèbre Novelle 118, complétée par la Novelle 127 qui lui sert de supplément, vint établir une organisation toute nouvelle. Justinien s'y rapprocha du point de départ moderne, qui est de régler les successions légitimes sur l'ordre de nos affections naturelles.

En effet, l'Empereur proclame le principe que la succession *ab intestat* doit aller aux parents en cette seule qualité, sans différence entre la descendance par les mâles et la descendance par les femmes, entre l'agnation et la cognation.

Il distingue trois classes de successibles : les ascendants, les descendants et les collatéraux ; mais elles sont en réalité au nombre de quatre ; car la classe des collatéraux se subdivise en collatéraux privilégiés et en collatéraux ordinaires.

Première classe. — Elle comprend les descendants du défunt ou de la défunte, sans aucune exclusion ; avec les enfants en puissance sont appelés les enfants émancipés ou donnés en adoption, fût-ce à un ascendant (*adoptio plena*). Mais les enfants *in postestate* ne recueillent que la nue propriété ; car leur *pater* acquiert nécessairement l'usufruit, dans toutes les circonstances où il ne l'avait pas déjà du vivant du défunt.

Sur une même souche, le plus proche exclut le plus éloigné. Entre descendants de souches différentes, la proximité du degré n'est pas une cause de préférence, et le partage se fait *per stirpes*. Il n'y a plus de descendants *sui* (*Novelle* 118, ch. 1. — *Conf.* C. C. art. 745).

Deuxième classe. — La deuxième classe comprend : 1° les ascendants ; 2° les frères et sœurs germains, et leurs enfants au premier degré. Parmi les ascendants, les plus proches excluent toujours les plus éloignés. Lorsque plusieurs membres de la deuxième classe arrivent conjointement à l'hérédité, il faut, pour déterminer le mode de partage, considérer deux hypothèses :

1° Il n'y a que des ascendants. Alors, s'ils appartiennent à des

lignes différentes, le partage a lieu par lignes ; si tous font partie de la même ligne, on partage par têtes.

2° Lorsque les ascendants ne viennent pas seuls, on partage par têtes pour les ascendants sans égard aux lignes, ainsi que pour les frères et sœurs germains; on partage par souches pour les neveux et nièces germains (*Novelle* 118, ch. 2 ; *Novelle* 127. — *Conf.* C. C. art. 746, 748, 749).

Troisième classe. — Appartiennent à la troisième classe les frères et sœurs unilatéraux, c'est-à-dire utérins ou consanguins, et leurs enfants au premier degré. Pour la délation et le partage de l'hérédité on suit les règles du deuxième ordre (*Novelle* 118, ch. 3. — *Conf.* C. C. art. 752).

Quatrième classe. — Cette quatrième classe renferme tous les collatéraux autres que les précédents. Le droit de succession est-il admis à l'infini, comme il l'était autrefois pour les agnats, ou s'arrête-t-il aux limites posées par le préteur pour les cognats? La seconde opinion paraît plus rationnelle.

Le plus proche collatéral obtient la préférence. Entre collatéraux du même degré, le partage se fait toujours par têtes (*Novelle* 118, ch. 3. — *Conf.* C. C. art. 753, 754, 755).

Successions irrégulières. — Outre ces héritiers ordinaires *ab intestat*, on reconnaît quatre catégories de successeurs irréguliers : 1° l'enfant naturel et la concubine ; 2° le conjoint ; 3° certaines corporations ; 4° le fisc (*Conf.* C. C. art. 756-773).

1° *Enfant naturel et concubine.* — L'enfant naturel et sa mère ont droit à des aliments dans la succession du père naturel, quand il laisse une femme ou des enfants légitimes. A défaut de ces personnes, ils peuvent réclamer ensemble un sixième des biens, à partager par têtes entre la concubine et les enfants concubinaires ; un douzième appartient toujours à la mère. De son côté, le père naturel obtient des aliments ou même un sixième des biens de son enfant naturel, si ce dernier ne laisse ni femme ni postérité légitime (*Novelle* 89, ch. 12, 15. — *Conf.* C. C. art. 756-761).

Aucune vocation successorale n'est admise entre les enfants illégitimes non concubinaires et leur père. Mais il existe un droit illimité de succession entre la mère naturelle et son enfant *vulgò quæsitus* (*Inst.* L. III, t. IV, *De senat. Orph.*, § 3).

Les enfants adultérins ou incestueux sont incapables de rien recueillir ni de leur père ni de leur mère, soit par succession *ab intestat*, soit par libéralités entre-vifs ou testamentaires (L. 6. C. *De incest. nupt.*, 5-5. — *Conf.* C. C. art. 762, 763, 764).

2° *Conjoint.* — Quand l'époux prédécédé ne laisse pas de parents, au degré successible, le conjoint survivant non divorcé, mari ou femme, arrive à la *bonorum possessio undè vir et uxor*, qui a été conservée par Justinien (L. 1, pr. § 1, D. *Undè vir et uxor*, 38-11).

La veuve du *de cujus*, lorsqu'elle est à la fois pauvre, c'est-à-dire hors d'état de vivre suivant sa condition, et non dotée, reçoit une part d'enfant dans la succession de son mari, jusqu'au maximum d'un quart de l'hérédité. S'il y a des enfants communs, on leur réserve la nue propriété de la portion maternelle, et la mère est réduite à l'usufruit. Ce droit de succession de la veuve organisé par Justinien a reçu le nom de *quarte du conjoint pauvre;* c'est là une heureuse inspiration, que notre Code civil aurait dû suivre (*Novelle* 53, ch. 6, § 2; *Novelle* 117, ch. 5. — *Conf.* C. C. art. 767).

Réciproquement, le mari veuf prend l'usufruit d'une partie des biens de sa femme, lorsqu'ils vont à des descendants communs, placés ou non sous sa puissance (L. 3, C. *De bonis maternis*, 6-60).

3° *Corporations.* — A défaut de parents et de conjoint survivant, les biens du *de cujus* peuvent passer à certaines corporations dont il faisait partie.

Les plus célèbres sont les curies ou colléges de décurions, les corps militaires (*legio*, *vexillatio*), les églises à l'égard des prêtres desservants, les couvents à l'égard des moines, etc. (L. 2; L. 4, C. *De hered. decurionum*, 6-62; L. 20, C. *De Episcopis*, 1-3. — *Novelle* 5, ch. 5; *Novelle* 131, ch. 13).

4° *Fisc.* — En dernier lieu la succession est déférée au *fiscus* ou trésor impérial, qui a pris la place de l'*ærarium* ou trésor du peuple; cette attribution des biens en déshérence ou *bona vacantia* vient de la loi *Julia caducaria* (*Ulpien*, R. t. XXVIII, § 7. — *Conf.* C. C. art. 768).

Le fisc n'est pas un véritable héritier, car il succède moins à la personne qu'aux biens. Il n'est d'ailleurs appelé qu'à recueillir l'excédant de l'actif sur le passif et ne peut donc, s'il ne s'engage à payer toutes les dettes, acquérir l'hérédité contre le gré des créanciers;

car on ne saurait leur refuser le droit de la vendre aux meilleures conditions possibles. Du reste, quand une succession est acquise par le fisc, tous les affranchissements, legs et fidéicommis valables demeurent exécutoires (L. 1, § 1 ; L. 11, L. 28, D. *De jure fisci*, 49-14).

Le fisc est libre de répudier. A partir du moment où l'on a la certitude qu'il ne se présentera nul héritier ou *bonorum possessor*, un délai de quatre ans continus est alors ouvert au fisc pour prendre un parti ; toute personne est libre, dans cet intervalle, de dénoncer la vacance des biens aux agents du trésor. Après ce terme, le droit du fisc est prescrit, et les biens restent à ceux qui les ont ou deviennent *res nullius*. Au surplus, les créanciers héréditaires sont admis à poursuivre la vente dans le cours de ce *qnadriennium*, après un envoi en possession préalable (L. 10 pr., § 1, D. *De div. temp. præsc.*, 44-3 ; L. 1, § 1, 3, D. *De jure fisci*, 49-14. — L. 5. C. *De bon. auct jud. poss.*, 7-72 ; L. 4, C. *De bon. vac.*, 10-10).

Observations générales. — Le système des Novelles, malgré quelques dispositions intolérantes qui refusent aux hérétiques le droit de succession, constitue dans son ensemble un véritable progrès sur le droit antérieur ; rien ne l'égale dans l'œuvre législative de Justinien (*Novelle* 118, ch. 6).

La fusion de l'hérédité civile avec la *bonorum possessio* est désormais achevée. La dévolution de degré à degré et de classe à classe, quoique passée sous silence par Justinien, résulte de l'enchaînement du nouveau système successoral.

Toutefois, il ne faudrait pas croire que la distinction des descendants *per masculos* ou *per feminas*, des descendants *in potestate* ou *alieni juris*, des *sui* et des *extranei* disparût absolument du droit romain. La Novelle 118, en effet, ne s'applique pas aux successions testamentaires, et laisse par conséquent subsister la théorie du testament inofficieux, de l'exhérédation et de la *bonorum possessio contrà tabulas*.

CHAPITRE LIV

INDICATION RAPIDE DES AUTRES MODES D'ACQUÉRIR *PER UNIVERSITATEM*.

(*Inst.* L. III, t. X, t. XI, t. XII.)

Outre les successions testamentaires et légitimes, il existe encore d'autres modes d'acquérir *per universitatem*. Mais ils ne réclament

ici aucune explication détaillée, par la raison péremptoire que les principes nous en sont déjà connus, ou que l'intelligence en deviendra plus facile ailleurs.

Bonorum venditio et sénatus-consulte Claudien. — Ainsi Justinien mentionne, pour les supprimer, la *bonorum venditio* et l'acquisition qui dérive du sénatus-consule Claudien. La première appartient à la matière des actions; la seconde relève de principes déjà posés (*Inst.* L. III, t. XII, *De succ. sublatis*, pr. § 1. — *Suprà*, p. 10).

Adrogation. — L'adrogation (1) procurait à l'adrogeant la pleine propriété de l'actif de l'adrogé, sans distinction aucune entre les choses corporelles ou incorporelles, et à la seule exception des droits qui s'éteignaient par la *capitis deminutio*, comme l'usufruit, l'usage, les *operæ liberti* et les droits déduits dans un *judicium legitimum* (*Gaius*, III, 82, 83. — *Inst.* L. III, t. X, *De adq. per adrog.*, pr. § 1).

Justinien modifia les anciennes règles; comme la propriété est désormais accessible aux fils de famille et que le père ne peut plus avoir que l'usufruit sur les acquisitions réalisées par le *filius*, il fut admis que l'adrogé conserverait la nue propriété de ses biens et que la jouissance seule en serait attribuée à *l'adrogator* (*Inst.* L. III, t. X. *De adq. per adrog.*, § 2).

Qnant aux dettes de l'adrogé, elles s'éteignaient anciennement *jure civili* par application des règles de la *capitis deminutio*.

Mais le préteur accordait aux créanciers des actions utiles et fictices contre l'adrogé. L'adrogeant devait le défendre, c'est-à-dire figurer lui-même en qualité de partie à la *litis contestatio* et fournir la caution *judicatum solvi*; sinon, le magistrat envoyait les créanciers en possession des biens de l'adrogé, et les autorisait à les vendre comme s'ils avaient continué de lui appartenir (*Gaius*, III, 84; IV, 38).

Sous Justinien, ces actions ne sont plus fictices, puisqu'il n'y a plus de formules; de plus, c'est contre l'adrogeant lui-même qu'elles s'intentent désormais et non pas contre l'adrogé (*Inst.* L. III, t. X, *De adq. per adrog.*, § 3).

Confiscation. — La confiscation (*confiscatio* ou *publicatio*), c'est-à-dire l'attribution au fisc des biens d'un particulier, est un mode d'acquérir *per universitatem* omis dans les Institutes. Elle résulte de l'indignité encourue par un héritier ou par un successeur universel,

(1) On peut lui assimiler dans le vieux droit la *conventio in manum*, lorsqu'elle porte sur une femme *sui juris*.

et de certaines condamnations criminelles. Dans ce dernier cas, elle s'attache de plein droit aux peines à la fois perpétuelles et capitales, comme la mort, l'esclavage, la perte de la cité ; elle est alors totale. Le juge peut le prononcer, totalement ou partiellement, quand la peine est la relégation ou l'exil à perpétuité. En dehors de ces hypothèses, elle est interdite au juge. Le fisc, qui prend les biens, supporte les dettes *intrà vires* (L. 1, pr. D. *De bonis damn.*, 48-20; L. 4, D. *De int. et releg.*, 48-22 ; L. 39, pr. D. *De jure fisci*, 49-14).

Au temps classique, les descendants appelés comme *sui heredes* ou comme *liberi* avaient droit à la restitution d'une moitié des biens du condamné. De même, si le condamné était un affranchi, le patron ou les enfants du patron recueillaient la part dont il n'aurait pu les dépouiller (L. 1, § 1 ; L. 7, § 2; L. 8, D. *De bonis damn.*, 48-20).

Justinien, sur la fin de son règne, se montre plus humain. Les biens des condamnés à une peine capitale ne passent plus au fisc qu'à défaut de descendants ou d'ascendants, et même de collatéraux jusqu'au troisième degré inclusivement; réserve est faite aussi de la dot et de la donation *propter nuptias* pour la femme légitime, et des droits que la concubine et les enfants concubinaires pourraient opposer aux héritiers (*Novelle* 134, ch. 13. — *Conf.* Charte de 1814, art. 66).

In jure cessio. — L'*in jure cessio* joue parfois le rôle d'un mode d'acquérir *per universitatem*, applicable seulement aux hérédités.

Cette transmission suppose que le cédant n'a pas encore fait adition ; car la qualité d'héritier qu'il aurait ainsi acquise serait indélébile, en vertu du principe : *semel heres semper heres*. Les Proculiens assimilaient logiquement à cette hypothèse le cas où le cédant était *necessarius* ou *suus*. Même avant l'adition, la cession émanée d'un héritier testamentaire externe est absolument nulle (*Gaius*, II, 36, 37; III, 86, 87).

La seule personne qui puisse user de ce mode d'acquérir *per universitatem* est donc l'héritier *ab intestat* volontaire; il se substitue par là le cessionnaire dans tous ses droits et charges héréditaires. L'hérédité elle-même passe en entier sur la tête de l'acquéreur qui devient héritier au lieu et place du cédant; *perinde fit heres is cui in jure cesserit ac, si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset* (*Gaius*, II, 35. — *Ulpien*, R. t. XIX, § 14) (1).

(1) Lorsque la *cessio in jure* est faite après l'adition, l'hérédité ne se transmet pas ; mais la cession produit néanmoins des effets remarquables ; les choses cor-

A l'époque de Justinien, l'*in jure cessio* n'existe plus. Aussi cette acquisition *per universitatem* ne nous est-elle révélée que par Gaïus et par Ulpien (*Gaius*, II, 34-37; III, 85-87. — *Ulpien*, R. t. XIX, § 11-15).

Addictio bonorum libertatis gratiâ. — Les Institutes signalent enfin un dernier exemple de transmission à titre universel; c'est la *bonorum addictio libertatum conservandarum causâ*, dont l'origine remonte à Marc-Aurèle (*Inst.* L. III, t. XI, *De eo cui libert. caus. bon. add.*, pr. § 1).

Elle a pour objet spécial de maintenir les affranchissements inscrits dans le testament; elle protège en même temps la mémoire du défunt et les droits de ses créanciers.

Conditions. — Trois conditions sont exigées pour que *l'addictio* puisse être accordée.

1° Elle suppose d'abord une institution répudiée par l'institué, et le défaut de tout successeur *ab intestat* (L. 50, D. *De manumiss. test.*, 40-4. — *Inst.* L. III, t. XI, *De eo cui libert.*, § 4).

2° Elle doit être demandée par l'esclave qui a reçu du défunt la liberté, soit directe ou fidéicommissaire, soit par codicilles, soit même entre-vifs. On finit par y admettre aussi les étrangers, c'est-à-dire toutes personnes *sui juris* (*Inst.* L. III, t. XI, *De eo cui libert.* § 3, 6. — L. 6. C. *De test. manumiss.*, 7-2).

3° Enfin, l'impétrant doit contracter l'obligation de garantir l'entier payement des dettes. Il s'engage toujours par une promesse individuelle, qu'il fait à l'un des créanciers désigné pour les représenter tous. Le magistrat exige le plus souvent qu'une sûreté personnelle ou réelle, comme une fidéjussion, un gage, une hypothèque, vienne consolider cette promesse; l'*addictio* n'est alors définitive qu'après la constitution de ces garanties (L. 4, § 8, 9, 10, D. *De fideic. libert.*, 40-5).

Effets. — L'*addictio bonorum* produit deux grands effets :

1° Tous les affranchissements émanés du défunt sont maintenus et dorénavant irrévocables. Les esclaves affranchis par legs auront pour patron le défunt lui-même (*liberti orcini*), s'ils n'adhèrent à la volonté contraire que pourra manifester l'individu qui obtient

porelles deviennent la propriété du cessionnaire, les créances s'éteignent et les dettes restent sur le tête de l'héritier (*Gaius*, II, 35 ; III, 85).

l'*addictio*. Les esclaves affranchis par fidéicommis tombent sous le patronat de ce dernier ; car il remplace alors l'institué et procède lui-même à la *manumissio* (L. 4, § 7, 12, 13, D. *De fideic. libert.*, 40-5. — *Inst.* L, III, t. XI, *De eo cui libert.*, § 1, 5).

2° L'*addictio* entraîne en second lieu succession, non pas à la personne, mais aux biens du défunt. Les jurisconsultes assimilent le successeur de cette espèce au *bonorum possessor*. Il a donc besoin d'usucaper pour acquérir la propriété quiritaire, et n'exerce contre les débiteurs héréditaires que des actions fictices. Il n'est lui-même passible que de cette sorte d'actions, lorsqu'il n'a pas fourni sa promesse personnelle et qu'on se contente de la tenir pour sous-entendue (L. 3, L. 4, § 21, 22, D. *De fideic. libert.*, 40-5).

Droit de Justinien. — Ces principes sont élargis et complétés par Justinien.

L'*addictio* ne suppose plus la promesse du payement intégral des dettes, si les créanciers consentent à ne recevoir qu'un dividende (L. 15, § 1, C. *De test. manumiss.*, 7-2).

Quand la succession est insolvable, on peut obtenir l'*addictio* sans promettre la liberté à tous les esclaves affranchis ; mais le droit de supprimer des affranchissements s'arrête au nombre où commencerait un bénéfice net. Il est même permis aux esclaves affranchis de préférer l'esclavage à la liberté ; leur désir s'exécute sans empêcher l'*addictio* (L. 15, § 2, 3, C. *De test. manumiss.*, 7-2).

La faculté de demander l'*addictio* disparaissait autrefois à l'instant même de la vente réalisée par les créanciers. Elle dure désormais une année à partir de la vente sous la condition rigoureuse de satisfaire tous les créanciers, y compris l'acheteur lui-même, *bonorum emptor*, s'il a payé son prix (L. 15, pr. C. *De test. manumiss.*, 7-2).

L'*addictio bonorum* est accordée, soit à tous ceux qui la demandent en même temps, soit au premier de ceux qui la demandent successivement. Néanmoins, jusqu'à l'expiration de l'année, l'ordre des dates peut fléchir devant d'autres considérations. Par exemple, on préfère avec raison le concurrent qui promet la liberté au plus grand nombre d'esclaves affranchis (L. 15, § 4, 5, 6, C. *De test. manumiss.*, 7-2. — *Inst.* L. III, t. XI, *De eo cui libert.*, § 7).

TROISIÈME PARTIE

THÉORIE DES ACTIONS

(*Inst.* L. IV, t. VI; t. XVIII.)

CHAPITRE I

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES ACTIONS.

Fondement rationnel de l'action. — La théorie des actions est générale, et forme le complément nécessaire du système des droits de famille et des droits patrimoniaux. Ces droits, une fois connus dans leurs sources, déterminés dans leur nature et mesurés dans leurs effets, ne laisseraient rien à dire, s'ils étaient respectés partout et toujours. Malheureusement, la loi civile ne saurait avoir le privilège de l'inviolabilité, qui manque à des institutions de plus noble origine ; ainsi que la loi morale et la loi religieuse, elle suppose le libre arbitre, elle doit par conséquent compter avec les résistances passives ou directes.

Le droit, tel qu'il faut le concevoir dans la société, n'apparaît donc pas à l'esprit comme un principe inerte. Il est doué d'une sanction, c'est-à-dire muni d'une force qui l'impose aux récalcitrants. La force inhérente au droit a pour manifestation principale l'*action*.

Ce mot, qui vient du latin *agere*, indique une mise en œuvre. Considérée de haut, l'action est par conséquent l'application d'un droit, sa puissance manifestée dans le fait. Cette conception originelle se ramifie ensuite.

Dans la doctrine abstraite, l'action n'est pas distincte du droit qu'elle sanctionne. On l'a souvent qualifiée de *droit sanctionnateur*, par opposition au *droit préexistant ;* ainsi la revendication serait le droit sanctionnateur du droit préexistant de propriété. Cette manière de parler, assez commode en apparence, n'est au fond qu'une

pure logomachie. L'action, c'est le droit en exercice, livré à la lutte judiciaire ou prêt à descendre dans l'arène ; c'est le droit vu sous l'aspect de la coercition. Dans la langue du législateur et du jurisconsulte, il n'y a pas de droit absolument idéal et dépourvu de toute faculté de contrainte. L'action et le droit se confondent ; car l'action ne va pas sans le droit, et le droit sans l'action n'est qu'un droit incomplet.

Dès les premiers pas d'un peuple dans la civilisation, un pouvoir social est établi pour juger entre particuliers, c'est-à-dire pour faire respecter et pour protéger les droits de chacun. Car, s'il était permis de se rendre justice soi-même, la force ne se trouverait pas toujours du côté de la raison, et l'ordre public serait souvent troublé. Le jurisconsulte Paul a très bien exprimé cette idée en disant : *Non est singulis concedendum quod per magistratum publice potest fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi* (L. 176, D. *De regulis juris*, 50-17).

C'est ici que se font jour les notions de la compétence et de la procédure, et que l'idée d'action descend des hauteurs philosophiques pour engendrer des conséquences pratiques.

Définitions de l'action. — Le mot *action* présente trois sens différents qu'il convient d'abord de préciser. Dans une première acception technique, l'action est le recours à la puissance publique pour en obtenir la protection de son droit, soit en demandant, soit en défendant. On dira sous ce rapport que Titius intente contre Séius l'action en revendication, ou la *condictio indebiti*, ou le *judicium mandati*, etc.

Dans un autre sens, l'action n'est plus le fait même du recours, mais la faculté de réaliser ce fait, de recourir à l'autorité. Par exemple, on dira que les contrats produisent une action, *contractus pariunt actionem*, tandis que les pactes n'en produisent pas.

Enfin, sous un troisième aspect, l'action n'est plus le fait du recours, ni la faculté de recourir, mais le moyen indiqué, la forme prescrite pour exercer le recours ; dans ce cas, le mot action est synonyme de forme de procédure. C'est en ce sens qu'il est pris dans l'expression *actio legis ;* c'est encore avec le même sens que l'on dit *actio sacramenti*, etc.

En résumé, l'action est une faculté, un fait ou une forme, suivant le côté qu'on y examine. Pour s'accorder sur la définition de ce mot complexe, il est donc nécessaire de s'entendre d'abord sur le point

de vue où l'on se place. En dehors de ces notions capitales, l'action revêt encore dans la loi romaine d'autres significations étroites et particulières, qui changent avec les époques, et qu'il faudra mentionner au besoin.

Questions essentielles que soulève la théorie des actions. — Un traité complet des actions devrait comprendre trois parties principales : 1° l'examen des actions en elles-mêmes, envisagées comme facultés de s'adresser au pouvoir judiciaire, avec leurs caractères, leurs conditions et leurs effets ; 2° l'exposé des règles à suivre pour la vocation des plaideurs en justice, la preuve, la sentence, l'appel et l'exécution, c'est-à-dire la procédure ; 3° l'indication des personnes investies de la mission de condamner ou d'absoudre, et la détermination de la compétence.

Ces trois études ne peuvent avoir ici des parts égales ; car les deux premières appartiennent seules au droit privé. Il suffira de consacrer tout d'abord à la troisième quelques pages d'ensemble.

CHAPITRE II

APERÇU RAPIDE SUR L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET LA COMPÉTENCE EN MATIÈRE CIVILE.

Dans l'histoire de tous les peuples, l'organisation judiciaire se lie au vaste système de l'organisation politique, dont elle est un rouage essentiel. Il faudrait donc, pour en traiter convenablement, explorer toute la constitution romaine et rechercher tour à tour l'économie de ses institutions, sous la royauté, la république et l'empire, depuis Romulus jusqu'à Justinien. De tels développements déborderaient le plan modeste de ce livre, et de courtes données générales faciliteront assez l'intelligence des futures explications.

§ I

Caractères généraux du pouvoir judiciaire.

Le pouvoir judiciaire à Rome, présentait trois caractères généraux qui le séparent profondément de notre pouvoir judiciaire actuel et qui dominent toute la théorie des actions.

D'abord, le pouvoir judiciaire se confondait avec les autres pou-

voirs; en second lieu, il pouvait être délégué; en troisième lieu, il admettait les simples citoyens à l'administration de la justice.

I. — **Confusion des pouvoirs.** — La célèbre théorie moderne de la séparation des pouvoirs était à peu près inconnue des Romains. Pour ne parler que des magistrats supérieurs, les rois à l'origine et les consuls ensuite exerçaient tout à la fois des fonctions judiciaires, administratives et militaires. Le préteur, qui est sans contredit le plus remarquable représentant de la magistrature latine, rendait la justice, commandait au besoin les armées, et participait par ses édits à la puissance législative. Il n'en fut pas autrement non plus sous l'Empire ; car l'Em pereur était en même temps chef du pouvoir exécutif, juge suprême, législateur souverain.

Cet état de choses, susceptible de bien des critiques, eut néanmoins un magnifique résultat; c'est qu'il permit au droit honoraire ou prétorien d'améliorer peu à peu le droit civil, d'en adoucir les aspérités et d'en combler les lacunes. *Jus prætorium est*, nous dit Papinien, *quod prætores introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam* (L. 7, § 1, D. *De justitiâ et jure*, 1-1).

II. — **Faculté de délégation.** — Les magistrats jouissaient de la faculté remarquable de déléguer tout ou partie de leurs attributions judiciaires. Pour bien comprendre cette faculté, il faut d'abord se rendre un compte exact des attributions dont les magistrats étaient investis à divers degrés dans l'ordre judiciaire ; or, à ce point de vue on distingue la *jurisdictio* et l'*imperium*.

Jurisdictio. — Les magistrats avaient avant tout la *jurisdictio*, c'est-à-dire la mission d'administrer la justice civile, soit au contentieux soit au gracieux. Cette *jurisdictio* comprenait trois principaux attributs, désignés par les verbes *dare, dicere, addicere*. *Dare*, c'est donner un juge, une action, un tuteur, une possession de biens; *dicere*, c'est poser une règle, soit en formulant des édits généraux, soit en jugeant les procès, soit en rendant des interdits ; *addicere*, c'est conférer un droit réel à quelqu'un, comme dans l'*in jure cessio* (Varron, *De linguâ latinâ*, V, 7) (1).

De la *jurisdictio* découlait pour le magistrat le double pouvoir, ou de fixer un juge, *licentia dandi judicem*, ou de statuer lui-même,

(1) C'est de là que vient ce vers d'Ovide resté célèbre : « Ille nefastus erit per quem *tria verba* silentur » (*Fastes*, v. 47).

cognoscere, cognitio (L. 1, D. *De officio ejus*, 1-21 ; L. 3, D. *De jurisdict.*, 2-1).

Imperium. — A côté de la *jurisdictio* se placent d'autres prérogatives, dont le nom générique est *imperium*. Ce terme fameux désigne le droit de commandement et de contrainte, la puissance exécutive, l'aptitude à disposer de la force publique. Il est évident que la *jurisdictio* proprement dite ne saurait aller sans un certain *imperium* qui en assure l'exercice, et qui doit appartenir à tout magistrat pour sanctionner ses décisions; c'est là ce que les textes appellent *mixtum imperium*. Ils en citent pour exemple la faculté d'envoyer une partie en possession des biens de l'autre (L. 1 ; L. 2; L. 3, D. *De officio ejus*, 1-21).

Mais il est un autre *imperium* qui, par opposition au précédent, se nomme *merum imperium*. Il faut y voir l'ensemble des moyens ouverts au magistrat pour juger et punir les infractions à la loi criminelle; la *gladii potestas* en est la plus forte expression et l'arme principale. Il se rattache au droit pénal, n'appartient qu'à certains magistrats déterminés, et ne saurait faire l'objet d'aucune délégation (L. 3. D. *De jurisdict.*, 2-1 ; L. 70, D. *De regulis juris*, 50-17).

En matière civile, le magistrat peut déléguer la juridiction contentieuse à un autre magistrat, ou même à un simple particulier. Le délégué, qu'on nomme *legatus*, est mis au lieu et place du délégant, dans les limites de la délégation ; l'appel de ses décisions se porte, non devant le délégant, mais devant l'autorité qui eût connu de la sentence de ce dernier. La délégation est personnelle, et le *legatus* n'a pas le droit de la transmettre à d'autres. Cette délégation comprend non seulement la *jurisdictio* proprement dite mais encore l'*imperium mixtum* qui y est attaché. Quant à la juridiction gracieuse, elle ne peut pas être déléguée (L. 2, § 1, D. *De officio proconsulis*, 1-16 ; L. 5, pr. D. *De officio ejus*, 1-21 ; L. 1, § 1, D. *Quis a quo appell.*, 49-3).

L'admission de cette faculté, si contraire à nos idées modernes, s'explique suffisamment par le petit nombre des magistrats romains, et par la variété des fonctions réunies sur leur tête.

III. — **Division du procès en deux instances.** — Le trait le plus saillant et certainement le plus caractéristique de l'organisation judiciaire des Romains, jusqu'au temps de Dioclétien, est la division du procès en deux instances, l'une devant le magistrat, *in jure*, l'autre devant le juge, *in judicio*. On appelait cette procédure *ordo*

judiciorum privatorum, et les procès poursuivis par cette voie *judicia ordinaria*.

Un rôle purement préparatoire appartenait au magistrat, qui se bornait à fixer avec précision l'objet du débat, c'est-à-dire la réclamation du demandeur et la défense de son adversaire. Puis il renvoyait l'examen et le jugement de l'affaire à un particulier, désigné spécialement pour chaque cause, nécessairement investi de la cité s'il devait être *judex* ou *arbiter*, indifféremment citoyen ou pérégrin s'il devait être *recuperator ;* le *judex* proprement dit siégeait toujours seul. Le juge, en général, était librement choisi par les plaideurs (1).

A la différence de nos jurés actuels, le juge romain connaissait du procès en droit comme en fait, prononçait lui-même la sentence, évaluait les dommages-intérêts, et transférait directement la propriété ou les droits réels par le moyen de l'*adjudicatio* dans certaines actions (*Suprà*, p. 162).

Cette institution remarquable avait d'énormes avantages. Les magistrats, trop peu nombreux, ne pouvaient statuer eux-mêmes sur tous les différends privés ; aussi doit-on attribuer à leur indépendance du fait et du détail la grande hauteur de vues qu'ont atteinte les préteurs. En outre, l'intervention du juge permettait de confier chaque affaire au plus capable de l'apprécier, et tempérait ce qu'aurait eu d'exagéré la puissance de quelques hauts fonctionnaires, s'ils eussent été seuls maîtres des litiges.

Il y avait cependant certains cas dans lesquels le magistrat ne renvoyait pas les parties devant le juge. Ainsi, lorsque la demande

(1) On distinguait en matière civile deux catégories de jurés : les uns étaient constitués par le magistrat lui-même et n'avaient qu'une mission temporaire, c'étaient les *judices*, les *arbitres* et les *récupérateurs ;* les autres formaient des collèges judiciaires, de véritables tribunaux et siégeaient d'une manière plus ou moins permanente, tels étaient : le collège des pontifes, celui des Décemvirs et celui des Centumvirs.

Le tribunal des Centumvirs est le seul sur lequel on ait quelques renseignements précis ; encore, son organisation ne nous est-elle connue que d'une manière très incomplète.

Les Centumvirs étaient élus pour un an par les comices tribus ; ils furent d'abord au nombre de 105 ; sous l'Empire leur chiffre fut porté à 180. Ils se divisaient en quatre chambres (*hastæ*, *consilia*) qui délibéraient, tantôt réunies, tantôt séparées sous la présidence d'un préteur. Leur compétence qui alla bientôt en s'affaiblissant comprenait à l'origine : les questions de propriété quiritaire, les questions d'état et tous les procès relatifs aux successions, *causæ hereditariæ* (Festus, *Centumviralia.* — Pline, *Lettres*, V, 21 ; VI, 33. — Cicéron, *De oratore*, I, 38, 57. — Gaius, IV, 16, 31, 91, 95).

se trouvait ouvertement non recevable, le magistrat refusait simplement l'action au demandeur ; c'était la *denegatio actionis*. Il en était de même lorsque le défendeur reconnaissait que les prétentions de son adversaire étaient bien fondées, son aveu équivalait à sa condamnation, *in jure confessus pro judicato habetur*. Dans ces deux cas, le renvoi n'avait pas d'objet. Enfin, il y avait certaines hypothèses dans lesquelles le préteur statuait directement sans renvoi au *judex ;* on disait alors qu'il y avait *cognitio extra ordinem ;* c'est notamment ce qui se présentait en matière de fidéicommis.

§ II

Compétence.

Devant quelle juridiction faut-il se présenter ? C'est là une question préalable à tout procès, et qui se tranche par les principes de la compétence.

Les questions de compétence sont aujourd'hui, en droit français, de la plus haute importance et présentent les plus graves difficultés. Il faut tenir compte en effet d'une multitude de circonstances, avoir égard à la fois à la nature du tribunal, au genre de l'action, à la situation de l'objet litigieux, à l'importance de la demande, à la qualité du défendeur, à son domicile, etc. Le droit romain est loin d'offrir une complication pareille ; la compétence était déterminée par des règles peu nombreuses et d'une grande simplicité. On n'avait à s'occuper ni de la nature des tribunaux ni du genre des affaires litigieuses, car les pouvoirs des magistrats n'étaient en principe limités que par la circonscription territoriale.

Pour exposer sommairement les règles générales de la compétence, nous distinguerons successivement deux périodes.

Droit antérieur à Justinien. — La compétence peut alors se résumer en une maxime fort simple : *actor sequitur forum rei*. Le demandeur doit donc porter son action, réelle ou de créance, devant le magistrat qui avait autorité sur le défendeur ; car il est naturel de favoriser la partie attaquée.

Or, le *forum rei* se détermine par trois circonstances : le domicile, le lieu d'origine et la patrie commune. Ceci revient à dire que le défendeur peut toujours être poursuivi au choix du demandeur, ou devant le magistrat de son domicile, *forum domicilii*, ou devant le

magistrat de son lieu de naissance lorsqu'il ne se confond pas avec celui du domicile, *forum originis*, ou enfin devant un magistrat de Rome, *forum patriæ communis ;* car tout citoyen a juridiquement deux patries, son municipe et Rome, *patria communis* (F. V. § 325, 326).

Mais dès les derniers siècles de la République, une compétence réelle se développe à côté de la précédente, et le demandeur a l'option entre les deux. La nouvelle théorie s'applique d'abord aux obligations nées d'un contrat ou d'un quasi-contrat; on admet le créancier à traduire le débiteur devant le magistrat du lieu où l'acte s'est passé, *forum contractûs* (L. 20, D. *De judiciis*, 5-1. — *Conf.* C. Proc. art. 420).

Sous le Bas-Empire, en cas de délit, on peut poursuivre, soit à l'endroit où le fait illicite a été commis, soit à l'endroit où le coupable est saisi, *forum maleficii* (L. 1, C. *Ubi de criminibus*, 3-15).

Enfin, une modification plus importante est celle qui attribue au juge de la situation la connaissance des actions *in rem*. Constantin avait décidé que celui qui possédait pour le compte d'autrui devait, lorsqu'il était actionné, indiquer le nom du véritable possesseur, celui-ci était alors tenu de comparaître au lieu où se trouvait situé l'objet litigieux, faute de quoi, la possession passait au demandeur. Cette innovation devait facilement conduire à la nouvelle règle : *actor sequitur forum rei sitæ;* il suffisait de généraliser le principe admis par Constantin. C'est ce que firent les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius; ils décidèrent que désormais les actions réelles seraient portées devant le magistrat du lieu où se trouve la chose litigieuse ; *jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri* (L. 2, 3, C. *Ubi in rem actio*, 3-19. — *Conf.* C. Proc. art. 59).

Droit de Justinien. — Toutes les règles de la compétence sont unifiées par Justinien.

Il les réduit à ce grand principe, que chacun doit comparaître à l'endroit où s'est formé, par un contrat, quasi-contrat, délit, injuste détention, le rapport obligatoire qui sert de cause à la poursuite. En d'autres termes, où vous avez lésé le droit du demandeur, là vous serez tenu de répondre à la demande (*Novelle* 69, ch. 1).

Compétences spéciales. — Certaines hypothèses étaient exceptionnelles.

Forum hereditatis. — L'héritier doit être poursuivi devant le ma-

gistrat devant lequel le défunt lui-même aurait dû comparaître (L. 19, pr. D. *De judiciis*, 5-1. — *Conf.* C. C. art. 110, 822).

Forum reconventionis. — Le magistrat saisi d'une affaire est, en thèse générale, compétent pour connaître de toutes les demandes reconventionnellement formées par le défendeur ; telle est du moins l'opinion dominante, mais plusieurs auteurs contestent l'existence du *forum reconventionis* au moins à l'époque classique (L. 22, D. *De judiciis*, 5-1. — L. 14, C. *De sententiis*, 7-45).

Forum connexitatis. — Il y a connexité de plusieurs affaires, lorsqu'en les séparant, on nuirait à l'instruction et au jugement; tels sont le pétitoire et le possessoire. Or des affaires connexes, qui relèveraient en elles-mêmes de tribunaux différents, sont valablement jugées par le tribunal saisi de la cause principale, ou, quand elles sont égales, par le premier saisi. Constantin frappe même d'une peine le demandeur qui tenterait de les séparer (L. 10, C. *De judiciis*, 3-1).

Forum prorogatum. — Il y a *forum prorogatum* ou *pactitium* lorsque les parties, d'un commun accord et en connaissance de cause, déclarent vouloir se soumettre à la juridiction d'un magistrat naturellement incompétent. Les parties sont en effet libres de déroger à la compétence ordinaire en choisissant elles-mêmes un magistrat. Mais il faut que leur consentement soit exempt d'erreur, de dol et de violence. Le magistrat convenu entre les intéressés reste maître de refuser cette mission, et doit se trouver d'ailleurs compétent *ratione materiæ;* la volonté des particuliers ne peut couvrir que l'incompétence *ratione loci vel summæ* (L. 1 ; L. 2 ; L. 74, D. *De judiciis*, 5-1. — *Conf.* C. Proc. art. 7).

Concours de plusieurs compétences. — Il arrivera donc parfois qu'une seule et même affaire sera de la compétence de plusieurs tribunaux. Dans ce cas, le demandeur a le choix; *petitor habet electionem ubi petat, reus ubi solvat, scilicet antè petitionem* (L. 19, § 4, D. *De judiciis*, 5-1 ; L. 2, § 3, D. *De eo quod certo loco*, 13-4).

La loi romaine applique même ce principe au *forum prorogatum*, et permet à chaque partie de l'abandonner pour le *forum* du droit commun. Il n'y a d'obligatoire que le *forum connexitatis* (L. 18, D. *De jurisdictione*, 2-1. — L. 10, C. *De judiciis*, 3-1).

Il est probable que le tribunal, une fois saisi, exclut définitivement tous les autres.

Incompétence. — L'incompétence est opposable par le magis-

trat ou par le défendeur. Le magistrat incompétent peut accepter l'affaire et constituer ainsi le *forum pactitium*, suivant une règle déjà posée, à moins qu'il ne s'agisse de l'incompétence *ratione materiæ*, qui annule la procédure et fait considérer le jugement comme non avenu (L. 1, C. *Ut quæ desunt*, 2-11 ; L. 3 ; L. 4, C. *Si a non competente*, 7-48).

De son côté, le défendeur doit invoquer le déclinatoire dès le début du procès; sinon, il est censé y renoncer. Le magistrat apprécie lui-même le mérite de l'exception d'incompétence, avant de procéder au débat sur le fond. Ce moyen préliminaire de défense est connu sous le nom de *præscriptio fori* (L. 5, D. *De judiciis*, 5-1. — L. 4 ; L. 13, C. *De exceptionibus*, 8-36).

CHAPITRE III

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES TROIS SYSTÈMES DE PROCÉDURE CIVILE.

Le droit romain a successivement connu et pratiqué trois systèmes de procédure : le système des actions de la loi, *actiones legis*, le système formulaire, *formulæ*, le système extraordinaire, *cognitio extra ordinem*.

Les deux premiers systèmes ont pour caractère commun la séparation du procès en deux instances, l'une devant le magistrat, l'autre devant le juge, c'est-à-dire l'*ordo judiciorum ;* sous le troisième au contraire, le magistrat et le juge se confondent, il n'y a plus qu'une seule instance.

La transition entre ces différentes formes de procédure ne fut d'ailleurs ni brusque ni violente, et s'opéra sans transformation radicale, comme il sied aux nations qui tiennent compte du passé, dominent le présent et préparent l'avenir.

Le système formulaire, œuvre d'une époque où la science juridique jetait un incomparable éclat, et contemporain des grands jurisconsultes classiques, est le plus intéressant à connaître. Mais il plonge par ses racines dans le système précédent, et constitue sous d'autres formes le fond principal de la procédure *extraordinaire ;* on ne peut donc l'isoler absolument dans l'explication.

Il faut indiquer ici quelques principes plus ou moins constants qui ont toujours dominé la procédure romaine.

1° En règle générale, la procédure se fit toujours *oralement*. Il n'y eut d'écrit, même au temps de Justinien, que l'exploit d'assignation et certains actes de l'appel; le jugement était prononcé de vive voix, après une rédaction préalable. Les débats étaient résumés séance tenante dans un procès-verbal, qu'on reportait ensuite avec plus de soin sur les registres judiciaires. Les parties pouvaient en obtenir copie (*F. V.* § 112. — L. 1 ; 2 ; 3, C. *De sententiis ex periculo*, 7-44 ; L. 32, § 2, 4, C. *De appell.*, 7-62).

2° La justice était rendue *publiquement*. A l'origine, c'est au *forum*, en plein jour, que s'exerce la juridiction; le coucher du soleil est le terme suprême de toute procédure, *sol occasus suprema tempestas esto*. Plus tard, les séances se tiennent dans des bâtiments à ce destinés, *prétoires*, *basiliques ;* la publicité reçoit alors des limites, car on n'admet dans les salles d'audience, *secretaria*, *secreta*, que les citoyens *honorati*, et la foule n'y pénètre que par exception. Les délibérations ont lieu derrière des *vela* entre les magistrats et les assesseurs; mais les décisions sont toujours rendues en public (*Paul*, S. L. IV, t. VI, § 2. — L. 5, C. *De proximis sacrorum*, 12-19; L. 5, C. *De naufragiis*, 11-5) (1).

3° La justice fut d'abord *gratuite*. Ce caractère disparut par la suite, et les frais judiciaires se déterminèrent d'après la nature des actes, le rang du tribunal et l'importance de la cause. Néanmoins le plaideur pauvre en était exempté; son adversaire participait alors à la même faveur (L. 6, C. *De fructibus et litium expensis*, 7-51. — *Novelle* 17, ch. 3).

4° Enfin la justice ne fut jamais continue, *assidua*. Les magistrats et les juges ne connaissaient des procès qu'à des jours déterminés, *dies fasti*, *dies cognitionum*, et s'en abstenaient les autres jours, *dies nefasti*, *dies feriati* (L. 73, D. *De judiciis*, 5-1 ; L. 6 ; L. 8, D. *De feriis*, 2-12).

Sous l'Empire, il y avait environ deux cent trente jours par an consacrés aux affaires contentieuses ; le reste du temps, on ne statuait qu'au gracieux, ou sur péril en la demeure, ou pour trancher

(1) En province, les présidents allaient tenir des assises, *conventus*, dans les principales villes de leur gouvernement, à des époques qu'ils fixaient d'avance. Lorsque le nombre des magistrats fut augmenté, les assises disparurent ; et l'administration de la justice fut établie d'une manière permanente dans certaines cités. (Cicéron, *In Verrem*, II, 29).

les causes relatives à la liberté (L. 3; L. 7; L. 8, C. *De feriis*, 3-12) (1).

CHAPITRE IV

SYSTÈME DES ACTIONS DE LA LOI.

Ce système de procédure fut en vigueur pendant près de six siècles; il date probablement de la fondation de Rome et ne fut définitivement supprimé que par la loi Œbutia qui se place en l'année 577 ou 583.

Le mot *actio*, dans cette période, revêt le troisième des sens précédemment indiqués, et désigne un ensemble d'actes symboliques et de paroles solennelles qui conduisent à la réalisation du droit; c'est une forme générale de procédure. Quant à l'expression *legis actiones* elle vient, ou de ce que ces formes de procédure furent pour la plupart consacrées par la loi des Douze Tables ou de ce qu'elles impliquaient des formules légales et solennelles (*Gaius*, IV, 11).

On distingue cinq actions de la loi, *actio sacramenti*, *judicis postulatio*, *condictio*, *manûs-injectio*, *pignoris-capio*.

Les trois premières sont introductives d'instance, et constituent des voies différentes pour arriver à la solution du procès; les deux dernières sont des modes d'exécution forcée sur la personne ou sur les biens. L'*actio sacramenti* et la *manûs-injectio*, plus anciennes que toutes les autres, la *judicis-postulatio* et la *pignoris-capio*, qui viennent ensuite, ont certainement précédé la loi des Douze Tables; la *condictio* lui est postérieure de deux siècles environ.

§ I

Règles communes à toutes les actions de la loi.

On a souvent le tort d'appliquer indistinctement aux trois systèmes de la procédure romaine certains principes caractéristiques, qui n'ont toute leur vérité qu'à l'époque des actions de la loi.

Caractères généraux. — Les différentes actions de la loi présen-

(1) Lorsque le Christianisme devint la religion de l'État, il n'y eut d'abord de jour férié que le dimanche; on y ajouta par la suite diverses fêtes civiles ou religieuses (L. 3; L. 8, C. *De feriis*, 3-12).

tent toutes les quatre caractères suivants : elles sont Quiritaires, sacramentelles, personnelles et extinctives.

1° Les actions de la loi sont éminemment *Quiritaires*. Les citoyens seuls pouvaient y figurer ; de là sans doute une gêne énorme, qui dut s'accroître avec les relations internationales de Rome, et l'on aperçoit dans cet exclusivisme rigoureux une des principales causes de la chute des *legis actiones* (*Gaius*, IV, 37. — Cicéron, *Pro Cæcina*, 35).

2° Elles sont éminemment *sacramentelles*. Le moindre écart des prescriptions légales, la moindre violation du rite consacré pour les gestes ou les mots entraîne la perte du procès.

Gaius nous cite à ce propos le curieux exemple d'un plaideur qui, voulant se plaindre de ce qu'un tiers avait coupé ses vignes, succomba et perdit son procès, pour avoir employé le terme propre *vites*, au lieu de s'être servi du mot générique *arbores* qui était le terme consacré par la loi des Douze Tables (*Gaius*, IV, 11).

3° Elles sont éminemment *personnelles*. En dehors de rares exceptions, nul n'y saurait procéder par représentant, et chacun doit pour son propre compte accomplir les actes symboliques et prononcer les paroles solennelles ; *nemo alieno nomine lege agere potest* (L. 123, D. *De regulis juris*, 50-17).

Pour les périodes suivantes, Gaius dira clairement, au contraire, *agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno* (*Gaius*, IV, 82).

4° Enfin, les actions de la loi sont éminemment *extinctives*. Une fois introduite, et quelle qu'en soit l'issue, l'action se trouve consommée de plein droit, définitivement épuisée, et ne peut plus être recommencée ; *quâ de re semel actum erat, de eâ postea agi non poterat*. Cette maxime ne fut appliquée dans le système formulaire qu'à certaines espèces d'instances, et finit par disparaître en réalité (*Gaius*, IV, 106, 107, 108).

Vocatio in jus. — Il ne faut pas perdre de vue qu'à l'exception de la *pignoris-capio*, les solennités des actions de la loi avaient exclusivement lieu dans l'instance devant le magistrat, *in jure*, et restaient étrangères aux débats devant le juge, *in judicio*. Le premier soin à remplir était donc d'amener le défendeur devant le magistrat.

L'acte préliminaire de toute instance que nous appellerions aujourd'hui *ajournement* ou *assignation*, se nommait *vocatio in jus* et se ressentait de la rudesse des temps. Il n'y avait pas d'huissier ; le demandeur appelait lui-même, en termes consacrés, son adver-

saire à comparaître, et devait au besoin lui fournir une monture ou un chariot, *jumentum aut arceram*. La personne assignée refusait-elle d'aller en justice, le demandeur constatait ce refus à l'aide de témoins, et pouvait ensuite entraîner l'autre partie de vive force, par le collet, *in jus rapere*, *obtorto collo*. Le défendeur n'avait d'autre moyen d'échapper à cette contrainte que de transiger ou de fournir un *vindex*, c'est-à-dire un répondant qui prenait à sa charge le procès et la condamnation possible (*Gaius*, IV, 46. — Cicéron, *De legibus*, II, 4. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 1) (1).

La jurisprudence et le droit prétorien apportèrent de bonne heure, à cette *vocatio in jus* violente, des limitations qui tiraient vraisemblablement leur source de coutumes antiques. Ainsi furent inviolables les citoyens dans leur domicile, les grands magistrats dans la durée de leur magistrature, le pontife dans la célébration du sacrifice, et les époux dans la cérémonie du mariage. Enfin le préteur défendit aux descendants et aux affranchis d'appeler en justice leurs ascendants ou leurs patrons sans une permission préalable qu'il se réservait d'accorder ou de refuser (L. 2; L. 4; L. 18, D. *De in jus vocando*, 2-4).

§ II

Etude spéciale de chaque action de la loi.

Ces grandes lignes une fois tracées, il n'est pas nécessaire d'insister longuement sur le détail de chaque action de la loi.

I. — **Actio sacramenti.** — L'*actio sacramenti* était certainement la plus ancienne, la plus vivace et la plus générale de toutes les actions de la loi; c'est aussi celle qui est la mieux connue. Elle s'applique à tous les droits réels ou de créance et s'emploie dans toutes les affaires pour lesquelles la loi n'a pas créé d'action particulière (*Gaius*, IV, 13).

Sacramentum. — Elle a pour trait distinctif la constitution du *sacramentum*. Ce mot antique désigne une somme que les parties mettent en gageure et parient sur le fondement de leurs allégations respectives; on l'appelait de ce nom parce qu'à l'origine, l'argent ainsi consigné par la partie qui perdait son procès était confisqué pour

(1) Les principales formules dont se servait le demandeur pour ajourner le défendeur nous ont été conservées par les auteurs classiques; elles étaient ainsi conçues : *In jus veni; In jus sequere; In jus eamus; In jus te voco.*

servir aux besoins du culte, *sad acra publica* (Festus, V° *Sacramentum*).

La somme était égale pour chacun des adversaires; la loi des Douze Tables en avait fixé le montant à cinq cents as pour les litiges d'une valeur de mille as et plus, à cinquante as pour les litiges de moindre importance ou relatifs à la liberté. Cet enjeu devait d'abord se déposer à l'avance dans un temple ou dans un autre lieu sacré; plus tard, on admit les plaideurs à le promettre devant le préteur, en fournissant des garants appelés *prædes sacramenti* (*Gaius*. IV, 14).

Tout le procès roulait donc sur ce pari; la décision consistait à dire que le *sacramentum* de l'un ou de l'autre était *justum*, et le vaincu perdait tout ensemble la chose litigieuse et le montant de la gageure, qui profitait au trésor public. Le *sacramentum* était donc, au fond, la peine du plaideur téméraire.

Telle était l'essence de l'*actio sacramenti*. Les actes symboliques à réaliser et les paroles solennelles à prononcer variaient suivant que le droit porté en justice était un droit réel ou un droit personnel.

Application de l'actio sacramenti aux droits réels. — S'agissait-il de revendiquer la propriété quiritaire ou tout autre droit réel, les adversaires, amenés devant le magistrat par la *vocatio in jus*, accomplissaient une lutte simulée, *manuum consertio*. Le demandeur tenant en main la *festuca*, le symbole de la propriété quiritaire, touchait la chose litigieuse et affirmait son droit en ces termes : *hanc ego rem meam esse aio ex jure Quiritium;* le défendeur répétait les mêmes paroles et accomplissait les mêmes actes symboliques (*Gaius*, IV, 16. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 7) (1).

Après la *manuum consertio*, le préteur mettait fin au combat simulé en ordonnant aux deux plaideurs de lâcher tous deux la chose litigieuse : *mittite ambo rem*. Alors le demandeur interrogeait

(1) Si l'objet revendiqué au lieu d'être une chose mobilière était un immeuble ou même un meuble qu'on ne pouvait transporter devant le magistrat, les parties devaient à l'origine faire la *deductio*, c'est-à-dire se transporter sur les lieux pour y accomplir les formalités de la *manuum consertio*. Plus tard, ces formes furent simplifiées; les plaideurs n'allaient plus sur le terrain litigieux. Le demandeur provoquait son adversaire à un transport sur les lieux; le défendeur faisait mine de l'y suivre, mais tout aussitôt le magistrat les rappelait; *redite viam*. La procédure continuait ensuite en présence d'un fragment de la chose litigieuse, motte de terre ou tuile que les parties avaient eu soin d'apporter *in jure* (*Gaius* IV, 17. — Cicéron, *Pro Murena*, 12).

son adversaire sur la cause de sa revendication : *postulo anne dicas quâ ex causâ vindicaveris ;* le défendeur répondait simplement qu'il avait satisfait aux formalités légales. Venait ensuite la double provocation au *sacramentum ;* l'un des plaideurs disait à l'autre : *quando tu injuria vindicavisti, sacramento te provoco.* En ce moment on passait à la constitution du *sacramentum,* et le magistrat attribuait la possession intérimaire à l'une des parties. Mais cet avantage n'était accordé qu'à la charge de fournir des répondants qui garantissaient la restitution éventuelle de la chose et des fruits, *prædes litis et vindiciarum, id est rei et fructuum.* Le magistrat, ordinairement maître de trancher à son gré cette question provisoire, devait par exception, au cas où l'on revendiquait *in servitutem* une personne libre de fait, fixer la possession dans le sens de la liberté ; c'est pour avoir enfreint cette règle au détriment de Virginie qu'Appius Claudius occasionna la chute des décemvirs (*Gaius,* IV, 16. — *Tite-Live,* III, 44-47. — L. 2, § 24, D. *De origine juris,* 1-2).

Application de l'actio sacramenti aux droits de créance. — S'agissait-il d'une action de créance, d'une poursuite d'obligation ; dans cette bypothèse, bien moins connue que la précédente, il n'y avait sans doute ni lutte simulée, ni *vindicatio* réciproque, ni possession intérimaire ; les rôles étaient distincts, et l'on reconnaissait dès le principe un demandeur et un défendeur. Il est probable qu'avant la constitution du *sacramentum,* les parties s'interpellaient tour à tour sur la dette affirmée par l'une et niée par l'autre. Le demandeur affirmait probablement la dette en ces termes : *aio te mihi dare oportere ;* le défendeur de son côté devait dire : *nego me tibi dare oportere ;* mais on ne peut ici former que des conjectures (*Gaius* IV, 15).

Procédure in judicio. — Dans tous les cas, en matière réelle ou personnelle, la *datio judicis* venait après la consommation du rite et après la constitution du *sacramentum.* Peut-être, à l'origine, le juge fut-il nécessairement le tribunal des décemvirs, *decemviri litibus judicandis* (qu'il ne faut pas confondre avec les célèbres auteurs des Douze Tables, *decenviri legibus condendis*), et dans la suite le tribunal des centumvirs.

Mais au plus tard depuis une loi *Pinaria,* de date incertaine, et tout au moins dans les actions personnelles, le magistrat donnait aux plaideurs, sur leur demande, un juge privé, *judex,* après un délai de trente jours qui leur servait à préparer la cause. La *datio*

judicis nécessitait donc une comparution nouvelle devant le préteur; on l'assurait de part et d'autre par des cautions, *vades*, d'où vient pour cette garantie le nom de *vadimonium* (*Gaius*, IV, 15) (1).

Au jour fixé, les parties retournaient devant le magistrat, qui nommait le *judex*, en précisant de vive voix les points ligitieux que devait trancher la sentence; elles invoquaient le témoignage des assistants, pour établir plus tard devant le juge les paroles consacrées à sa mission par le préteur. De là le nom de *litis contestatio* donné à ce dernier acte de la procédure *in jure*.

Les adversaires s'ajournaient immédiatement à comparaître *in judicio* dès le troisième jour (*in diem tertium sive perendinum*); c'était la *comperendinatio*. Devant le juge, ils présentent un exposé sommaire de la cause, en quelque sorte des conclusions, *causæ collectio* ou *conjectio*. Puis venaient les preuves, les plaidoiries et la sentence. Le juge se prononçait en faveur de tel ou tel plaideur en déclarant que son *sacramentum* était *justum* tandis que celui de l'autre plaideur était *injustum*. Celui dont le *sacramentum* était déclaré *justum* reprenait sa consignation et gagnait son procès; l'autre perdait à la fois et son *sacramentum* et son procès. Quant à la condamnation, elle portait sur la chose elle-même dans les actions réelles; mais dans les actions personnelles, elle était toujours pécuniaire (*Gaius*, IV, 21, 48. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 1. — Cicéron, *De oratore*, I, 10).

II. — **Judicis postulatio.** — La *judicis postulatio* est antérieure à la loi des Douze Tables; mais ce qu'en disait Gaius ne nous est point parvenu, et les renseignements font défaut.

Elle fut introduite, soit pour épargner aux parties la nécessité de risquer et la chance de perdre le *sacramentum*, soit pour enlever à la sphère de l'*actio sacramenti* des affaires qui s'y pliaient difficilement. En effet, puisque le juge se bornait à déclarer le *sacramentum justum* ou *injustum* demandeur le, était contraint à

(1) Ceci n'est vrai que depuis la loi Pinaria qui est de 280 ou de 322 de Rome. Mais on ne sait pas exactement comment les choses se passaient avant cette loi; la difficulté vient de ce que dans le texte de Gaius (IV, 15), il y a un mot dont la dernière lettre seule est lisible; ce texte porte en effet : *ante eam legem... m dabatur judex*. Certains auteurs comblent la lacune par le mot *nondum* et pensent dès lors qu'avant la loi Pinaria, le magistrat jugeait lui-même sans nommer de *judex*. D'autres interprètes, dont l'opinion paraît plus vraisemblable lisent le mot *statim;* ils en concluent qu'avant cette loi le magistrat nommait mmédiatement le juge, dès que la procédure du *sacramentum* était terminée.

déterminer lui-même avec précision l'objet de sa demande, et il obtenait tout ou rien. Il est clair que cette méthode offrait de grands périls dans toute cause où devaient se faire des calculs, des règlements de compte, une balance d'obligations réciproques. On y remédia par la *judicis postulatio*.

Cette action de la loi n'embrassa que des cas spécialement et limitativement retranchés du domaine général de l'*actio sacramenti*. Ce furent, entre autres, les actions *finium regundorum*, *familiæ erciscundæ*, et les litiges qui formèrent plus tard les *judicia bonæ fidei*, tels que les affaires de tutelle, de vente, de louage, etc. Il y faut joindre sans doute, même parmi les *judicia* qui furent ensuite *stricti juris*, toutes les obligations pécuniairement indéterminées, comme celles portant sur un *facere* ou sur un *præstare* (Cicéron, *De officiis*, III, 10, 17. — *Gaius*, IV, 13).

L'essence de la *judicis postulatio* consistait vraisemblablement dans la désignation d'un juge privé par le magistrat, sans accord préalable des plaideurs; on ne faisait point de pari. Le formulaire nous en est inconnu; nous ne connaissons que la teneur de la formule dans laquelle la demande du juge devait être faite, elle nous a été transmise par Valerius Probus : *judicem arbitrumve postulo uti des*. Il est probable que ces paroles étaient d'abord prononcées par le demandeur *in jure* puis répétées par le défendeur (Valerius Probus. *De juris not. sign.*)

III. — **Condictio.** — Dans l'opinion la plus accréditée, la *condictio* ne fut que le développement d'un système toujours en lutte contre l'ancienne et gênante *actio sacramenti*. Pour en finir avec le *sacramentum* en matière personnelle, il suffisait de lui enlever ce que lui avait laissé la *judicis postulatio*, c'est-à-dire les dettes d'objet déterminé.

Ce fut l'œuvre des lois Silia et Calpurnia, qu'on place par conjecture, la première en 510, la seconde en 520 de Rome. La loi Silia organisa la *condictio* pour les obligations de *dare certam pecuniam*; on entend par *certa pecunia* la somme fixe et due en vertu d'une cause unilatérale, comme le *mutuum*, la stipulation, l'*expensilatio*, le legs. La loi Calpurnia étendit la même procédure aux obligations de *dare* toute autre *certa res*, par exemple, un esclave individuellement déterminé (*Gaius*, IV, 19, 20).

La *condictio* tire son nom d'une *denuntiatio* ou sommation que le demandenr adresse au défendeur pour l'inviter à se présenter

devant le magistrat, au bout de trente jours, à l'effet de recevoir un juge. Il est probable, bien que le contraire ait été soutenu, que cette sommation avait lieu *in jure*.

Il est probable également que le défaut de comparution, à la date indiquée, faisait considérer le défendeur comme *judicatus* ou *confessus*. Le rite et les formules de cette manière d'agir sont d'ailleurs complètement ignorés. On pense que le juge était un *arbiter* dans la *judicis postulatio*, un *judex* proprement dit dans la *condictio ;* or le *judex* n'avait pas la même liberté d'appréciation que l'*arbiter* (Festus, v° *Condicere.* — *Gaius*, IV, 18).

En résumé, dans le sixième siècle de Rome, l'*actio sacramenti,* écartée de la sphère des obligations que se partagent les deux autres procédures introductives d'instance, reste applicable aux questions d'état, de successions et de propriété quiritaire ou de droits réels. Elle paraît être de la compétence du tribunal des Centumvirs (*Gaius*, IV, 31, 95).

IV. — **Manûs-injectio.** — La *manûs-injectio* n'est pas une procédure introductive d'instance comme les trois actions de la loi dont il vient d'être parlé ; c'est, à proprement parler, une voie d'exécution sur la personne du débiteur.

Dans le premier système de procédure, au témoignage formel de Gaius, la sentence de condamnation porte directement sur la chose réclamée. Si donc il s'agit d'un droit réel, le demandeur triomphant se mettra de gré ou de force en possession de l'objet qui en est frappé (*Gaius*, IV, 48).

Mais le droit reconnu peut être un droit de créance ; quelles voies sont alors ouvertes au créancier contre le condamné qui ne s'exécute pas ? La loi romaine admit dès l'origine l'exécution personnelle, sous la forme de la *manûs-injectio.* On en distinguait trois applications diverses : la *manûs-injectio judicati*, *pro judicato* et *pura*.

1° *Manûs-injectio judicati.* — La *manûs-injectio judicati* se donne contre le condamné, *judicatus*, qui n'exécute pas la condamnation dans les trente jours qui suivent la sentence ; ce délai expiré, il est amené devant le magistrat par son adversaire, qui l'appréhende au corps après avoir invoqué en termes solennels le jugement obtenu (*Gaius*, IV, 21).

Le défendeur n'échappe à cette mainmise, *manum sibi depellere,* qu'en donnant un répondant solvable, *vindex,* qui le libère et prend sa cause. S'il n'offre ou ne trouve un tel représentant, il est, par dé-

claration du préteur, sans renvoi devant un juge, attribué au créancier, *addictus*, *adjudicatus ;* le créancier l'emmène et le tient prisonnier chez lui, *in carcere privato*. En droit, l'effet de l'*addictio* n'est pas de le rendre immédiatement esclave, ni même de le mettre *in mancipio ;* ni ses enfants ni ses biens ne passent dans le domaine du créancier, puisque les Douze Tables lui permettent encore de vivre à ses frais, *si volet, suo vivito*. Mais il est traité comme un esclave de fait ; il est simplement *in servitute*. La loi des décemvirs fixe au maximum de quinze livres le poids des fers qui peuvent le charger et s'il ne pourvoit lui-même à sa subsistance, le créancier lui doit une livre de froment par jour, avec la paille pour le coucher (*Gaius*, III, 189).

Cette situation durait soixante jours. Dans l'intervalle, le créancier était tenu de conduire l'*addictus*, de neuvaine en neuvaine, aux trois derniers jours de marché de la période (*nundinæ*) sur la place publique (*in comitium*), devant le magistrat en faisant proclamer à haute voix le montant de la condamnation ; c'était un suprême appel aux personnes qui lui portaient intérêt. Après ces deux mois, si l'*addictus* n'avait pas transigé ou trouvé un *vindex*, il éprouvait une *maxima capitis deminutio* définitive et devenait l'esclave du créancier qui sans doute, malgré le silence des textes, lui succédait à titre universel. Seulement, la loi ne voulant pas conserver dans la cité ce citoyen déchu ordonnait de le vendre *trans Tiberim* ou de le mettre à mort. Quand il y avait plusieurs créanciers, elle les autorisait à se partager le cadavre ; mais, s'il faut en croire Aulu-Gelle, l'histoire romaine n'offre aucun exemple d'une telle barbarie (1). Le droit du créancier ne survivait pas à ces mesures (Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 39-53. — *Gaius*, IV, 21).

2° *Manûs-injectio pro judicato*. — La *manûs-injectio pro judicato*, pareille dans ses effets à la précédente, s'appliquait en l'absence d'une condamnation, notamment au *confessus æris* ou défendeur qui avait fait *in jure* l'aveu d'une dette d'argent, au débiteur engagé *per nexum*, à l'*indefensus* ou débiteur qui ne comparaissait pas, dans l'*actio per condictionem*, pour la *datio judicis*.

(1) On a nié que le créancier eût le droit de tuer son débiteur *addictus* et on a prétendu que la formule employée par la loi des Douze Tables : *partes secanto* n'était qu'une figure se référant au partage des biens. Une telle interprétation est inadmissible en présence des explications que nous donne Aulu-Gelle (Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 1).

Elle résultait aussi de la loi Publilia contre le *reus* qui ne remboursait pas dans les six mois au *sponsor* les sommes par lui payées à sa décharge, et de la loi Furia *De sponsu* contre le créancier qui avait exigé d'un *sponsor* au delà de sa part virile (*Gaius*, IV, 22. — *Suprà*, p. 330).

3° *Manûs-injectio pura*. — La *manûs-injectio pura* était moins rigoureuse et laissait au débiteur la faculté de se défendre lui-même, sans l'intervention d'un *vindex*. Entre autres exemples, la loi Furia *testamentaria* l'accordait contre le légataire qui avait accepté un legs de plus de mille as. La loi *Marcia* l'accordait également contre les *fæneratores* qui avaient touché des intérêts usuraires (*Gaius*, IV, 23. — *Suprà*, p. 650).

Une loi postérieure, probablement la *lex Valeria*, fit rentrer dans la *manûs-injectio pura* tous les cas de la *manûs-injectio pro judicato*, si ce n'est l'hypothèse du *sponsor* qui avait payé pour le *reus* (*Gaius*, IV, 25).

Les textes des historiens classiques amènent à penser que l'usage ou la loi dispensa le créancier de l'alternative de vendre ou de tuer le débiteur soixante jours après l'*addictio;* on lui permit de le garder dans un *quasi mancipium*, à la condition de l'affranchir une fois racheté par son travail (*Tite-Live*, VIII, 28).

On verra plus tard la contrainte par corps devenir publique, de privée qu'elle était au temps des actions de la loi.

V. — **Pignoris-capio.** — L'ancien droit romain connut aussi une voie d'exécution sur les biens, *pignoris-capio;* mais elle était exceptionnelle et tout à fait inapplicable aux créances particulières.

Elle n'avait lieu qu'en certaines matières de droit public ou sacré, limitativement déterminées, par la coutume ou par une loi spéciale. Le demandeur victorieux était autorisé à saisir lui-même, comme gage, des biens du débiteur qui ne les libérait qu'en payant (*Gaius*, IV, 26, 27, 28) (1).

La *pignoris-capio* différait d'ailleurs des autres actions de la loi à

(1) Ainsi la coutume admettait la *pignoris capio* en faveur des militaires contre les débiteurs de l'*æs militare*, de l'*æs equestre* et de l'*æs hordearium*. La loi des Douze Tables l'avait introduite contre l'acheteur d'une victime (*hostia*) qui n'en payait pas le prix et contre le locataire d'une bête de somme (*jumentum*), lorsque la *merces* devait être affectée à un sacrifice. Enfin, une loi Censoria l'accordait également aux Publicains ou fermiers d'impôts contre les particuliers qui n'acquittaient pas les contributions dont ils étaient tenus (*Gaius*, IV, 26, 27 28. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, VII, 10).

plusieurs points de vue ; d'abord elle ne se faisait pas devant le magistrat ; ensuite, elle n'exigeait pas que le débiteur fût présent; enfin, elle pouvait s'accomplir même un *dies nefastus;* aussi des jurisconsultes refusaient-ils d'y voir une *legis actio*. Mais l'avis contraire prévalut, à raison des paroles solennelles qu'elle nécessitait (*Gaius*, IV, 29).

CHAPITRE V

SYSTÈME FORMULAIRE.

Les complications rigoureuses et les formalités gênantes des actions de la loi devaient fatalement en entraîner la ruine ; *sed istæ omnes legis actiones*, nous dit Gaius, *paulatim in odium venerunt* (*Gaius*, IV, 30).

Une loi *Ælutia*, qu'on place à la fin du sixième siècle de Rome, en l'année 577 ou 583, et les deux lois *Juliæ judiciariæ*, rendues probablement au temps d'Auguste, achevèrent l'œuvre des mœurs en renversant les derniers vestiges de l'antique procédure, pour y substituer un système plus simple et plus approprié aux besoins de la pratique. Seule, l'*actio sacramenti* conserva deux applications : 1° pour les affaires de la compétence des centumvirs ; 2° au cas de *damnum infectum;* mais Gaius constate lui-même, qu'on recourait de préférence à la stipulation prétorienne (*Gaius*, IV, 30, 31).

Le système formulaire domina la procédure durant tout le bel âge de la jurisprudence, depuis Cicéron jusqu'à Dioclétien.

§ I

Origine et caractères distinctifs du système formulaire.

Origine du système formulaire. — L'origine de ce système a soulevé parmi les commentateurs de grandes controverses et de nombreuses difficultés. La conjecture la plus vraisemblable le rattache à l'institution du *prætor peregrinus*. Vers l'an 507 de Rome, les rapports fréquents des citoyens avec les pérégrins nécessitèrent la création d'une juridiction nouvelle ; car on ne pouvait ouvrir la procédure éminemment quiritaire des *legis actiones* aux étrangers, qui avaient en conséquence l'obligation stricte et la faculté

spéciale, mais gênante, de s'y faire représenter par un citoyen (*Gaius*, IV, 31).

Le préteur pérégrin imagine des formes plus simples. Il nomme pour juges des *recuperatores*, au nombre de cinq ou de trois, investis ou non de la cité romaine. Ensuite, par une instruction écrite, *formula*, qui n'a rien de solennel, il les charge de vérifier si tels faits ont eu lieu, ainsi que les parties l'affirment ; enfin, il leur donne le pouvoir de condamner ou d'absoudre, suivant la solution. Mais, comme nous sommes ici en dehors de la loi civile, cette condamnation ne pourra consister, ni dans la reconnaissance ou l'attribution d'aucun droit réel *ex jure Quiritium*, ni dans l'exécution directe d'aucune obligation ; elle aura toujours et nécessairement pour objet une somme d'argent.

Les citoyens eux-mêmes durent sentir l'application et comprendre les avantages de cette méthode, dans leurs procès avec les pérégrins. Dès lors, sous la pression de besoins de jour en jour plus manifestes, les préteurs songèrent à l'extension du nouveau système, et le développèrent sous le voile d'une imitation plus ou moins correcte de l'antique procédé.

On constate aisément deux principales traces des efforts qui furent tentés pour relier la procédure formulaire à la procédure primitive. Ce sont d'abord les *formulæ fictitiæ;* ce sont ensuite les *sponsiones*.

Formulæ fictitiæ. — Les *formulæ fictitiæ* sont des formules rédigées par fiction d'une action de la loi, *quæ ad legis actionem exprimuntur*. Le magistrat y supposait le rite accompli, et chargeait par écrit le juge de condamner, le cas échéant, comme il l'eût fait dans l'action de la loi. Ainsi dans la formule donnée aux Publicains à l'image de la *pignoris capio*, on voit que le contribuable était condamné à payer la même somme que s'il y avait eu réellement *pignoris-capio*. Cet exemple est le seul que Gaius nous ait conservé ; néanmoins, il est certain que toutes les actions de la loi, à l'exception de la *condictio*, avaient été imitées de la même manière (*Gaius*, IV, 10, 32, 33) (1).

(1) Ces *formulæ fictitiæ* ne doivent pas se confondre avec les actions fictices d'origine prétorienne et dont il sera parlé plus loin. Dans les actions fictices proprement dites, on suppose un fait ou une qualité qui n'existe réellement pas ; mais ces suppositions n'ont rien de commun avec les actions de la loi, ce sont, pour employer le langage de Gaius, des fictions d'un autre genre, *alterius generis fictiones* (*Gaius*, IV, 34).

Sponsiones. — Les *sponsiones*, dont l'usage persista dans la revendication et les poursuites de droits réels, sont également une dérivation de l'ancienne procédure des actions de la loi. La *sponsio*, copie du *sacramentum*, est un simple engagement pris *in jure* par les parties entre elles. Sur cette gageure est construite une formule; le juge n'a plus qu'à rechercher quelle est la *sponsio justa*, et décide par là même le procès (*Gaius*, IV, 91).

La *sponsio* est tantôt d'une fraction de la valeur litigieuse, comme du tiers, du quart, tantôt abandonnée à la volonté des plaideurs. Dans les actions personnelles, elle est généralement bilatérale et *pœnalis*, en ce sens que la somme pariée par le perdant est acquise, non au trésor public, mais au gagnant. Dans les actions réelles, elle est unilatérale et *præjudicialis*, en ce sens qu'elle sert uniquement à l'engagement de l'instance, et que le vainqueur n'a pas droit au montant de la gageure (*Gaius*, IV, 13, 93, 94, 171).

Mais ce ne furent là que des expédients destinés à faciliter la transition entre les deux systèmes de procédure et l'on ne tarda pas à rédiger directement les formules. Seulement, du jour où les *formulæ* s'introduisent dans les procès entre citoyens, elles ne contiennent plus de toute nécessité des questions de fait, et peuvent contenir des questions de droit; elles ne sont plus toujours *conceptæ in factum*, et peuvent être *in jus conceptæ* (*Gaius*, IV, 45; 46).

Caractères distinctifs du système formulaire. — Le système formulaire, tel qu'il apparaît en lui-même, se distingue d'abord des *legis actiones* par un caractère négatif; il ne comporte plus d'actes symboliques ni de paroles sacramentelles (*Gaius*, IV, 30).

Au point de vue positif, il a pour signe propre la rédaction régulière d'un écrit ou formule, *formula*, qui sert de base à toute la procédure. Il présente également ce caractère particulier que la condamnation prononcée contre le plaideur qui succombe est nécessairement une condamnation pécuniaire (*Gaius*, IV, 48) (1).

Enfin sous le système formulaire, comme sous le précédent, l'instance se divise encore en deux phases distinctes : l'une qui se passe *in jure* devant le magistrat et l'autre qui se déroule *in judicio* devant le juge (L. 51, D. *De oblig. et act.*, 44-7).

(1) Il est à remarquer que cette particularité dérive probablement de l'origine que nous avons assignée aux *formulæ*.

§ II

Procédure in jure sous le système formulaire.

La procédure *in jure* s'ouvre d'abord par la *vocatio* in *jus* qui doit amener les plaideurs devant le magistrat.

Vocatio in jus. — L'ajournement ou *vocatio in jus* présente sous ce système une organisation moins primitive et plus régulière qu'à l'époque des actions de la loi. Elle est encore, en principe du moins, l'œuvre du demandeur lui-même, mais la résistance du défendeur au lieu d'autoriser l'emploi de la violence, lui fait simplement encourir une amende, *mulcta*, poursuivie contre lui par une action prétorienne *in factum* (L. 2, § 1, D. *Si quis in jus voc.*, 2-5. — *Gaius*, IV, 46).

La personne citée est libre d'échapper à l'obligation de suivre immédiatement son adversaire, en fournissant un *vindex*, qui comparaisse à sa place; le défendeur peut même se contenter de donner la *cautio in jure sistendi*, c'est-à-dire promettre de comparaître à jour fixe en offrant un fidéjusseur suffisamment solvable (L. 22, § 1, D. *De in jus voc.*, 2-4; L. 1, D. *Si quis in jus voc.*, 2-5).

On retrouve encore dans cette période les immunités accordées dans le système des *Legis actiones*, notamment aux magistrats en fonctions, aux ascendants, aux patrons, etc. (*Suprà*, p. 742).

Vers la fin du système formulaire, apparaît un autre procédé de citation probablement consacré par l'empereur Marc-Aurèle et qui s'appelle la *litis denuntiatio*. Il consiste en une notification adressée par le demandeur au défendeur et contenant la fixation d'un jour pour comparaître devant le magistrat ainsi que l'indication sommaire de l'objet de la demande (L. 7. D. *De inoff. test.*, 5-2; L. 26, § 6, 11, D. *De hered. pet.*, 5-3).

Contumace. — Si le défendeur régulièrement cité ne comparaît pas ou s'il se cache pour que la *vocatio in jus* ne puisse l'atteindre, *non defendatur et latitet*, le magistrat envoie le demandeur en possession de ses biens, après des formalités préalables. Cette *missio in possessionem* aboutit ordinairement à la vente des choses saisies, et la vente se fait à l'expiration d'un délai qui nous est inconnu. D'ailleurs, ces mesures coercitives supposent la preuve du droit de la partie qui poursuit (L. 19, D. *De in jus vocando*, 2-4; L. 7, § 1. D. *Quibus ex causis in poss.*, 42-4).

Actionis editio. — Lorsque les parties sont présentes *in jure*, le

demandeur doit exposer sa prétention et indiquer quelle est l'action qu'il veut intenter, *edit actionem*. *L'editio actionis* a pour but d'éclairer le défendeur ; ainsi averti, il aura à voir s'il doit continuer le procès ou s'il vaut mieux pour lui déférer à la demande de son adversaire. Le demandeur doit en même temps produire les titres, *instrumenta*, dont il veut faire usage (L. 1, pr. § 2, D. *De edendo*, 2-13).

Après, vient la *postulatio actionis ;* le demandeur sollicite du magistrat la délivrance de telle formule qu'il indique ; il peut même désirer qu'on lui en délivre deux se réservant plus tard de choisir celle qu'il voudra employer (L. 1, § 4, D. *Quod legatorum*, 43-3).

Il peut se faire que le magistrat n'ait pas le temps d'expédier l'affaire le même jour, ou que la nécessité de produire des pièces, de fournir des preuves, etc., empêche la procédure *in jure* de se clore le jour de son ouverture. Il est également possible que le défendeur réclame le temps de la réflexion ; alors le préteur renvoie les parties en faisant prendre au défendeur l'engagement de se représenter devant lui à jour fixe. Cette promesse ou *vadimonium* se fait tantôt *cum satisdatione*, tantôt *sine satisdatione*, tantôt enfin *cum jurejurando ;* elle ne doit pas ordinairement dépasser la moitié du montant de la demande (*Gaius*, IV, 184, 185, 186).

Délivrance de la formule. — Au jour de la première ou de la seconde comparution, suivant les hypothèses, le magistrat délivre la formule. Il en arrête la rédaction et en fixe les différentes parties sur les indications de chaque plaideur.

D'ailleurs, une remarque importante à faire, c'est que le magistrat n'est pas obligé de délivrer la formule ; il peut la refuser, *denegare actionem*, et il jouit à cet égard d'un pouvoir presque absolu. Les préteurs eurent dans cette faculté leur arme la plus puissante ponr battre en brèche l'ancienne législation et leur meilleur instrument pour édifier la nouvelle (L. 102, § 1, D. *De regulis juris*, 50-17).

La délivrance de la formule met fin à la procédure *in jure ;* l'instance est alors organisée et la *litis contestatio* se produit ; on en verra bientôt les effets importants.

Incidents de procédure. — La marche ordinaire de la procédure, telle qu'elle vient d'être décrite, se trouve souvent modifiée et compliquée par divers incidents dont les uns arrêtent et terminent le procès, et dont les autres apportent seulement des retards à l'affaire. Le

principaux incidents de procédure qui peuvent se produire *in jure* sont : les *interrogationes*, la *confessio* et le *jusjurandum*.

Les *interrogationes in jure* sont des questions faites à l'une des parties, soit par l'autre plaideur, soit par le magistrat lui-même et qui sont destinées ou à préciser les qualités des personnes en cause, ou à obtenir certains renseignements nécessaires à la rédaction de la formule (L. 1, D. *De interrog. in jure*, 11-1).

La *confessio in jure* est la déclaration par laquelle le défendeur reconnaît l'exactitude et le fondement des prétentions de son adversaire; elle a pour effet de mettre fin aux débats et de terminer l'instance : *confessus in jure pro judicato habêtur* (L. 1, D. *De confessis*, 42-2).

Quant au *jusjurandum in jure* sur laquel nous aurons à revenir, c'est le serment déféré par l'une des parties à l'autre pour en faire dépendre la solution du procès. Le plaideur à qui le serment a été déféré doit en principe le prêter ou le référer; s'il le prête, il gagne son procès ; s'il le refuse, il le perd (L. 34, § 6, 7, D. *De jurejurando*, 12-2).

§ III

De la formule et de ses parties.

La formule est une instruction par écrit, émanée du magistrat *in jure*, et qui pose au juge les questions de droit et de fait qu'il devra résoudre *in judicio*.

Elle sert de lien entre les deux phases du procès, qu'elle organise; elle doit être conçue en termes solennels, *concepta verba* (*Gaius*, IV, 30).

Avant tout, elle contient la *datio judicis* ou désignation du juge à qui elle s'adresse ; *Seius judex esto*. C'est par cette mention qu'elle s'ouvre.

On distingue d'ailleurs dans la formule des parties principales et des parties accidentelles; Gaius appelle les premières *partes* et les secondes, *adjectiones* (*Gaius*, IV, 39, 127).

Partes. — Les parties principales de la formule sont celles qui se rencontrent nécessairement, sinon dans une action quelconque, au moins dans certaines classes d'actions ; ce sont les quatre suivantes : *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio*, *adjudicatio* (*Gaius*, IV, 39).

1° *Demonstratio*. — La *demonstratio* est l'exposé des faits de la

cause, l'indication de la source du droit réclamé, par exemple: *quòd Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit* (1), ou encore : *quòd Aulus Agerius apud Numerium Negidium hominem deposuit* (*Gaius*, IV, 40) (2).

2° *Intentio*. — L'*intentio* est la partie de la formule dans laquelle le demandeur pose ses conclusions, *concludit desiderium suum;* elle détermine l'objet de la demande et indique le droit réel ou de créance dont le demandeur se prétend titulaire (*Gaius*, IV, 14).

L'*intentio* est conçue *in rem* lorsque l'action tend à la poursuite d'un droit réel parce qu'alors le nom du défendeur n'y figure pas : *Si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse.* Elle est au contraire redigée *in personam* lorsque l'action tend à la réclamation d'une créance : *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem millia dare oportere.*

Elle peut encore être *certa* ou *incerta ; certa* lorsqu'elle détermine absolument l'objet et l'étendue de la demande ; *incerta*, dans toute autre hypothèse, elle porte alors la mention : *Quidquid paret*, etc. Enfin l'*intentio* peut être *concepta in jus* ou *concepta in factum;* c'est de là que dérive la célèbre division des actions en action *in jus* et en action *in factum* (*Gaius*, IV, 45, 46).

3° *Condemnatio*. — La *condemnatio* est la partie de la formule qui donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre (*Gaius*, IV, 43).

Les pouvoirs dont elle investit le *judex* sont très variables; car elle apparaît sous trois formes principales. *Certa*, elle met le juge dans l'alternative d'absoudre ou de condamner à une somme fixe; *judex Numerium Negidium, Aulo Agerio sestertium decem millia condemna, si non paret absolve. Infinita*, elle n'impose aucune limite à la sentence ; *quanti ea res erit tantam pecuniam judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve. Cum taxatione*, elle ne détermine aucun chiffre précis et marque seulement un *maximum ; judex, Numerium Negidium, Aulo Agerio duntaxat decem millia sestertium condemna, si non paret absolve.* Le juge doit se conformer à la *condemnatio*, sous peine de *litem suam*

(1) La *demonstratio* ne contient pas toujours la dénomination *technique* du *negotium juris* qui a donné lieu au procès ; il peut arriver, comme dans l'action *præscriptis verbis*, qu'elle contienne un exposé de fait. On dit alors que la *demonstratio* est *in factum*.

(2) La qualification de *Numerius Negidius* se réfère au défendeur (*negator*), celle d'*Aulus Agerius* vise le demandeur (*actor*).

facere, comme on l'a vu au titre des quasi-délits (*Gaius*, IV, 50, 51).

En principe, il n'y a de condamnation possible qu'envers le défendeur.

4° *Adjudicatio*. — L'*adjudicatio* communique au juge la faculté d'attribuer, soit à l'un ou à l'autre, soit aux deux plaideurs, une propriété ou des droits réels non préexistants : *quantùm adjudicari oportet, judex adjudicato* (*Gaius*, IV, 42. — *Suprà*, p. 162).

Toute formule ne contient pas nécessairement ces quatre parties. La seule tout à fait essentielle est l'*intentio*, parce qu'on ne conçoit pas de poursuite judiciaire sans une demande adressée à la justice ; aussi existe-t-elle toujours, et l'on étudiera même plus tard une classe d'actions, appelées préjudicielles, *præjudicia*, dont la formule se compose uniquement de cette partie. Hormis ce cas assez rare, l'*intentio* s'accompagne au moins de la *condemnatio*, qui en est la sanction pratique et nécessaire.

Quant à la *demonstratio*, elle manque dans les actions personnelles *in factum ;* elle fait aussi défaut dans les actions réelles, ou plutôt elle s'y confond avec l'*intentio*. Car dans l'action *in factum*, la question de droit posée au juge se dissimule pour ainsi dire sous une simple question de fait, d'où le magistrat tire des conséquences étrangères à la loi civile ; l'obligation qu'il lui plaît d'y rattacher s'identifie et s'incorpore en quelque sorte avec le fait générateur. Dans l'action réelle, le demandeur se prétend investi d'une propriété ou d'une servitude, et la prouvera par tous les moyens possibles, sans en limiter la source à tel ou tel événement, *omnes causæ unâ petitione adprehenduntur* (L. 14, § 2, D. *De except. rei jud.*, 44-2. — L. 159, D. *De regulis juris*, 50-17) (1).

Enfin l'*adjudicatio*, qui précède d'ailleurs la *condemnatio*, ne se présente que dans les trois actions divisoires : *finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo ;* elles sont donc les seules dont la formule ait quatre parties (*Gaius*, IV, 42, 44. — *Inst.* L. IV, t. XVII, *De off. judicis*, § 6).

Adjectiones. — Les parties accidentelles de la formule sont celles qui ne se rencontrent nécessairement dans aucune action,

(1) Le demandeur pourrait agir *expressa causa*, c'est-à-dire qu'il pourrait déterminer dans la formule, à l'aide d'une *præscriptio*, quels sont les faits juridiques sur lesquels il prétend baser son droit de propriété ou son droit réel (L. 11, § 2, D. *De except. rei jud.*, 44-2).

mais qui peuvent se rencontrer dans toutes. On les trouve en tête ou dans le corps de la formule; elles se divisent en *præscriptiones* et *exceptiones*.

I. — *Præscriptiones*. — Les *adjectiones* inscrites en tête de la *formula* s'appelaient pour ce motif *præscriptiones* ou *præjudicia*; elles intervenaient dans l'intérêt du demandeur ou du défendeur.

1° La *præscriptio* dans l'intérêt du demandeur, *ex parte actoris*, a pour objet d'apporter des restrictions à la demande; c'est une réserve de droits ultérieurs, fondés sur les faits qui justifient la poursuite actuelle, mais qu'on n'y veut pas comprendre.

On en a déjà vu deux exemples, *ea res agatur cujus rei dies fuit* dans la stipulation de rente viagère, *ea res agatur de fundo mancipando* dans la vente. On verra un troisième cas sur la théorie de l'*exceptio rei judicatæ*; le titulaire d'une action réelle qui veut se réserver le droit d'intenter à nouveau son action doit déterminer les causes d'acquisition sur lesquelles il se fonde et agir *expressa causa* (*Gaius*, IV, 131. — L. 11, § 2, D. *De except. rei jud.*, 44-2. — *Inst.* L. III, t. XV, *De verb. oblig.*, § 3. — *Suprà*, p. 294, 385).

2° La *præscriptio* dans l'intérêt du défendeur, *ex parte rei*, est une fin de non-recevoir que le juge doit examiner avant tout débat sur le fond.

Ainsi, le déclinatoire d'incompétence reçoit dans les textes le nom de *præscriptio fori*. De même, lorsqu'une action prétorienne est intentée après un an, ou que le possesseur de bonne foi d'un fonds provincial est poursuivi en revendication après dix ou vingt ans, le défendeur oppose la *præscriptio temporis*, ou *longi temporis*. Cette dernière, malgré l'abolition du système formulaire et sa propre transformation, s'est perpétuée à travers les siècles sous le même titre de prescription (*Gaius*, IV, 133).

II. — *Exceptiones*. — L'*exceptio*, dont on distinguera plus loin les diverses espèces, est une défense indirecte, qui paralyse en fait une action fondée en droit. A la différence de la *defensio* proprement dite ou directe, elle ne contredit pas la prétention du demandeur; au contraire, elle la suppose établie et prouvée. Seulement elle lui oppose un événement extrinsèque, ordinairement une raison d'équité, quelquefois même une loi qui doit en empêcher l'effet.

Par exemple un débiteur, convaincu de sa dette et valablement poursuivi, invoque une exception tirée du dol de son créancier, ou d'un pacte *de non petendo*, ou de la loi Cincia dont il a dépassé

le taux en s'obligeant, etc. L'*exceptio* est donc une clause accessoire, le plus souvent d'origine prétorienne, qui subordonne la condamnation du défendeur, une fois justifiée l'*intentio* du demandeur, à l'inexistence de telle ou de telle circonstance donnée. Elle prend place dans la formule, ordinairement à la fin de l'*intentio*, quelquefois dans la *condemnatio* (L. 2, D. *De exceptionibus*, 44-1).

Le demandeur combat l'exception, d'abord par une défense directe ou négation, ensuite, dès qu'elle est établie, par une exception inverse qui s'appelle *replicatio*. C'est ainsi qu'à l'exception du *pactum de non petendo*, il opposera, le cas échéant, une *replicatio* tirée d'un pacte postérieur qui lui a rendu le droit d'agir, etc. A la *replicatio* elle-même peuvent s'ajouter une *duplicatio* du défendeur, une *triplicatio* du demandeur, etc. (*Inst.* L. IV, t. XIV, *De replicationibus*, pr. § 1, 2).

L'exception victorieuse aboutit à l'absolution de la partie poursuivie, et fait en principe obstacle pour l'avenir au renouvellement de l'action désormais épuisée. Ce n'est que très rarement qu'elle se borne à restreindre la condamnation du défendeur (L. 2, § 2; L. 22, pr. D. *De except.*, 44-1).

Il n'a jamais été question d'assimiler aux exceptions proprement dites les *præscriptiones ex parte actoris*, qui n'ont évidemment d'autre résultat que de limiter la demande. A l'égard des *præscriptiones ex parte rei*, il s'est élevé une controverse ; en les supposant admises, épuisent-elles l'action, ou la laissent-elles intacte pour une poursuite ultérieure ? Le droit ancien donne prise au doute, si ce n'est à propos de la *præscriptio temporis* qui est certainement extinctive, et de la *præscriptio fori* qui ne l'est pas. Mais avant la fin du système formulaire, les *præcriptiones ex parte rei* subirent une complète métamorphose, et devinrent de vraies exceptions par la place et par l'effet. Car, inscrites dans la formule à la suite de l'*intentio*, elles amenèrent désormais l'absolution du défendeur. Ce changement, que signale déjà Gaius, paraît incontestable pour le temps de Dioclétien (*Gaius*, IV, 133. — L. 9, C. *De præscript. long. temp*, 7-33).

§ IV

Litis contestatio.

Sous le premier système de procédure, lorsque les différentes solennités de la *legis actio* s'étaient terminées *in jure*, les plaideurs

s'adressaient aux personnes présentes en disant : *testes estote;* c'est de là qu'est venue l'expression *litis contestatio*, pour désigner le moment où l'instance est définitivement organisée. Cette invocation faite aux témoins devint inutile sous le système suivant, puisqu'alors l'organisation de l'instance se trouvait constatée par écrit, par la *formula*. Néanmoins, le mot *litis contestatio* est resté dans la langue du droit pour indiquer, comme par le passé, la clôture de la première partie de la procédure.

Désormais, cette clôture coïncide avec la délivrance de la formule ; il en résulte donc que pendant la période formulaire, la *litis contestatio* n'est à vrai dire que le lien juridique qui se forme entre les plaideurs au moment même où ils reçoivent et acceptent la formule du magistrat.

Moment précis de la litis contestatio. — A quel moment exact de l'instance se produit la *litis contestatio* ? Forme-t-elle le dernier acte de la procédure *in jure ;* forme-t-elle au contraire le premier acte de la procédure *in judicio* ?

Une constitution attribuée par le Code aux empereurs Sévère et Antonin Caracalla semble placer la *litis contestatio* dans la seconde partie de l'instance, au moment où les parties ont terminé devant le juge l'exposé de l'affaire ; *lis enim tunc contestata videtur cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit* (L. 1, C. *De litis contest.*, 3-9).

Malgré ce texte, on s'accorde généralement à considérer la *litis contestatio* comme étant le dernier acte de la procédure *in jure*. Le témoignage de tous les documents juridiques ou littéraires ne permet aucun doute à cet égard. Ainsi, voit-on souvent les mots *litem contestari* pris comme synonymes des expressions *ordinare judicium*, *accipere judicem*, *incohare litem*, etc. Cette proposition se trouve d'ailleurs confirmée par un très grand nombre de fragments empruntés aux jurisconsultes de l'époque classique ; le plus concluant de tous ces textes est de Paul (L. 28, § 4. D. *De judiciis*, 5-1).

Ce jurisconsulte suppose un *legatus provinciæ*, se trouvant à Rome ; en règle générale, le *legatus* n'est pas obligé de se laisser poursuivre à Rome, mais si l'action dont il est passible est sur le point de s'éteindre, il devra comparaître devant le préteur *ut lis contestetur*. Or, ce ne sera certainement qu'après le retour du *legatus* dans sa province que l'affaire sera soumise au *judex ;* donc

les parties ne sont pas encore devant le juge à l'instant où se produit la *litis contestatio* (L. 16 ; L. 17, pr. D. *De procur.*, 3-3 ; L. 39, D. *De judiciis*, 5-1 ; L. 25, § 8, D. *De œdil. edict.*, 21-1. — L. 1, § 2, D. *De Feriis*, 2-12. — *Gaius*, IV, 86, 87. — Festus, v° *Contestari*).

Reste alors à expliquer le rescrit des empereurs Sévère et Caracalla. En admettant que ce rescrit appartienne réellement aux empereurs dont il porte le nom et qu'il n'ait pas été altéré par Justinien, on peut très vraisemblablement supposer que dans la pensée de ses auteurs, il devait s'appliquer aux cas exceptionnels où déjà à cette époque le magistrat procédait *extrà ordinem* sans renvoi devant un juge, cumulant ainsi les deux rôles et fondant ensemble les deux instances.

Effets de la litis contestatio. — On peut ramener à trois les effets généraux produits par la *litis contestatio*.

Le premier effet général de la *litis contestatio* touche au fond même du droit et transforme l'action déduite *in judicium*. Le second effet touche à la procédure, engage contradictoirement l'instance et fixe les éléments tant personnels que réels du procès. Enfin le troisième effet se réfère à la mission du juge et détermine l'époque où il devra se placer pour apprécier le litige.

I. — *Transformation du droit déduit en justice.* — La *litis contestatio* détruit le rapport légal qui existait auparavant entre les parties et le remplace par un rapport nouveau, l'obligation de subir le *judicium* jusqu'à la sentence. Gaius exprime très clairement cet effet remarquable : *ante litem contestatam dare debitorem oportere ; post litem contestatam condemnari oportere* (*Gaius*, III, 180).

Cette extinction se produit, tantôt *ipso jure*, tantôt *per exceptionem*. Elle opère *ipso jure* lorsque l'action est personnelle, la formule *concepta in jus* et le *judicium legitimum ;* dans ce cas l'action sera plus tard refusée au demandeur actuel qui voudrait renouveler la poursuite. En l'absence de l'un des trois caractères signalés, c'est-à-dire quand l'action est *in rem, in factum*, on constitue un *judicium imperio continens*, l'extinction s'opère *exceptionis ope ;* autrement dit, si le demandeur actuel renouvelait plus tard la poursuite, le défendeur ne pourrait pas s'opposer à la concession d'une nouvelle formule, mais seulement y faire insérer l'exception *rei in judicium deductæ* (*Gaius*, IV, 104, 105, 106).

Quant à l'obligation de subir l'instance, *sisti in judicio*, qui rem-

place le droit originaire, on doit la considérer comme née d'un quasi-contrat ou de la loi (L. 3, § 11, D. *De peculio*, 15-1 ; L. 22, D. *De tutelæ*, 27-3).

Ce résultat extinctif de la *litis contestatio* est assez souvent qualifié de novation ; on a même imaginé pour ce cas l'expression de novation nécessaire ou judiciaire. Si l'on veut exprimer ainsi que la *litis contestatio* peut servir à réaliser une délégation par changement de créancier ou de débiteur, rien de plus juste. Mais voir dans l'extinction qu'elle amène une novation véritable, ce serait réformer la langue des jurisconsultes romains, qui ont toujours fait de l'*animus novandi* une condition essentielle du *novare*. Eux-mêmes prirent soin d'ailleurs de signaler des différences profondes entre ces deux événements juridiques. 1° La novation proprement dite détruit l'obligation avec tous ses accessoires, tandis qu'après la *litis contestatio*, le nouveau rapport légal comprend l'ancien en principal et accessoires ; car il serait déraisonnable de priver le demandeur de ses garanties et de ses avantages, tels que gages, privilèges, intérêts, et d'empirer sa position parce qu'il poursuit son droit. 2° La novation anéantit complètement l'obligation primitive tandis que l'extinction produite par la *litis contestatio* laisse subsister une dette naturelle ; ainsi le débiteur, s'il payait après une sentence d'absolution, ne serait pas admis à la *condictio indebiti* (L. 11, § 1 ; L. 18 ; L. 29, D. *De novationibus*, 46-2 ; L. 35, D. *De usuris*, 22-1 ; L. 86 ; L. 87, D. *De regulis juris*, 50-17 ; L. 28, D. *De condict. indebiti*, 12-6. — *F. V.* § 263) (1).

C'est par la substitution d'un nouveau rapport légal à l'ancien que s'explique une conséquence capitale de la *litis contestatio*. Elle rend perpétuelles dans le sens romain du mot, et transmissibles aux héritiers des deux plaideurs, les actions jusqu'alors temporaires et intransmissibles, comme la plupart des actions prétoriennes, l'action d'injures et les actions pénales ; *omnes actiones quæ*

(1) On pourrait encore relever d'autres différences moins importantes entre la novation proprement dite et l'effet extinctif de la *litis contestatio*. 1° Ainsi la novation purge la demeure du débiteur tandis que la *litis contestatio* ne la purge jamais mais la fait naître souvent. 2° La novation intervenue entre le créancier du défunt et l'héritier entraîne déchéance du bénéfice de la séparation des patrimoines ; il n'en est pas de même de la *litis-contestatio*. 3° Enfin, tandis que la novation volontaire peut s'appliquer à une obligation naturelle, il est bien évident qu'une obligation de ce genre ne produisant pas d'action ne peut être déduite *in judicium*. (L. 29, D. *De novat.*, 46-2 ; L. 1, § 10 ; L. 7. D. *De separat.*, 42-6).

morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent (L. 58 D. *De obligat. et act.*, 44-7; L. 139, D. *De regulis juris*, 50-17).

II. — *Organisation contradictoire de l'instance et détermination des éléments du procès.* — La *litis contestatio* a une grande influence sur la procédure elle-même; elle engage en effet contradictoirement et définitivement l'instance, dont elle détermine les éléments essentiels, chose litigieuse, juge et plaideurs.

La *litis contestatio* organise d'abord définitivement l'instance et rend une sentence possible alors même que l'une des parties viendrait à faire défaut par la suite. L'absence de l'un des plaideurs n'a d'autre conséquence que de produire un arrêt provisoire dans la procédure. La partie présente, demandeur ou défendeur, doit alors s'adresser au magistrat qui a délivré la formule, et lui demander la publication de trois édits successifs rendus à dix jours d'intervalle. Après l'émission du dernier édit qui porte le nom d'*edictum peremptorium*, le procès reprend sa marche; le juge examine l'affaire et prononce sa sentence en faveur du défaillant ou contre lui d'après les preuves que fournit la partie présente (L. 68; L. 73, D. *De judiciis*, 5-1. — *Paul*, S. L. V, t. VII, § 7).

La chose litigieuse devient inaliénable; l'aliénation en serait paralysée par l'exception *rei litigiosæ*, et punie par une amende généralement égale à la valeur de la chose; il y a cependant quelques dérogations à cette inaliénabilité (L. 3, D. *De litigiosis*, 44-6; L. 1, D. *De jure fisci*, 49-15. — *Gaius*, IV, 117).

Le juge est irrévocablement déterminé; ce n'est qu'en présence d'une absolue nécessité que les plaideurs obtiendraient son changement.

Les personnes des plaideurs eux-mêmes sont désormais fixées. C'est ainsi que le choix du créancier entre plusieurs codébiteurs, une fois consommé par la *litis contestatio*, ne peut plus varier, et le droit contre les autres est éteint. De même, à cet instant, l'action noxale est engagée sans retour contre le possesseur du *corpus quod nocuit* (*noxa*), et l'*actio popularis* est acquise à la personne qui l'a intentée (L. 2, D. *De duobus reis*, 45-2; L. 37, D. *De act. noxal.*, 9-4; L. 12, D. *De verb. sign.*, 50-16).

Cependant il devient quelquefois nécessaire, par exemple en cas de mort, de changer le juge ou de transférer l'action à d'autres plaideurs; c'est ce qu'on appelle la *translatio judicii*. Elle se fait,

du juge à son successeur, par une simple modification de la *datio judicis*, sans toucher au reste de la formule. Pour opérer la *translatio judicii* du plaideur à quelque autre personne, notamment du défunt à l'héritier, on laisse dans l'*intentio* de la formule le nom du premier, et l'on y substitue dans la *condemnatio* le nom du second (L. 76, D. *De judiciis*, 5-1 ; L. 17, pr. D. *De procurat.*, 3-3. — *Gaius*, IV, 34, 86).

III. — *Détermination du moment où doit se placer le judex pour apprécier le litige.* — La *litis contestatio* touche enfin de très près à la mission du juge. Elle marque l'instant qu'il devra considérer pour diverses appréciations. Car le juge a le devoir de donner gain de cause au demandeur, si son action était fondée lors de la *litis contestatio*. 1° Cette règle reçoit son application la plus connue dans la revendication. On sait qu'à la différence de la *præscriptio longi temporis*, l'usucapion n'est pas interrompue par la demande en justice; or, en la supposant accomplie *inter moras litis*, le défendeur restera quand même passible d'une condamnation. 2° Les actions de droit strict relèvent du même principe que les actions réelles; dans les unes et les autres, la question posée au juge, *si paret rem ejus esse, si paret dare oportere*, se réfère évidemment à l'époque de la délivrance de la formule. 3° Quant aux actions de bonne foi, peut-être le juge, autorisé à prononcer *ex æquo et bono*, était-il maître de prendre en considération certains événements postérieurs (L. 18; L. 20, D. *De rei vind.*, 6-1; L. 42, § 1, D. *De noxal. act.*, 9-4; L. 17, D. *Mandati*, 17-1).

Mais il y a des cas où le droit générateur de l'action réelle ou personnelle prend fin conformément aux principes généraux; en d'autres termes, il arrive que la condamnation n'a plus d'objet. Trois exemples principaux sont à prévoir : 1° le défendeur offre de satisfaire le demandeur; les Sabiniens firent prévaloir, même pour les *judicia stricti juris*, la doctrine que le juge doit alors absoudre, *omnia judicia absolutoria sunt* (1); 2° le possesseur ou détenteur, qui défend à l'action réelle, cesse de posséder sans dol ni faute entre la *litis contestatio* et la sentence; son absolution est indispensable; 3° le débiteur, qui défend à l'action personnelle, voit la chose due périr entre ses mains par cas fortuit; faut-il le condamner ou l'ab-

(1) Les Proculiens n'admettaient pas au contraire que la satisfaction procurée par le défendeur au demandeur fît obstacle à la condamnation dans les *judicia stricti juris* (*Gaius*, IV, 114).

soudre? La vérité doctrinale est bien que la *litis contestatio* l'a constitué en demeure, et que sa dette dès lors ne s'éteint plus *interitu rei debitæ;* cependant les jurisconsultes cherchaient à tempérer en pratique la rigueur de cette décision théorique (L. 40, pr. D. *Si pars hered.*, 5-3. — *Gaius*, IV, 114. — *Inst.* L. IV, t. XII, *De perpetuis et temp.*, § 2).

Une fois la condamnation reconnue nécessaire, c'est encore en se reportant à la *litis contestatio* que le juge fixe les restitutions et généralement le montant de la sentence. Le défendeur doit donc les intérêts, les fruits, les produits et généralement tous les accessoires à dater de ce moment. Néanmoins, dans les actions de bonne foi, le juge peut tenir compte de la compensation et de toute circonstance survenue *medio tempore* (L. 22, D. *De rebus creditis*, 12-1; L. 3, § 2, D. *Commodati*, 13-6; L. 2; L. 3, § 1; L. 10; L. 37, § 8, D. *De usuris*, 22-1).

En résumé, les principes juridiques n'ont pas en cette matière une rigueur inflexible; l'*officium judicis* doit les tempérer quand les circonstances l'exigent. Le point de départ offre sans doute une vive apparence d'équité; car on ne saurait admettre que le demandeur triomphant souffre des inévitables retards de la justice, et la raison veut que les choses se règlent, en principe, comme si la sentence eût été rendue à l'instant même de la *litis contestatio*. Mais les faits intervenus dans le cours du procès ont aussi leur influence nécessaire et légitime; les tribunaux ne sont pas le domaine de l'absolu.

§ V

Procédure in judicio. — Sentence et voies d'exécution.

Procédure in judicio. — L'instance devant le juge forme le *judicium* proprement dit (1). Le détail de ce qui s'y passe dépend surtout de la nature de l'action, et les grands traits généraux ont seuls leur place ici.

Le *judicium* se décompose en quatre parties principales : la com-

(1) Les *judicia* se divisaient en deux grandes classes : les uns étaient *legitima*, les autres étaient *imperio continentia*. Le *judicium legitimum* est celui qui est organisé à Rome, ou dans le rayon d'un mille autour de Rome, entre plaideurs citoyens romains et devant l'*unus judex* également citoyen romain; dans toute autre hypothèse, il est *judicium imperio continens* (*Gaius*, IV, 103, 104, 105).

parution des parties devant le *judex*, la preuve, les plaidoiries et la sentence.

1° *Comparution des parties.* — Lorsque la formule a été délivrée aux plaideurs, ils doivent comparaître devant le juge qui leur a été désigné. Il ne paraît pas que les parties se donnaient des garanties réciproques pour assurer cette comparution *in judicio;* d'ailleurs, ainsi qu'on l'a vu, la *litis contestatio* engageant contradictoirement et définitivement l'instance, le procès doit nécessairement suivre son cours, alors même que les parties feraient défaut (*Suprà*, p. 763).

2° *Preuve.* — C'est en général au demandeur qu'incombe la charge de faire la preuve du droit qu'il allègue : *actori incumbit probatio.* Mais à son tour, le défendeur doit établir soit ses moyens de défense proprement dits, soit ses exceptions ; *reus in excipiendo fit actor* (L. 1 ; L. 2; L. 9, D. *De probationibus*, 22-3. — *Conf.* C. C. art. 1315).

Tous les moyens de preuve sont admis, car la loi romaine ne connaît pas les diverses restrictions que notre législation actuelle a apportées à l'administration des preuves. Les moyens de preuve seront : les témoins, *testes;* les titres, *instrumenta*, *cautiones;* le serment, *jusjurandum in judicio;* l'aveu, *confessio* et les présomptions, *præsumptiones* (L. 2, D. *De testibus*, 23-5. — L. 15. C. *De fide instr.*, 4-21. — *Contrà*, C. C. art. 1341, 1353).

3° *Plaidoiries.* — La cause est ensuite plaidée, *peroratur.* Devant le juge comme devant le magistrat, les plaidoiries sont orales et publiques; il ne paraît pas d'ailleurs, qu'en matière civile, les avocats fussent obligés de se renfermer dans un espace de temps fixé, cependant cette limitation existait en matière criminelle. Il y avait le plus souvent plusieurs plaidoiries prononcées de part et d'autre, *prima*, *secunda actio* (Pline, *Lettres*, VI, 2).

Lorsque les preuves ont été faites et que les plaidoiries ont eu lieu, le juge a le droit d'ajourner l'affaire, *litem ampliare.* Il est même libre de s'abstenir d'une décision en déclarant par serment qu'il ne se trouve pas éclairé, *non liquet;* on se contente alors du jugement des autres juges, s'il y en a plusieurs ; dans le cas contraire, il faut organiser un nouveau *judicium* (L. 36, D. *De re judicata*, 42-1. — Aulu Gelle, *Nuits attiques*, XIV, 2. — *Contrà*, C. C. art. 4).

Sentence. — En laissant de côté les jugements interlocutoires, *interlocutiones*, qui ne sont qu'accidentels, on arrive enfin à la sen-

tence ou jugement définitif, *sententia*. Elle doit être prononcée publiquement et de vive voix; mais le juge a la faculté de l'écrire d'avance, pour en donner lecture publique, *ex tabellâ pronuntiare vel recitare*. Hormis de rares exceptions, elle absout ou condamne le défendeur (L. 49, pr. D. *De re judicata*, 42-1. — L. 1, C. *De sent. ex peric.*, 7-44).

Effets de la sentence. — La sentence produit de remarquables effets, analogues et parallèles à ceux de la *litis contestatio*. Le droit primitif, qui a servi de fondement à l'action, reste dans l'état où l'a mis la délivrance de la formule, c'est-à-dire éteint *ipso jure* ou *exceptionis ope*. Mais l'obligation de subir l'instance, qui l'a remplacé, se trouve à son tour éteinte par la sentence et de la même manière, c'est-à-dire *ipso jure* dans les actions *in personam*, *in jus* et constitutives d'un *judicium legitimum*, dans toutes les autres *exceptionis ope*. Si donc le défendeur est de nouveau poursuivi, il pourra, chaque fois que la *litis contestatio* lui aura déjà donné l'exception *rei in judicium deductæ*, se prévaloir désormais d'une exception plus importante et qui sera bientôt approfondie, l'exception de chose jugée ou *rei judicatæ*.

Seulement, à la place et pour ainsi dire sur les ruines de ses précédentes obligations détruites, est née contre le défendeur l'obligation nouvelle d'exécuter la sentence. Ces vicissitudes dans la situation du défendeur sont énergiquement exprimées par les textes : *antè litem contestatam dare debitorem oportere*, *post litem contestatam condemnari oportere*, *post condemnationem judicatum facere oportere* (*Gaius*, III, 180).

Condamnation pécuniaire. — Quel qu'ait été l'objet de la demande, la condamnation doit toujours porter sur une somme d'argent déterminée (*certa pecunia*) (*Gaius*, IV, 48).

Ce principe pouvait avoir de fâcheuses conséquences pratiques; aussi le verra-t-on sérieusement tempéré dans les actions dites *arbitrariæ*, presque toutes exhibitoires ou restitutoires. Théoriquement il n'est pas impossible à justifier, et se rattache aux voies d'exécution de cette période.

Voies d'exécution. — Le créancier est à cet effet muni de l'action *judicati*; cette action, qui est le préliminaire obligé de toute voie d'exécution, est une action civile perpétuelle et susceptible de croître au double per *inficiationem* (L 7. D. *De re judicata*, 42-1 — *Gaius*, III, 78; IV, 9),

Après un délai normal de trente jours, que le magistrat est maître d'abréger ou de prolonger jusqu'à deux mois *pro causæ qualitate*, il faut que la sentence s'exécute de force, lorsqu'elle n'a fait l'objet d'aucun recours efficace et qu'elle n'est pas accomplie à l'amiable.

Emprisonnement. — La *manus injectio* n'existe plus sous le système formulaire ; on connaît bien encore une voie d'exécution personnelle, une contrainte par corps subie dans la maison du créancier ; mais ce débris d'une vieille institution, quoique signalé dans les textes, est à peu près mystérieux pour la science moderne, et n'avait sans doute rien que d'exceptionnel (*Gaius*, III, 199. — *Paul*, S. L. V, t. XXVI, § 2. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 1) (1).

Venditio bonorum. — Mais à l'inverse de ce qui se passait au temps des actions de la loi, l'exécution réelle sur les biens dn condamné formait la règle générale.

Elle consistait dans la *venditio bonorum*, vente en masse du patrimoine, précédée d'un envoi en possession qu'ordonnait le magistrat, et réalisée par un *magister* ou syndic choisi entre les créanciers. La vente se faisait après des publications on *proscriptiones*, et suivant des formes dont le détail est inutile ici. Cette *bonorum venditio*, probablement imaginée vers la fin de la République (2), entraînait pour le débiteur la note d'infamie ; mais il paraît que ses biens advenus postérieurement demeuraient à l'abri de toute poursuite fondée sur les dettes antérieures. L'acquéreur était tenu envers le *magister* de payer le prix ou dividende convenu, que celui-ci répartissait ensuite entre les créanciers poursuivants. L'*emptor bonorum* avait la situation d'un héritier prétorien, et se trouvait muni, soit de l'action Servienne fictice (*ficto herede*), soit d'une action *Rutilienne*. La *sectio bonorum* seule, c'est-à-dire la vente des biens d'un condamné faite par les questeurs au profit du peuple romain, procurait directement à l'adjudicataire le *dominium ex jure Quiritium* ; la *venditio bonorum* le plaçait seulement *in causâ usucapiendi*

(1) D'ailleurs, la contrainte par corps ne fut pas une voie d'exécution très usitée à l'époque classique, car depuis Auguste, une des *leges Juliæ judiciariæ* permet au débiteur de se soustraire à l'emprisonnement en faisant à ses créanciers l'abandon général de tous ses biens : c'est la cession de biens ou *bonorum cessio* (*Gaius*, III, 78, 79. — *Conf.* C. C. art. 1265-1270).

(2) Ce mode d'exécution a son origine dans la *pignoris capio* du système précédent. Il fut transporté aux créances privées par le préteur Rutilius (an 649 de Rome, 106 avant J.-C.), ou plutôt perfectionné par ce magistrat ; car on le trouve déjà signalé dans une loi Thoria, de l'an 643.

(L. 25, § 7, D. *Quæ in fraud. credit.*, 42-8. — *Gaius*, III, 79, 80, 81; IV, 35) (1).

Or du moment qu'apparut la *bonorum venditio*, il sembla nécessaire de mettre la condamnation en harmonie avec cette voie d'exécution ; et puisque la vente forcée tendait par son essence à la réalisation d'une somme d'argent, la sentence dut également devenir pécuniaire.

CHAPITRE VI

SYSTÈME EXTRAORDINAIRE.

La procédure formulaire portait en elle-même le germe de sa ruine. Car le choix du juge constituait une des libertés essentielles de l'ancien état romain, et le despotisme impérial ne pouvait s'y résigner toujours. En outre, aux époques déchues qui suivirent le bel âge de la jurisprudence, la mission de rendre la justice était une charge trop lourde pour l'ardeur éteinte et l'ignorance presque universelle des particuliers.

Origine de la cognitio extraordinaria. — Déjà, sous le système des formules, il y avait des cas exceptionnels, par exemple en matière de fidéicommis et de *restitutiones in integrum*, où le magistrat prononçait *extrà ordinem*, c'est-à-dire statuait lui-même, sans renvoi devant un juge. Ce fut cette exception qui devint la règle; mais la procédure nouvelle garda son ancien nom, désormais illogique, de *cognitio extraordinaria*.

On place l'origine de cette révolution judiciaire dans une constitution de Dioclétien, rendue pour les provinces en l'année 294 de notre ère, étendue ensuite à tout l'empire et complétée plus tard par les enfants de Constantin et par Théodose le Jeune (L. 2, C. *De Pedaneis jud.*, 3-3; L. 1, 2, C. *De formulis*, 2-58. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 8).

Différences avec le système formulaire. — Le système extraordinaire se résume dans une seule proposition ; c'est qu'il n'y a plus à distinguer deux phases dans un procès. Le *jus* et le *judicium*, les

(1) Il ne faut pas confondre cette action Servienne avec celle qui fut introduite pour assurer le payement des loyers de ferme ; la similitude d'appellation vient de ce qu'elles ont été créées par deux préteurs du nom de Servius.

fonctions de magistrat et de juge se confondent maintenant.

Il suffira de montrer les différences caractéristisques qui séparent le nouveau système de la procédure formulaire, notamment aux quatre points de vue de l'introduction de l'instance de la *litis contestatio*, de la sentence et de l'exécution forcée.

1° *Introduction de l'instance.* — La *vocatio in jus*, depuis longtemps purifiée de toute violence individuelle et munie de moyens de contrainte prétoriens, perd son caractère privé et se réalise par l'intermédiaire de l'autorité judiciaire. Pour ne parler que du temps de Justinien, l'instance s'introduit par un exploit, *libellus conventionis*, signé du demandeur ou d'un *tabularius*, s'il ne sait écrire. Il y expose brièvement le fondement et l'objet de sa demande, et le remet au magistrat, qui le fait transmettre au défendeur par un huissier (*viator*, *executor*), avec une ordonnance d'assignation. Le défendeur cité doit comparaître après vingt jours (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 24. — L. 3, § 1, C. *De præscript. trig.*, 7-39. — *Novelle* 53, ch. 3, § 1).

2° *Litis contestatio.* — Désormais la *litis contestatio* ne désigne plus que le moment où le juge commence à prendre connaissance de l'affaire par l'exposé qui lui en est fait, *cùm judex per narrationem negotii causam audire cœperit.* Tout en continuant sans doute à produire l'obligation de subir l'instance, elle a perdu son effet extinctif et ne consomme plus le droit d'agir (L. 1, C. *De litis contest.*, 3-9. — *Inst.*, L. IV, t. XIII, *De except.*, § 5).

3° *Sentence.* — La sentence a également changé de nature et de caractère tant en la forme qu'au fond. En la forme, elle doit être rédigée par écrit et prononcée publiquement d'après la minute, *ex periculo recitanda;* on l'insère ensuite, signée du juge, sur un registre *ad hoc.*

Au fond, la sentence a subi une profonde transformation; d'abord elle ne supprime plus l'action *ipso jure*, ensuite, elle n'est pas nécessairement pécuniaire, et peut avoir pour objet la chose demandée (L. 2, 3, C. *De sententiis*, 7-44. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De action.*, § 32).

4° *Exécution forcée.* — Le délai pour exécuter la sentence est de quatre mois depuis Justinien. Les textes mentionnent encore une contrainte personnelle, *supplicium corporis;* mais il est infiniment probable que la détention a lieu dans une prison publique, non plus chez le créancier: elle comporte quelques exceptions.

Quant à l'exécution réelle, on généralise une règle posée jadis,

pour les *claræ personæ* ou personnes d'un haut rang, par un sénatus-consulte déjà connu au temps de Gaius. Les biens ne sont pas vendus en masse, mais seulement en détail, avec le ministère d'un curateur : dans la langue des textes, la *venditio bonorum* a fait place à la *distractio bonorum* (1). Il n'en résulte plus de note d'infamie pour le débiteur; en revanche, les créanciers gardent le droit de poursuivre ses biens futurs jusqu'à parfait payement. La contrainte personnelle est subsidiaire à cette exécution réelle (L. 5, D. *De curatoribus*, 27-10. — L. 23, C. *De Episcopali aud.*, 1-4; L. 1, C. *Qui bonis cedere*, 7-71. — *Novelle* 135, ch. 1).

CHAPITRE VII

VOIES DE RECOURS SOUS LES TROIS SYSTÈMES DE PROCÉDURE.

L'ancienne loi romaine ne connut pas l'appel dans le sens propre du mot, c'est-à-dire comme un recours hiérarchiquement porté, devant un tribunal supérieur, contre la sentence d'un tribunal inférieur.

En matière pénale, un condamné pouvait bien arrêter l'exécution de la condamnation par le secours du droit d'*intercessio* ou de *veto* qui appartenait à chaque magistrat contre les actes des magistrats égaux ou subalternes ; il pouvait même, sous des conditions déterminées, obtenir une seconde instance par la *provocatio ad populum* ou recours au peuple.

Mais, en matière civile, ces voies étaient probablement fermées ; ainsi, la faculté pour un magistrat de paralyser ou de casser les actes d'un autre, dut paraître inadmissible à l'égard des sentences, parce qu'elles étaient l'œuvre d'un juge, et non d'un fonctionnaire. Seulement, à défaut d'appel, il y avait d'autres manières d'échapper aux effets d'un jugement. Le défendeur pouvait d'abord invoquer la nullité de la sentence; il pouvait également recourir soit à la *revocatio in duplum*, soit à la *restitutio in integrum*.

(1) Cette transformation était facilitée par l'habitude qu'avait le magistrat, lorsque le débiteur était solvable, d'ordonner la saisie et la vente de quelques-uns de ses biens seulement, *pignus ex causa judicati captum*. On échappait ainsi à la procédure trop longue et trop compliquée de la *missio in bona* ou *venditio bonorum*.

Nullité de la sentence. — En premier lieu, plusieurs conditions étaient exigées pour la validité de la sentence. La nullité l'atteignait, soit à raison d'un vice de forme, tel que l'incapacité du magistrat, du juge ou de l'une des parties, soit à raison de son contenu, notamment pour la violation directe et manifeste des lois ou pour le défaut d'une condamnation pécuniaire au temps des formules, etc. La sentence nulle pour une de ces causes n'était qu'un néant juridique, et n'engendrait aucun des effets de la chose jugée (L. 2; L. 3, D. *Quæ sententiæ sine app.*, 49-8. — L. 4, C. *Quando provocare*, 7-64).

Dans cette situation, le condamné attendait qu'on lui réclamât par l'*actio judicati* l'exécution de la sentence, dont il opposait alors la nullité ; s'il succombait, sa résistance était punie d'une condamnation au double.

Revocatio in duplum. — Les textes parlent aussi d'une *revocatio in duplum*, dont la nature n'est pas bien connue. Elle se présentait vraisemblablement dans l'hypothèse où le condamné, au lieu d'attendre l'*actio judicati*, prenait les devants et demandait une déclaration de nullité de la sentence, il était raisonnable qu'une condamnation au double le menaçât encore en ce cas. Peut-être y avait-il aussi *revocatio in duplum*, quand le condamné niait, non plus l'existence légale, mais l'existence de fait du jugement; la nature exclusivement orale de la procédure romaine rend cette négation facilement compréhensible. A l'époque classique, la *revocatio* n'est plus possible après le délai de la *præscriptio longi temporis*, dix ans entre présents, vingt ans entre absents ; elle n'est pas admise contre les sentences d'absolution et on la refuse au condamné *contumax*. On n'en parle plus sous Justinien. (L. 4 § 6, D. *De re judicata*, 42-1. — *Paul*, S. L. V, t. V, § 7,8).

Restitutio in integrum. — Lorsqu'une sentence est valable, et plus tard passée en force de chose jugée, on a le droit de la soumettre, comme tout autre acte, à la *restitutio in integrum*, pour l'une des causes ordinaires de minorité, dol, absence, etc, ; il en sera traité plus loin. C'est là ce qui s'appellerait, dans notre langue moderne, une voie de droit extraordinaire contre le jugement.

Un tribunal quelconque, égal ou supérieur à l'auteur de la sentence, ou même ce dernier, peut connaître de la demande de restitution. Elle n'est pas suspensive, à moins que l'exécution n'ait pas

encore eu lieu ; mais, une fois admise, elle opère rétroactivement (L. 9 pr. ; L. 16, § 5 ; L. 42. D. *De minoribus*, 4-4. — L. 2 ; L. 4 ; L. 5 C. *Si adversus rem. jud.*, 2-27. — L. 1, C. *In integ. rest.*, 2-50).

Appel. — L'origine et le développement de l'appel datent des premiers temps de l'Empire. On en était venu peu à peu à considérer le pouvoir du juge comme une délégation du pouvoir du magistrat, à confondre la *delegatio jurisdictionis* et la *datio judicis*.

Dès lors, même en dehors des cas de *restitutio in integrum*, l'Empereur put réformer les sentences des juges, en vertu de sa *potestas tribunitiana* qui s'étendait à tout l'Empire. Mais il exerça d'habitude cette prérogative par l'entremise de magistrats délégués (Suétone, *Auguste*, 33).

En principe, l'appel était possible en toute affaire et au profit de toute personne ; cependant on ne l'admettait pas dans les affaires urgentes, ni à l'encontre d'un jugement interlocutoire, avant le jugement définitif. L'appel était également impossible contre les décisions de l'Empereur ou du préfet du prétoire (L. 7, *D. De appell. rec.*, 49-5. — L. 1, § 1, D. *A quibus app.*, 49-2. — L. 36, C. *De appell.*, 7-62. — *Conf.* C. Proc., *art.* 451).

Devant qui se porte l'appel. — On appelait d'un juge au magistrat qui l'avait constitué, des magistrats provinciaux au gouverneur ou chef de la province, puis au *vicarius* ou chef d'un diocèse (1), et des magistrats de Rome au préfet de la ville. De ces hauts fonctionnaires, il fallait appeler, soit à l'Empereur, soit au préfet du prétoire qui le remplaçait, et dont les décisions étaient en dernier ressort.

L'Empereur jugeait rarement lui-même, et remettait la connaissance de l'affaire à d'autres, souvent au Sénat ; Théodose II établit à cet égard une commission composée du préfet du prétoire et du *quæstor palatii*. En aucun cas l'appel ne devait sauter un degré de juridiction, *appellatio per saltum*. Depuis Justinien, on ne put saisir le tribunal impérial qu'à propos de litiges d'une valeur supérieure à vingt livres d'or, ni renouveler l'appel p lus de deux fois ; le troisième jugement avait donc force de chose jugée (L. 1 ; L. 10, § 1, D. *De appell.*, 49-1. — L. 32, C. *De appell.*, 7-62 ; L. 1, C. *Ne liceat*, 7-70).

(1) Le diocèse était une nouvelle division administrative créée par Constantin ; il comprenait plusieurs provinces et était gouverné par un *vicarius* ou lieutenant du préfet du prétoire.

Formes et délai de l'appel. — L'appel était interjeté, soit de vive voix à l'instant même du prononcé de la sentence (*apud acta*), soit par écrit (*libellus appellatorius*) remis au premier juge et qui contenait la désignation de l'appelant et de la sentence attaquée. Le demandeur, si ce n'est au cas d'irrecevabilité manifeste, obtenait du premier juge des *litteræ dimissoriæ* ou *apostoli*, c'est-à-dire une note explicative de l'appel, avec une copie du procès-verbal de la cause (L. 1, § 4; L. 2. D. *De appell.*, 49-1).

Le délai pour interjeter appel fut d'abord de deux jours si l'appelant plaidait *proprio nomine*, de trois jours s'il plaidait *alieno nomine;* Justinien porta le délai à dix jours. Une fois nanti des *litteræ dimissoriæ*, l'appelant les transmettait au tribunal d'appel, où l'affaire était introduite après trois ou six mois, selon l'éloignement des lieux. Les appels à l'Empereur jouissaient d'un délai d'une ou deux années, et devaient être accompagnés d'un rapport ou *relatio* du juge qui avait rendu la sentence attaquée; les parties avaient le droit de formuler en réponse leurs observations par des *libelli refutatorii*. Toutes ces questions de temps font d'ailleurs l'objet de dispositions obscures ou bizarres dans la législation du Bas-Empire (L. 3; L. 13, D. *De appell.*, 49-1. — L. 2; L. 5, C. *De temporibus*, 7-63. — *Novelle* 23, ch. 1 — *Conf.* C. Proc. *art.* 443).

Effets de l'appel. — L'appel est suspensif, en ce sens qu'il arrête l'exécution du jugement attaqué. De plus, il soumet pleinement l'affaire à la juridiction supérieure, d'où résulte que les parties sont autorisées à produire de nouveaux moyens de défense (L. 1, § 1, D. *Nihil innov.*, 49-7. — L. 6, C. *De appell.*, 7-62).

Quand l'appel réussit, le nouveau jugement supprime et remplace l'ancien. Si l'appelant succombe, il doit à l'époque classique payer le tiers de la valeur en litige et le quadruple des frais de l'instance; une *satisdatio*, sinon un dépôt préalable, assure l'exécution de ces condamnations éventuelles. Les peines du plaideur téméraire furent ensuite élevées par les empereurs chrétiens jusqu'à des rigueurs exorbitantes, telles que la confiscation de la moitié des biens et deux ans de rélégation pour l'appelant riche, ou deux ans de mines pour l'appelant pauvre. Le droit de Justinien n'admet plus qu'une amende généralement arbitrée par le juge, et la note d'infamie contre l'appelant de mauvaise foi (*Paul*, S. L. V, t. XXXIII, § 1, 2, 3, 8. — L. 6, § 4; L. 19, C. *De appell.*, 7-62).

Supplicatio. — La *supplicatio* est une voie de rétractation di-

rigée contre les décisions du préfet du prétoire à l'égard desquelles elle remplace l'appel. Elle s'introduisait sous forme de requête ou *supplicatio* adressée à l'Empereur. On devait exercer ce recours dans la durée des fonctions de l'auteur du jugement, ou jusqu'à l'expiration des deux ans qui suivaient sa retraite. C'était le préfet du prétoire lui-même qui révisait alors sa sentence ou celle de son prédécesseur. Cette voie de recours différait de l'appel en ce qu'elle ne produisait pas d'ordinaire l'effet suspensif. (L. 5, C. *De prec. imp.*, 1-19; L. 1, C. *De sent. præf. præt.*, 7-42; L. 19, C. *De appell.*, 7-62).

CHAPITRE VIII

CLASSIFICATIONS GÉNÉRALES DES ACTIONS PROPREMENT DITES. PREMIÈRE DIVISION, *IN REM* ET *IN PERSONAM*.

(*Inst.*, L, IV, t. VI, *De actionibus.*)

Après cette étude rapide de l'organisation judiciaire et des trois systèmes de procédure des Romains, vient l'analyse intime des actions proprement dites.

Les Institutes définissent l'action *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*. Cette définition, empruntée par Justinien au jurisconsulte Celsus qui florissait à l'époque d'Adrien et d'Antonin le Pieux, est trop étroite à deux points de vue. Car, à la prendre à la lettre, elle s'applique spécialement aux actions personnelles ou de créance, qui font obtenir *quod sibi debetur*; elle ne se rapporte, en outre, qu'aux systèmes de procédure antérieurs à la *cognitio extraordinaria*, puisqu'elle implique la séparation du *jus* et du *judicium* (L. 51, D. *De oblig. et act.*, 44-7. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, pr.).

Il n'est pas impossible néanmoins de donner à ce texte de Celsus une portée plus générale, en y attachant des idées inconnues de son auteur. Mais ce serait ici prendre une peine inutile; car il suffit de se reporter aux trois définitions déjà présentées, et de poser en principe que l'action, suivant la deuxième de ces significations diverses, sera désormais considérée comme la faculté de recourir à la puissance publique pour en obtenir la reconnaissance d'un droit (*suprà*, p. 730).

Les Romains classaient les actions de plusieurs manières. La plupart de ces catégories doivent leur origine, ou tout au moins

leur dénomination, à la pratique du système formulaire. Les principales divisions ou subdivisions sont tracées dans les Institutes, et l'interprète n'a qu'à les suivre.

Cependant il y a plusieurs divisions que Justinien ne détache pas nettement de l'ensemble, et qu'il faut signaler une fois pour toutes.

Divisions omises dans les Institutes. — Les Institutes omettent trois divisions principales des actions : 1° celle qui les classe en actions *civiles* et *honoraires;* 2° celle qui les divise en actions *directes* et *utiles;* 3° enfin, celle qui les distingue en actions *in jus*, *in factum* et *fictices*.

1° *Actions civiles et honoraires.* — Par leur origine, les actions étaient *civiles* d'une part, et d'autre part *honoraires* ou *prétoriennes*. Les actions honoraires, presque toujours prétoriennes, étaient concédées en vertu de règles de l'Édit par les magistrats chargés de l'administration de la justice. Les actions civiles se fondaient sur une source du droit civil, loi, sénatus-consulte, constitution, usage, etc. Cette division présentait un grand intérêt pratique, car, tandis que la plupart des actions civiles étaient perpétuelles, la plupart des actions prétoriennes étaient au contraire annales (*Gaius*, IV, 111.—*Inst.* L. IV, t. XII, *De perpetuis et temp.*, pr.—*Infrà*, p. 856).

2° *Actions directes et utiles.* — Par leur application, les actions étaient *directes* ou *utiles*. On appelait ici *directa* l'action donnée dans le cas même de son institution primitive et conformément aux prévisions littérales du texte législatif qui l'avait créée ; on appelait *utilis* l'ancienne action étendue à des cas nouveaux, pour des motifs d'utilité pratique (L. 47, § 1, D. *De negotiis gestis*, 3-5).

Cette division manque d'importance dans le droit de Justinien; mais, au temps classique, elle en avait une sur la rédaction de la formule. Car l'extension de l'ancienne action à des hypothèses nouvelles s'opérait ordinairement à l'aide d'une fiction ou plus souvent d'une rédaction *in factum*.

3° *Actions in jus, in factum, fictices.* — Par leur formule, les actions pouvaient être *in jus*, *in factum* ou enfin *fictices*. L'action *in jus* posait au juge une question de droit à résoudre, et, lorsqu'elle avait une *demonstratio*, celle-ci restait parfaitement distincte de l'*intentio*. L'action *in factum*, au contraire, ne posait pas directement au juge de question de droit, et la *demonstratio* se confondait alors avec l'*intentio*. Les actions *in factum* étaient prétoriennes, et

facilitaient l'élargissement des principes de la vieille loi nationale. On avait même parfois intérêt à donner cette forme aux actions civiles ; c'est ainsi qu'un fils de famille ne pouvait agir que par une action *in factum*. Les formules *in factum* servaient aussi à dépouiller certaines actions de leur caractère infamant (*Gaius*, IV, 47. — L. 13, D. *De oblig. et act.*, 44-7).

Quant à l'action *fictice*, elle se caractérise par une supposition ou fiction exprimée dans la formule soit avant l'*intentio*, soit dans l'*intentio* elle-même. Le magistrat recourt à ce procédé pour étendre l'application du droit civil, en créant une action ou en appliquant à une hypothèse nouvelle une action civile déjà créée.

La fiction n'a pas toujours le même objet ; souvent, elle porte sur une qualité qui manque à l'une des parties et que le préteur lui suppose; tel est le cas du *bonorum possessor* et du *bonorum emptor ;* ils agissent *ficto heredé;* tel est encore le cas du péregrin à qui le magistrat concède souvent des actions qui lui manqueraient d'après le droit civil en le supposant citoyen, *ficto cive*. Il arrive quelquefois que la fiction consiste à tenir pour accompli un fait qui ne l'est pas ; on en verra un exemple sur l'action Publicienne. Enfin, en sens inverse, la fiction peut encore consister à tenir pour non-avenu un fait réellement accompli ; ainsi les créanciers qui poursuivent l'adrogé après l'adrogation, agissent comme si la *capitis deminutio* n'avait pas eu lieu ; de même l'action Paulienne *in rem* se fonde sur la fiction que l'aliénation consentie par le débiteur n'a pas eu lieu, *rescissa traditione* (*Gaius*, IV, 34, 35, 36, 37, 38).

Divisions signalées dans les Institutes. — Les autres classifications, *actiones in rem et in personam, bonæ fidei, stricti juris, arbitrariæ*, pénales, *persecutoriæ rei, mixtæ*, perpétuelles et temporaires, ont des places distinctes dans l'exposé que Justinien présente des actions ; elles seront les jalons et les points de repère de la route où nous entrons.

Entre toutes, la division des actions réelles et personnelles offre un intérêt capital, parce qu'elle fournit le cadre le plus commode et le plus usuel pour cette grande théorie.

C'est par leur nature que les actions sont réelles ou personnelles ; il est dès lors manifeste qu'une telle division n'a rien d'accidentel, qu'elle est de tous les temps, et qu'à Rome notamment, les trois systèmes de procédure l'ont reconnue et pratiquée. L'action est réelle ou personnelle, suivant l'espèce de droit que le de-

mandeur soumet à l'appréciation judiciaire. Quand l'objet principal de sa demande est la reconnaissance d'un droit réel, l'action est réelle; quand l'objet principal de sa demande est la reconnaissance d'un droit de créance, l'action est personnelle (*Gaius*, IV, 2, 3. — L. 25, pr., D. *De obl. et act.*, 44-7. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 1) (1).

Maintenant quel rapport y a-t-il entre cette distinction et les noms qui la consacrent? On doit remarquer que la locution *in rem* est technique dans la langue latine, pour désigner une disposition conçue en termes généraux et sans indication de personne. C'est en ce sens que les pactes et les exceptions reçoivent, dans certains cas, la même dénomination et sont dits *in rem*. Or, on a vu que dans l'*intentio* d'une action réelle, le nom du défendeur n'est pas exprimé, *si paret hominem Auli Agerii esse;* tandis que dans l'*intentio* d'une action de créance, l'énonciation même du droit exige toujours l'indication du débiteur, *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare oportere*, etc. Voilà donc le mystère éclairci; les actions réelles et personnelles tirent leur division de la nature même du droit qu'elles mettent en débat, et leur qualification romaine, *in rem vel in personam*, de la rédaction impersonnelle ou nominative de l'*intentio* de la formule.

Les unes et les autres sont civiles ou prétoriennes. Comme ces actions sont en petit nombre, et que chacune d'elles fournit l'occasion de quelque remarque importante, il est nécessaire de les étudier une à une.

ACTIONS *IN REM* CIVILES

Les actions *in rem* civiles sont destinées à sanctionner les droits réels établis ou reconnus par le droit civil. Elles sont au nombre de quatre : 1° la *rei vindicatio* ou revendication; 2° l'action *confessoria* ou confessoire; 3° l'action *negatoria* ou négatoire; 4° la *petitio hereditatis* ou pétition d'hérédité (2).

(1) Les actions *in rem* portent souvent dans les textes le nom générique de *vindicationes* ou *petitiones*, et alors le mot *actiones* est réservé aux actions personnelles (*Gaius*, IV, 5. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De act.*, § 15).

(2) On considère souvent la *causa liberalis* comme une cinquième action réelle civile, mais elle trouvera une place plus logique dans la théorie des actions préjudicielles (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 13. — *Infrà*, p. 831).

CHAPITRE IX

REVENDICATION.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 1.)

La revendication ou *rei vindicatio* est l'action réelle par excellence; c'est celle qui tend à la reconnaissance de la propriété quiritaire, du *dominium ex jure Quiritium*.

Elle suppose qu'un propriétaire ayant perdu la possession de sa chose veut la recouvrer entre les mains des tiers détenteurs. Que si le propriétaire était simplement troublé dans sa possession, il lui suffirait d'invoquer un interdit possessoire (L. 1, § 6, D. *Uti possidetis*, 43-17).

Objet de la revendication. — La revendication n'est applicable qu'aux choses corporelles, *in commercio*, susceptibles de propriété quiritaire. Il faut donc exclure de sa sphère d'application les fonds provinciaux et toutes les *res extra commercium* (1).

La revendication exige, en outre, que la chose existe au temps de la *litis contestatio;* on ne revendique pas ce qui n'est plus, *res extinctæ vindicari non possunt*. A ce point de vue, on considère comme *res extinctæ*, non seulement les choses qui ont réellement péri par la désagrégation matérielle de leurs parties, mais encore celles qui, jointes à quelque autre en qualité d'accessoire, n'ont plus d'existence individuelle et distincte; tels le ruban de pourpre attaché au vêtement, les matériaux réunis en construction sur le sol, etc. Mais la revendication redevient possible après la séparation de l'accessoire, suivant les règles et sous les restrictions déjà développées dans la théorie de l'accession (*suprà*, p. 183 et s.).

D'ailleurs, la revendication ne porte pas nécessairement sur des *res singulæ*, elle peut valablement s'appliquer à un ensemble de choses corporelles ou *universitas facti*, comme un troupeau, etc. (L. 1, § 3, D. *De rei vind.*, 6-1).

Qui peut revendiquer. — La revendication n'appartient qu'au propriétaire *ex jure Quiritium* qui n'a plus la possession. Mais il en

(1) Par exception toutefois, et bien que le fils de famille ne fût pas un véritable objet de propriété, il pouvait être revendiqué par le père *adjecta causa* (L. 1, § 2, D. *De rei vind.*, 6-1).

est toujours investi, sans qu'on ait à distinguer si la propriété lui est advenue par un mode d'acquérir du droit des gens ou du droit civil, sur une *res mancipi* ou *nec mancipi ;* il suffit qu'il ait la propriété quiritaire au moment où il intente la revendication (L. 23, pr. D. *De rei vind.*, 6-1).

Preuve. — Conformément aux principes du droit commun, c'est au demandeur à faire la preuve de son droit de propriété (*Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 4).

Cette preuve ne consiste pas seulement à établir qu'il a pris toutes les précautions exigées par la prudence, c'est-à-dire qu'il a traité, avec un propriétaire capable, en vertu d'une cause régulière d'acquisition, comme une mancipation ou une tradition. Il doit en outre démontrer que toutes les conditions nécessaires pour conférer le *dominium* avaient été réunies également sur la tête de son auteur, des auteurs de son auteur, etc. Aussi la preuve directe de la propriété serait presque impossible dans la plupart des cas, si l'institution bienfaisante de l'usucapion n'en venait aplanir singulièrement les difficultés. Il lui suffira d'établir qu'il a usucapé, c'est-à-dire qu'il a possédé de bonne foi et en vertu d'un juste titre pendant tout le temps requis pour l'*usucapion* (*Gaius*, II, 44. — *Inst.*, L. II, t. VI, *De usucapionibus*, pr. — *Suprà*, p. 169).

Contre qui peut-on revendiquer. — La revendication ne peut atteindre que le possesseur de la chose. On ne recherche pas, du reste, s'il a la possession juridique ou la simple détention, s'il possède pour lui-même ou pour autrui ; *ab omnibus qui tenent peti potest*, nous dit Ulpien (L. 9, D. *De rei vind.*, 6-1).

Cette règle fut cependant modifiée, en matière immobilière, par l'empereur Constantin. Le détenteur pour autrui d'un immeuble dut, sur l'action en revendication, procéder à la *nominatio* ou *laudatio auctoris*, c'est-à-dire indiquer la personne au nom de laquelle il possédait. A défaut de cette déclaration, le détenteur continuait à défendre suivant les anciens usages, mais à ses risques et périls envers son auteur. La déclaration faite, l'auteur était averti de se présenter dans un délai fixé par le juge ; s'il n'obéissait, après trois citations, le juge ordonnait au détenteur, sur examen sommaire de la cause, de restituer l'immeuble au demandeur, tous les droits de l'absent d'ailleurs réservés.

Cette innovation de Constantin offrait un triple avantage. Car le demandeur suivait ainsi la voie la plus propre à produire une solu-

tion définitive, le détenteur se dérobait au procès sur la propriété, qui lui était indifférent, et le vrai possesseur avait occasion d'exercer lui-même ses moyens de défense (L. 2, C. *Ubi in rem actio*, 3-19).

Le principe que la revendication est toujours intentée contre le possesseur se combine avec une seconde règle, *Dolus pro possessione est* (L. 131, D. *De regulis juris*, 50-17).

En d'autres termes, la revendication frappe quelquefois une personne qui n'est plus en possession, mais qu'on suppose y être, et qui s'appelle *fictus possessor*. Tel est l'individu qui a cessé de posséder par dol avant la *litis contestatio*, c'est-à-dire, qui a détruit, aliéné ou abandonné la chose revendiquée ; si même il ne s'est défait de la chose qu'en vue d'opposer au revendiquant un adversaire plus redoutable, le préteur donne une action *in factum* pour lui réclamer indemnité (L. 27, § 3, D. *De rei vind.*, 6-1) (1).

Tel est aussi le défendeur *qui se liti obtulit*, c'est-à-dire qui se laisse attaquer en revendication par un demandeur de bonne foi, sans l'avertir qu'il ne possède pas, au risque de favoriser par ce moyen l'achèvement de l'usucapion entre les mains du tiers qui possède. Le *fictus possessor* subit toutes les condamnations prononcées ordinairement contre le possesseur de mauvaise foi (L. 25, D. *De rei vind.*, 6-1).

Formes de la revendication. — Même à l'époque classique, il y avait plus d'une manière d'intenter la revendication ; elle pouvait en effet s'exercer de trois manières différentes, *per sacramentum*, *per sponsionem* et *per formulam petitoriam*.

Sacramentum. — Dans les causes qui relevaient du tribunal des Centumvirs, on observait encore les solennités de l'*actio sacramenti ;* les formalités étaient remplies devant le magistrat, mais il ne délivrait pas d'instruction écrite. Le *sacramentum*, invariablement fixé à cent vingt-cinq sesterces, appartenait au gagnant et non plus au trésor public (*Gaius*, IV, 95).

Sponsio. — La *sponsio* était ici unilatérale et préjudicielle. Le défendeur s'engageait *cum satisdatione* à restituer la chose et les fruits, s'il venait à succomber ; cette promesse s'appelait *stipulatio pro prædе litis et vindiciarum*, en souvenir d'une vieille sûreté ana-

(1) Cette règle avait été appliquée par le sénatus-consulte Juventien à la pétition d'hérédité ; les jurisconsultes la généralisèrent pour identité de motifs et l'appliquèrent à toutes les actions réelles (L. 27, § 3, D. *De rei vind.*, 6-1).

logue du temps des actions de la loi (*Gaius*, IV, 91, 93, 94. — *Suprà*, p. 744).

Formula petitoria. — Tous ces procédés furent enfin supplantés par la *formula petitoria*, que Cicéron mentionnait déjà, et qui avait l'avantage d'une extrême simplicité. Par la formule pétitoire, en effet, le préteur chargeait directement le juge de vérifier si le demandeur était propriétaire : *hæc est, quâ actor intendit rem suam esse.* Le défendeur, sous peine de perdre au profit de son adversaire la possession de la chose et les avantages du rôle du défendeur, devait fournir la caution *judicatum solvi*, qui sera plus tard expliquée (*Gaius*, IV, 92) (1).

Effets de la revendication. — Comme les autres actions réelles, la revendication est une action arbitraire, *arbitraria*, en ce sens qu'elle comporte un *arbitrium*.

Arbitrium. — On entend par *arbitrium* un jugement interlocutoire, que le juge prononce après avoir reconnu le bien fondé de l'*intentio* du demandeur, et qui ordonne au défendeur de restituer, faute de quoi interviendra la *sententia* ou jugement définitif de condamnation. La restitution doit mettre le demandeur dans la position qui eût été la sienne, s'il eût recouvré la chose au moment de la *litis contestatio ;* en un mot, elle doit comprendre *rem cum omni causâ*. Le défendeur est-il donc devenu propriétaire par l'achèvement de l'usucapion dans le cours du *judicium*, il est obligé de retransférer au demandeur la propriété, et de lui céder en même temps les actions qu'elle a pu lui donner, *actio furti*, *actio legis Aquiliæ*, etc. Dans toute autre hypothèse, le défendeur n'est tenu que de restituer matériellement la chose, avec ses accessoires, fruits et produits, à compter de la délivrance de la formule. Mais ces restitutions, complètes en apparence, pourraient être illusoires au fond, si le défendeur avait au préalable dégradé physiquement ou juridiquement la chose, par exemple, en faisant avaler du poïson à l'esclave, en établissant une servitude sur l'objet usucapé ; il fournit de ce chef la caution *de dolo* (L. 18 ; L. 45, D. *De rei vind.*, 6-1. — L. 35, D. *De verb. sign.*, 50-16).

(1) La formule de l'action en revendication qui nous a été conservée par Cicéron est ainsi conçue : *Si paret illum fundum Auli Agerii ex jure Quiritium esse, neque is fundus arbitratu tuo restituatur, judex, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium, Aulo Agerio condemna; si non paret, absolve.* (Cicéron, *In Verrem*, II, 12.)

Absolution. — Dans cette situation, le défendeur est absous : 1° s'il restitue ; 2° s'il prouve qu'il est, sans sa faute, dans l'impossibilité de restituer, notamment parce qu'il a perdu la possession ; 3° s'il obtient du juge un délai, moyennant caution suffisante.

Refuse-t-il de restituer, le juge n'a d'autre pouvoir, dans les premiers temps du système formulaire, que de lui infliger une condamnation pécuniaire.

Mais, tout au moins depuis les grands jurisconsultes classiques, le juge peut ordonner contre le défendeur récalcitrant la dépossession par la force, *manu militari*, *manu ministrorum*, c'est-à-dire au moyen d'agents d'exécution, qui sont militaires ou civils suivant les époques. Une remarque capitale, c'est que la réintégration violente du demandeur n'est praticable qu'en présence d'un obstacle de fait, tel que le refus de restituer ou d'exhiber. Au contraire, s'il faut obtenir un acte juridique qui exige le concours de la volonté du défendeur, comme la retranslation d'une propriété usucapée *inter moras litis*, l'exécution forcée reste impossible (L. 18 ; L. 45. D. *De rei vind.*, 6-1. — L. 35, D. *De verb. sign.*, 50-16) (1).

Condamnation. — Il n'y a donc lieu à la condamnation du défendeur qu'au défaut d'une pleine exécution volontaire ou forcée de l'*arbitrium* ou *jussus judicis*, c'est-à-dire : 1° quand le demandeur n'a pas requis l'emploi de la *manus militaris*, ou lorsque l'exécution forcée est impossible ; 2° quand le défendeur s'est mis par son dol ou sa faute dans l'impossibilité de restituer ; 3° quand la restitution n'est pas complète, et qu'il faut la parfaire au moyen d'une indemnité.

Quel sera le montant de la condamnation ? On distingue suivant que le défendeur est ou non coupable de dol. Le défendeur n'a-t-il aucun dol à se reprocher, il sera condamné à la juste valeur de la chose d'après l'estimation qu'en fera le juge, *quanti ea res erit*. Est-ce au contraire par dol que le *reus* s'est mis dans l'impossibilité de restituer, il sera condamné à la réparation pécuniaire que fixera le demandeur, sous la foi du serment, *quanti actor in litem juraverit*. Dans le cas où le demandeur a procédé au *juramentum in litem*, il est réputé avoir vendu la chose au défendeur pour la somme par lui

(1) Plusieurs interprètes soutiennent cependant que l'exécution *manu militari*, encore impossible à l'époque classique, ne fut permise que dans le dernier état du droit ; cette doctrine nous semble contredite par les textes les plus formels (L. 68, D. *De rei vind.*, 6-1).

fixée (L. 47 ; L. 69, D. *De rei vind.*, 6-1 ; L. 5, D. *De in lit. jur.*, 12-3; L. 1 ; L. 3, D. *Pro emptore*, 41-4).

CHAPITRE X

ACTIONS CONFESSOIRE ET NÉGATOIRE.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 2.)

Les démembrements de la propriété, connus sous le nom de servitudes prédiales ou personnelles, donnent naissance à deux actions réelles qui sont des *vindicationes rerum incorporalium*.

L'action confessoire (*confiteri*, affirmer) a pour objet d'établir l'existence d'une servitude quelconque ; l'action négatoire (*negare*, nier) a pour objet d'en établir l'inexistence. L'une pourrait s'appeler affirmative, l'autre négative.

C'est d'ailleurs par le fond de la demande, et non par les mots, que s'en révèle le caractère. Ainsi, l'action confessoire est conçue dans un langage négatif, lorsqu'on prétend que le propriétaire d'un immeuble n'a pas le droit de construire au delà d'une certaine hauteur, etc. ; au contraire, l'action négatoire est conçue dans un langage affirmatif, lorsqu'on se prétend investi de la propriété franche et libre de telle chose, etc.

Formes. — Dans leurs formes, l'une et l'autre ont offert, suivant les époques, les trois procédés signalés pour la revendication, et se sont intentées, d'abord par l'*actio sacramenti*, plus tard *per sponsionem* et enfin *per formulam petitoriam*. Mais les formules de ces deux actions ne nous ont pas été conservées (*Gaius*, IV, 91, 92).

Elles obligeaient d'ailleurs le défendeur à fournir les garanties déjà connues, soit la *stipulatio pro præde litis et vindiciarum*, soit la caution *judicatum solvi* (*Inst.*, L. IV, t. XI, *De satisdationibus*, pr.).

Nature et effets. — Dans leur nature et leurs effets, l'une et l'autre sont arbitraires ; le juge y évalue donc, par un interlocutoire, les satisfactions à fournir par le défendeur, s'il veut échapper au jugement définitif de condamnation.

Dans leur application, l'une et l'autre soulèvent une même difficulté juridique. En effet, l'action confessoire se donne à la personne qui se prétend investie d'une servitude, soit pour la défendre quand elle l'exerce, soit pour la réclamer quand elle ne l'exerce pas. De

même, l'action négatoire se donne au propriétaire qui se prétend libre d'une servitude, soit qu'il veuille en prévenir l'exercice, soit qu'il veuille y mettre un terme. Bref, à la différence de la revendication qu'on refuse au propriétaire qui possède, les deux actions confessoire et négatoire n'exigent aucunement le défaut de possession (L. 5, § 6, D. *Si ususfr. petat.*, 7-6; L. 6, § 1; L. 8, § 3, D. *Si servit. vindic.*, 8-5).

Comment s'expliquer cette diversité saillante de règles entre des voies de droit également *in rem* et civiles? C'est que, par suite d'une erreur déjà signalée, la vieille loi romaine considérant à tort la possession comme corrélative à la propriété, ne reconnaissait pas de possession correspondante aux autres droits réels. Dès lors, le titulaire d'une servitude n'a pas d'action possessoire pour se maintenir en exercice contre le trouble; il doit employer dans ce but le même moyen qui lui procurerait l'exercice, s'il ne l'avait pas, c'est-à-dire l'action au pétitoire, l'*actio confessoria*. Pour une raison analogue, le propriétaire troublé par des actes de servitude sur son fonds ne peut s'en préserver au moyen des interdits attachés à sa possession de maître; car cette poursuite possessoire n'atteindrait pas un adversaire qui se prévaut d'un droit non susceptible de possession; les deux prétentions ne se rencontreraient donc pas, et le propriétaire n'a d'autre ressource que d'agir au pétitoire par l'*actio negatoria*.

Il est vrai que le préteur admit bientôt une *quasi-possessio* des servitudes, et modifia par conséquent la théorie des *interdicta* pour l'y appliquer. Mais, suivant un phénomène bien des fois constaté, l'ancienne doctrine survécut à sa cause; le titulaire de la servitude ou le propriétaire, quoique capable désormais de se protéger par un interdit, conserva la faculté de défendre son état de fait par la voie possessoire ou la voie pétitoire, à son choix (L. 5, § 1, D. *Si ususf. pet.*, 7-6; L. 4, § 5, D. *Si servit. vind.*, 8-5; L. 3; L. 4, D. *Uti possid.*, 43-17).

Preuve sur l'action négatoire. — La question de preuve ne soulève aucune difficulté quand il s'agit de l'action confessoire; c'est incontestablement le demandeur qui doit établir l'existence de la servitude prédiale ou personnelle qu'il allègue (L. 9; L. 10, C. *De servitutibus*, 3-34).

Mais l'action négatoire donne lieu, à ce point de vue, à une controverse qui lui est particulière. Le propriétaire y joue le rôle de

demandeur ; est-il forcé, comme tout autre demandeur, de faire la preuve de sa prétention, c'est-à-dire d'établir l'inexistence de la servitude sur sa chose? ou bénéficie-t-il de la présomption ordinaire que la propriété est franche et quitte jusqu'à preuve contraire, de manière que la nécessité d'établir l'existence de la servitude retombe sur le défendeur? Chacune des deux opinions est plausible et compte des partisans (L. 2, D. *De probat.*, 22-3. — L. 15, D. *De operis novi nunt.*, 39-1) (1).

Mais, entre ces deux extrêmes, il y a place pour une troisième doctrine qui concilie heureusement les deux principes contraires. Il faut rechercher si la conclusion du demandeur sur l'action négatoire est contraire ou conforme à l'état de choses actuel. Dans le cas où la servitude s'exerçait déjà, qu'il en prouve l'inexistence ; lorsque la servitude ne s'est pas encore exercée, au défendeur le soin d'en prouver l'existence. C'est la solution logique et juste que propose le jurisconsulte Ulpien (L. 8, § 3, D. *Si servitus vindic.*, 8-5).

CHAPITRE XI

PÉTITION D'HÉRÉDITÉ.

La pétition d'hérédité est aussi une *vindicatio rei incorporalis*, parce que le droit héréditaire est absolument distinct des choses corporelles sur lesquelles il porte (L. 27, § 3, D. *De rei vind.*, 6-1).

Objet de la pétition d'hérédité. — La *petitio hereditatis* a pour objet de faire reconnaître que le demandeur est héritier de telle personne décédée. Elle est totale ou partielle, et, dans le langage des modernes, universelle ou à titre universel, selon que le demandeur se prétend héritier pour le tout, *ex asse*, ou seulement pour une quote-part, *ex parte*. Cette distinction porte uniquement sur le titre et la vocation du demandeur, non sur l'étendue de sa demande.

(1) Les auteurs qui enseignent que c'est au demandeur à prouver l'inexistence de la servitude en vertu de la règle : *actori incumbit probatio*, font remarquer que le propriétaire trouve dans la procédure un moyen facile de circonscrire et par conséquent de faciliter la preuve qui lui incombe. Il procédera à une *interrogatio in jure*, demandera à son adversaire quelle est la servitude qu'il veut exercer et comment il prétend l'avoir acquise ; il prouvera ensuite que l'établissement de la servitude ne s'est pas opéré dans les circonstances indiquées par le défendeur (*suprà*, p. 755).

Ainsi, quand il se prétend seul héritier, la *petitio* est universelle, le défendeur ne possédât-il qu'une ou plusieurs choses déterminées. En revanche elle est partielle, même à l'encontre d'un défendeur qui possède toute l'hérédité, lorsque le demandeur ne se prétend héritier que pour une partie (L. 1, § 1, D. *Si pars. hered. pet.*, 5-4).

A qui appartient la pétition d'hérédité. — La pétition d'hérérité ne compète qu'aux héritiers du droit civil qui n'ont pas la possession. On ne distingue pas si le demandeur est héritier testamentaire ou légitime, et si sa vocation repose sur la loi des Douze Tables, sur un sénatus-consulte ou sur une constitution impériale. Peu importe aussi que l'hérédité lui ait été acquise directement ou qu'elle lui ait été procurée par l'intermédiaire d'une personne placée sous sa puissance (L. 1; L. 2; L. 3, D. *De hered. pet.*, 5-3; L. 1, § 1, D. *Famil. ercisc.*, 10-2).

Le successeur prétorien, *bonorum possessor*, investi de l'interdit *quorum bonorum*, et le fidéicommissaire universel, ont fini par obtenir une pétition d'hérédité utile, qui s'est appelée *possessoria* ou *fideicommissaria* (L. 1, D. *De possess. her. pet.*, 5-5; L. 1; L. 2, D. *De fideic. her. pet.*, 5-6).

Le demandeur à la pétition d'hérédité doit logiquement faire la preuve; il doit établir deux choses : d'abord qu'il est héritier, ensuite que les choses par lui réclamées dépendent de l'hérédité; mais il n'est pas tenu de pouver son droit de propriété.

Contre qui est donnée la pétition d'hérédité. — A la différence de la revendication, la pétition d'hérédité ne peut s'intenter contre un possesseur quelconque, mais seulement contre le possesseur *pro herede* et le possesseur *pro possessore* (L. 9, D. *De hered. pet.*, 5-3).

Le possesseur *pro herede* est celui qui, de bonne ou de mauvaise foi, à tort ou à raison, se prétend héritier et conteste cette qualité au demandeur. Le possesseur *pro possessore* est celui qui ne saurait alléguer aucune cause légitime de sa possession et ne se prétend pas héritier, *qui interrogatus cur possideat, responsurus sit quia possideo.*

On leur assimile le *fictus possessor* dans le double sens déjà signalé.

Contre les personnes qui possèdent à tout autre titre des objets singuliers ou même une partie de la succession, notamment contre les possesseurs *pro emptore*, *pro donato*, etc., l'héritier doit agir, soit par les actions particulières à chaque genre de réclamation, soit par la revendication. Mais ils pourront, en lui opposant l'exception *quod*

præjudicium hereditati non fiat, le renvoyer à débattre d'abord son titre héréditaire avec leur auteur, c'est-à-dire avec leur vendeur ou donateur, etc. (L. 10; L. 11; L. 12; L. 25, § 17, D. *De hered. petit.*, 5-3. — L. 7, C. *De hered. petit.*, 3-31).

De là résulte que le demandeur a le droit d'interroger *in jure* le défendeur sur la qualité de sa possession, et de la réponse dépendra le choix définitif de l'action (L. 11. C. *De hered. petit.*, 3-31).

D'ailleurs, le défendeur à la pétition d'héridité n'est pas nécessairement un détenteur de choses corporelles, c'est-à-dire un *possessor rei;* il peut être en effet un *possessor juris*, c'est-à-dire se prétendre investi d'un droit héréditaire autre qu'un droit de propriété. Ainsi, qu'un débiteur du défunt refuse de payer en alléguant qu'il est lui-même héritier et qu'en conséquence la dette s'est éteinte par confusion, il est *possessor juris* et à ce titre passible de la pétition d'hérédité. (L. 13, § 15; L. 42, D. *De hered. pet.*, 5-3).

Formes de la pétition d'hérédité. — La procédure de la pétition d'hérédité offre les trois formes de la revendication, d'abord l'*actio sacramenti* devant le tribunal des Centumvirs, ensuite la *sponsio*, enfin la formule pétitoire. Il est pourtant vraisemblable qu'elle resta plus longtemps fidèle aux deux premiers procédés et qu'ici, la *formula petitoria* fut plus lente à s'introduire que pour la *rei vindicatio* (*Gaius*, IV, 91, 92. — Cicéron, *In Verrem*, II, 45).

Effets de la pétition d'hérédité. — La *petitio hereditatis* est une action arbitraire comme la revendication; il suffit de lui appliquer toutes les règles posées pour la *rei vindicatio* en ce qui concerne l'*arbitrium judicis* et l'exécution forcée *manu militari*.

Qaunt aux restitutions à exiger du défendeur, il faut faire une distinction capitale entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. Cette distinction résulte d'un sénatus-consulte célèbre voté sur la proposition de l'empereur Adrien et que les commentateurs ont appelé Juventien, du nom de l'un des quatre consuls qui furent chargés de présenter l'*oratio* au Sénat (L. 20, § 6, D. *De hered. pet.*, 5-3).

Il est de principe d'abord que tout défendeur doit restituer ce qu'il a de la succession, c'est-à-dire les choses héréditaires et tous les accessoires, fruits et produits acquis à leur occasion. Car le droit revendiqué dans la pétition est une universalité qui s'accroît de tout ce qu'engendre la succession; c'est ce qu'on exprime par

la règle *Fructus augent hereditatem*, qui distingue cette action de la revendication proprement dite. Mais le défendeur de bonne foi ne restitue que ce qu'il a réellement possédé, et n'est comptable de ses aliénations que jusqu'à concurrence de son enrichissement (L. 25, § 1, § 11; L. 30, D. *De hered. pet.*, 5-3).

Le défendeur de mauvaise foi est au contraire tenu de rendre tout ce qu'il a acquis et tout ce qu'il aurait pu acquérir *ex causa hereditaria*, c'est-à-dire non seulement tout ce qu'il possède, mais encore ce qu'il a cessé ou même omis de posséder; il répond également des valeurs dont il a disposé, qu'il en ait ou non profité. Il paraît même obligé de payer au double l'estimation des fruits qu'il aurait dû ou pu percevoir (L. 25, § 8, D. *De hered. pet.*, 5-3. — *Inst.* L. IV, t. XVII, *De off. judicis*, § 2).

Mais l'un et l'autre obtiennent la restitution des impenses occasionnées par les fruits qu'ils ne gardent pas, et les impenses nécessaires qu'ils ont faites sur les biens de la succession. Cependant les impenses utiles ne sont restituables au possesseur de mauvaise foi que jusqu'au maximum de la plus-value qui en résulte, tandis que le possesseur de bonne foi a droit à la restitution même de celles qui se trouvent perdues; il peut aussi réclamer ses dépenses simplement voluptuaires (L. 38; L. 39, D. *De hered. pet.*, 5-3).

A raison de ces questions complexes et de ces obligations multiples qui peuvent se lier à la pétition d'hérédité, certains jurisconsultes, sans lui dénier la nature d'action réelle, la qualifiaient de *mixta personalis*. D'autres enseignaient que l'exception de dol s'y trouvait sous-entendue, pour y reconnaître au juge les pouvoirs dont il était investi dans une action de bonne foi. C'est là probablement tout ce qu'a voulu dire Justinien, en classant la pétition d'hérédité dans les *judicia bonæ fidei* (L. 38; L. 39; L. 50, § 1; L. 58, D. *De hered. pet.*, 5-3. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 28).

ACTIONS *IN REM* PRÉTORIENNES.

Toute action relève bien du préteur ou du magistrat, dans ce sens qu'il en délivre la formule ou qu'il la juge lui-même. Mais y a des cas où c'est le préteur, et non la loi, qui confère le droit

d'agir; l'action est alors qualifiée de prétorienne. Le préteur veut par là compléter ou corriger la législation civile. Il a le choix entre deux méthodes principales : 1° ou bien il construit la formule sur une hypothèse fictive, comme si les conditions de la législation civile étaient réalisées ; c'est une action *fictice;* 2° ou bien il se contente de poser au juge une question de fait, et construit la formule *in factum.*

Les Institutes indiquent cinq actions réelles prétoriennes qui sont : La Publicienne, l'action rescisoire, la Paulienne, la Servienne et l'action Quasi-Servienne ou hypothécaire. Les trois premières sont des actions fictices ; les deux autres sont des actions *conceptæ in factum* (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus,* § 3, 4, 5, 6, 7) (1).

CHAPITRE XII

ACTION PUBLICIENNE.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 4).

L'action Publicienne est une espèce de revendication, une action réelle *fictice,* fondée sur la supposition que le demandeur, lorsqu'il a perdu la possession de la chose, avait déjà fini une usucapion qui n'était en réalité que commencée. Le nom de cette action lui vient de son auteur, le préteur Publicius, probablement contemporain de Cicéron (2).

Cas d'application de la Publicienne. — Le but essentiel de la Publicienne, c'est d'asser par anticipation, à la personne en voie d'usucaper, un avantage que le droit civil ne lui reconnaîtrait pas avant l'achèvement du délai d'un an ou de deux ans.

(1) On trouve encore en dehors des Institutes un assez grand nombre d'actions réelles données par le préteur, mais ce sont toutes des actions civiles, étendues à titre d'*utiles* hors de leur cadre ordinaire d'application. Telle est la *rei vindicatio utilis* accordée au créancier gagiste, au superficiaire, à l'emphytéote, au propriétaire d'un fonds provincial. Telles sont les actions *confessoria* et *negatoria utiles* données à l'emphytéote, au superficiaire et à tous ceux qui n'ont qu'un droit prétorien. Telle est enfin la *petitio hereditatis utilis* accordée au *bonorum possessor* et au fideicommissaire universel.

(2) On ne connaît pas exactement la date de la Publicienne ; les uns placent la création de cette action en 516, d'autres en 519 ; d'autres enfin proposent 685 ; chacune de ces années nous présente en effet un préteur du nom de Publicius. (Cicéron, *Pro Cluentio,* 45.)

L'action Publicienne a donc une sphère d'application qui coïncide exactement avec celle de l'usucapion. Elle protège d'abord l'*in bonis* et donne au propriétaire prétorien le droit de réclamer sa chose partout où elle se trouve, avant même qu'il ait transformé sa propriété bonitaire en *dominium ex jure Quiritium*. Elle protège également la *possessio ad usucapionem* et permet au possesseur qui a acquis une chose *a non domino*, mais de bonne foi et avec juste titre, de récupérer la possession de cette chose, et d'achever l'usucapion qu'il avait commencée. Du reste, il va sans dire que, du jour où Justinien eut supprimé la propriété prétorienne, la Publicienne perdit son premier cas d'application et n'appartint plus désormais qu'au possesseur de bonne foi qui seul avait besoin d'usucaper (L. 1, D. *De Publiciana*, 6-2. — *Suprà*, p. 169).

Tel était le domaine régulier de la Publicienne ; mais la jurisprudence l'étendit à des cas où l'usucapion n'est pas possible. Il faut à ce point de vue distinguer si l'impossibilité d'usucaper tient à des motifs de bon sens et d'ordre public, ou seulement à la rigueur de règles arbitraires et subtiles. Dans la première hypothèse, la Publicienne est impossible comme l'usucapion ; c'est ainsi qu'elle ne s'applique pas aux *res extrà commercium*, aux *res furtivæ*, aux *res vi possessæ*. Dans la seconde hypothèse, la Publicienne est possible, à la différence de l'usucapion ; c'est ainsi qu'elle s'applique aux servitudes, aux fonds provinciaux, à l'emphytéose et à la superficie. Il n'y a donc pas d'antinomie entre ces décisions ; tout dépend des raisons qui empêchent d'usucaper (L. 9, § 5 ; L. 11, § 1 ; L. 12, § 2, 3, D. *De Publiciana*, 6-2).

Formes de la Publicienne. — Ses caractères. — A raison de son origine, l'action Publicienne n'offre pas la complication des trois formes signalées pour les *vindicationes* civiles, et se réalise toujours par la *formula petitoria*. Gaius nous a conservé la formule qui est ainsi conçue : *Judex esto. — Si quem hominem Aulus Agerius emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret...*, etc. (*Gaius*, IV, 36).

Elle est arbitraire, et n'est pas annale, quoique prétorienne ; elle est perpétuelle, *quia ad exemplum vindicationis datur* (L. 35, pr. D. *De oblig. et act.*, 44-7).

Parties à la Publicienne. — Déterminer les parties à la Publicienne consiste à rechercher à qui elle appartient et contre qui elle est donnée.

Demandeur. — La première condition requise pour jouer le rôle de demandeur dans la Publicienne, c'est d'avoir possédé. Ainsi l'héritier fidéicommissaire, le *bonorum possessor*, le *bonorum emptor* peuvent avoir la chose *in bonis* sans en avoir jamais été possesseurs ; en conséquence, ils ne sont pas investis de la Publicienne, et le préteur pourvoit à leurs besoins par d'autres moyens.

Elle n'appartient pas non plus au créancier qui a seulement le droit de demander la tradition, ni à l'acquéreur qui a simplement reçu l'*in jure cessio* ou la mancipation, sans avoir été mis en possession. Mais, une fois née au profit d'une personne qui possède, elle passe à ses héritiers, même avant leur entrée en possession (L. 7, § 9 ; L. 12, § 1, 7, D. *De Publiciana*, 6-2) (1).

Entre les possesseurs, la Publicienne n'appartient, en principe, qu'à ceux qui se trouvaient *in causâ usucapiendi*, et qui ont perdu la possession avant l'usucapion accomplie. Quand ils ont établi ce fait, c'est au défendeur à prouver qu'un obstacle s'opposait à l'usucapion, comme le vice de la chose, la mauvaise foi du demandeur, etc. Par faveur spéciale, ainsi qu'on l'a vu, l'action compète aussi aux possesseurs provinciaux, aux quasi-possesseurs de servitudes et aux titulaires d'un droit de superficie ou d'emphytéose, que des raisons de pure théorie écartent de l'usucapion (L. 12, § 2, 3, D. *De Publiciana*, 6-2).

Enfin, bien que destinée aux personnes dépourvues de la propriété quiritaire, elle profite fort souvent aux propriétaires *ex jure Quiritium*. Car ils peuvent reculer devant la preuve trop difficile de leur propriété, preuve indispensable à la revendication. Ils recourent alors à la Publicienne, pourvu qu'ils soient *in causa usucapiendi*. Elle ne leur procurera pas, comme l'eût fait la revendication, une reconnaissance judiciaire de leur propriété ; mais elle les oblige simplement à justifier que la chose leur a été livrée *ex justâ causâ*, double circonstance dont la démonstration ne saurait offrir d'embarras sérieux. C'est ainsi que l'héritier civil laisse parfois dormir son titre pour se présenter seulement en qualité de *bonorum possessor* (*suprà*, p. 693).

Défendeur. — A l'égard du défendeur, la Publicienne relève des

(1) Les différents textes sur lesquels on s'est appuyé, pour chercher à établir que la Publicienne compète à ceux qui n'ont jamais possédé, ont été mal interprétés ; car le texte de l'édit Publicien et la formule de l'action exigent indubitablement la possession (L. 1, § 3 ; L. 12, § 1 ; L. 15, D. *De Publiciana*, 6-2).

mêmes règles que la revendication ; elle s'intente contre quiconque détient la chose, sans distinction aucune. Cette doctrine a des contradicteurs, et va s'éclaircir par l'étude des effets de l'action.

Effets de la Publicienne. — La plupart des auteurs, dans un langage plus inexact peut-être que le fond de leur pensée, subdivisent la Publicienne en deux actions ou deux applications d'inégale énergie. Intentée par la personne en voie d'usucaper une *res mancipi* livrée *à domino*, disent-ils, elle doit triompher d'un défendeur quelconque, fût-ce le propriétaire quiritaire. Intentée par la personne en voie d'usucaper une *res* quelconque livrée *à non domino*, ou plus généralement lorsqu'elle est exercée par le simple possesseur de bonne foi, elle ne doit triompher que d'un défendeur inférieur en droit, et reste donc inefficace contre le *dominus ex jure Quiritium*.

Cette distinction est inacceptable. La Publicienne n'a qu'une formule, qui s'adapte également à tous les cas. Cette formule peut entraîner la défaite de tout défendeur, fût-il *dominus ex jure Quiritium ;* car elle charge le juge d'imposer au détenteur la restitution, ou de le condamner à défaut de restitution, s'il est reconnu que le demandeur a possédé dans les conditions voulues. Mais le défendeur, quand il est propriétaire, fait ajouter à la formule une exception tirée de son droit de propriété ; c'est l'exception *justi dominii*, qui paralysera le demandeur, s'il ne la renverse à son tour par une réplique. Réduite à ces termes, la difficulté n'est plus sérieuse ; on distingue suivant que la Publicienne est dirigée contre le *dominus*, contre un possesseur *ad usucapionem*, ou contre un possesseur ordinaire.

1° Intentée contre le *dominus* qui a fait simple tradition d'une *res mancipi*, la Publicienne est ordinairement victorieuse. Car, s'il oppose l'exception *justi dominii*, le demandeur lui répondra par la *replicatio doli mali* (exception de garantie) ; cette *replicatio* variera d'ailleurs avec le titre qui lui sert de base, ce sera tantôt la *replicatio rei venditæ et traditæ* si le demandeur invoque une vente, tantôt la *replicatio rei donatæ et traditæ*, s'il y a eu donation. Mais ce résultat n'est pas inévitable ; il se pourrait, par exemple, qu'à la réplique du demandeur le défendeur propriétaire opposât une *duplicatio legis Cinciæ*, c'est-à-dire une duplique fondée sur le motif qu'il a dépassé le taux de la loi Cincia dans sa donation (*Inst.*, L. IV, t. XIV, *De replicationibus*, § 1).

Intentée contre le *dominus* dont la chose avait été livrée par un

tiers sans droit, la Publicienne échoue le plus souvent. Car aucune réplique n'est alors possible, en thèse genérale, contre l'exception *justi dominii*. Cependant, il en est autrement dans certaines hypothèses, par exemple, si les qualités de propriétaire et de *tradens* se trouvent réunies sur la même tête à la suite d'une succession, etc. (L. 1, pr. § 1, D. *De except. rei vend.*, 21-3).

2° En laissant de côté le *dominus*, il ne serait pas juste que la Publicienne triomphât toujours contre un possesseur ordinaire. Ainsi l'on doit prévoir le cas où le défendeur est dans la même position qu'invoque le demandeur, c'est-à-dire *in causâ usucapiendi*. Nératius donnait alors la préférence à celui qui avait reçu tradition le premier ; Julien, dont l'opinion l'emporta dans la pratique, attribuait gain de cause, tantôt au plus ancien possesseur, lorsque les deux adversairus avaient reçu tradition du même *non dominus*, tantôt au possesseur actuel, lorsqu'ils avaient reçu tradition de deux auteurs différents (L. 31, § 2, D. *De actionibus empti*, 19-1 ; L. 9, § 4, D. *De Publiciana*, 6-2).

3° Enfin, la Publicienne réussit toujours, quand elle est dirigée contre un détenteur de mauvaise foi ou contre un possesseur qui ne peut valablement invoquer aucune *justa causa possessionis*. Il suffira que le demandeur établisse qu'il était en voie d'usucaper lorsqu'il a perdu la possession.

En résumé, et pour conclure, on voit que la Publicienne assure le triomphe du demandeur envers quiconque possède sans cause et sans bonne foi. Une dans sa formule et dans son essence, elle ne tend pas à dépouiller le propriétaire ; mais s'il est préservé, ce n'est qu'indirectement, au moyen d'une exception *justi dominii* qui le met dans la nécessité d'établir sa propriété. C'est un des cas très rares où le défendeur peut avoir à fournir la preuve de son droit ; les Institutes y font sans doute allusion dans un texte énigmatique qui a soulevé bien des controverses : *Sane uno casu, qui possidet nihilominus actoris partes obtinet* (L. 16 ; L. 17, D. *De Publiciana*, 6-2. — *Inst.* L. IV, t. VI ; *De actionibus*, § 2).

CHAPITRE XIII

ACTION RESCISOIRE.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 5.)

L'action rescisoire, quelquefois appelée contre-Publicienne, n'est pas une action *sui generis*, comme on l'a prétendu. Ce n'est que l'action en revendication civile ou prétorienne rendue à son ancien titulaire par suite de la rescision de l'usucapion opérée par le magistrat.

Il arrive souvent en effet que, par le moyen d'une fiction inverse de celle qui se rencontre dans la Publicienne, le préteur tient pour non avenue une usucapion accomplie, et la rescinde pour rendre au propriétaire une action que cette usucapion lui avait fait perdre. L'action rescindée sera donc *rescissoria* par son effet, et réelle-fictice par sa nature.

Cas d'application de l'action rescisoire. — Au temps des jurisconsultes classiques, l'action rescisoire s'applique à deux hypothèses bien distinctes.

1° L'usucapion s'est accomplie *au préjudice d'un propriétaire* empêché de l'interrompre par une cause légitime, telle que l'absence pour service public, *absentia reipublicæ causa*, ou la captivité chez l'ennemi, *captivitas* (L. 1, § 1, D. *Ex quibus causis majores*, 4-6).

2° L'usucapion s'est accomplie *au profit d'un absent*. Pour comprendre cette seconde application, il faut se rappeler que le droit civil ne donne aucun moyen d'agir contre le défendeur dont on ne peut rencontrer la personne. Le droit prétorien fournissait, il est vrai, la ressource de la *missio in possessionem* : mais il est permis de conjecturer que le *missus* n'avait pas la possession juridique des biens de l'absent, et par conséquent n'interrompait pas l'usucapion ; d'ailleurs, la *missio* lui donnât-elle une vraie possession, il n'avait pas toujours le moyen d'y comprendre la chose litigieuse. Du reste, on n'a pas à se préoccuper ici du motif légitime ou non de l'absence ; il suffit que la poursuite ait été rendue impossible (L. 21, § 1 ; L. 23, § 4 ; L. 26, § 2, D. *Ex quibus causis majores*, 4-6).

Dans le droit de Justinien, la seconde application de l'action rescisoire n'existe plus ; car on se rappelle que ce prince donne

au propriétaire des moyens faciles d'interrompre civilement l'usucapion qui court au profit d'un absent (L. 2, C. *De annali except.*, 7-40. — *Suprà*, p. 180).

Les Institutes n'avaient donc à mentionner que le premier des deux cas précités. Mais par une inadvertance bizarre, elles ne visent textuellement que le second ; cependant ce hasard de rédaction ne jette aucun nuage sur la pensée de Justinien (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 5).

Conditions, effets et nature. — Du reste, la rescision de l'usucapion accomplie constitue toujours une *restitutio in integrum* qui met le préteur en contradiction directe avec le droit civil. On doit donc appliquer ici, sans hésitation, les principes généraux et les conditions ordinaires de la *restitutio in integrum*, tels qu'on les a déjà vus à propos de la tutelle et qu'on les retrouvera bientôt (*suprà*, p. 110 et s.).

Pour déterminer les véritables résultats et la véritable nature de l'action rescisoire, envisageons les moyens pratiques dont se sert le préteur pour arriver au but qu'il poursuit.

Or, la rescision de l'usucapion accomplie peut s'opérer soit à l'aide d'une exception, soit à l'aide d'une action.

Restitutio *par le moyen d'une exception*. — Tantôt la *restitutio* a lieu par le moyen d'une exception. Supposons, en effet, que le précédent propriétaire ou possesseur de bonne foi recouvre la possession de la chose usucapée à son préjudice ; si l'acquéreur par usucapion revendique contre lui, le préteur lui accordera une exception pour paralyser cette revendication (L. 28, § 5, D. *Ex quibus causis majores*, 4-6).

Restitutio *par le moyen d'une action*. — Tantôt la *restitutio* a lieu par le moyen d'une action. Ici, deux voies peuvent s'ouvrir.

Titius élait *in causâ usucapiendi* avant l'usucapion accomplie à son détriment par Séius; il remplit donc les conditions voulues pour intenter l'action Publicienne, et l'intente. Séius lui oppose l'exception *justi dominii;* mais le préteur la paralyse, en rescindant par une *restitutio* l'usucapion qui lui sert de fondement. Tel est le cas prévu dans une loi célèbre, qui a fait le tourment des interprètes (L. 57, D. *Mandati*, 17-1).

Titius est devenu propriétaire d'une chose, soit par usucapion, soit de toute autre manière. A la faveur de son absence, Séius usucape la même chose. Titius ne serait donc plus admis à revendiquer,

puisqu'il a perdu le domaine quiritaire. Mais le préteur lui rend la revendication, en rescindant par une *restitutio* l'usucapion qui l'en avait privé.

Dans ces deux hypothèses, l'action donnée au demandeur repose sur la rescision de l'usucapion acquise à l'adversaire. Par l'une de ces voies, le dépouillé intente l'action Publicienne qu'il avait conservée, et le préteur la débarrasse seulement de l'obstacle qu'elle devait trouver dans l'exception *justi dominii*. Par l'autre de ces voies, le dépouillé intente l'action en revendication qu'il avait perdue, et que lui rend le préteur. Les circonstances déterminent l'emploi de l'un ou de l'autre de ces deux procédés. Celui qui n'était, avant l'usucapion accomplie à son préjudice, que possesseur *in causâ usucapiendi*, ne peut se servir que de la Publicienne. Celui qui était devenu propriétaire sans avoir été *in causâ usucapiendi*, notamment par *in jure cessio* ou *mancipatio*, ne peut se servir que de la revendication. Enfin, celui qui avait acquis la propriété par usucapion a le choix entre la revendication et la Publicienne.

Mais en définitive qu'est-ce, au fond, que cette action rescisoire ? C'est tout simplement l'action réelle qui appartenait au demandeur, avant l'achèvement de l'usucapion dont il se plaint ; c'est l'action en revendication civile ou prétorienne, rendue à son titulaire primitif par le résultat de la rescision. *Vindicatio* ou *Publiciana* ressuscitée, notre action rescisoire n'a donc pas d'existence propre et distincte. Les auteurs qui ont voulu l'individualiser, sous le nom de contre-Publicienne, ont commis une erreur formelle et donné l'existence à un mythe.

L'action rescisoire n'est d'ailleurs qu'annale, *quia contra jus civile datur* (L. 35, D. *De oblig. et act.*, 44-7).

CHAPITRE XIV

ACTION PAULIENNE.

(*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 6.)

Le droit civil n'annule pas les actes faits par un débiteur en fraude de ses créanciers ; la loi Ælia Sentia déroge seule à cette règle pour les affranchissements (*suprà*, p. 21).

Mais le préteur est intervenu de très bonne heure, en organisant au profit des créanciers plusieurs moyens juridiques destinés à les protéger contre les actes frauduleux de leur débiteur qui tendraient à diminuer le gage de leurs créances.

Mesures de protection organisées par le préteur en faveur des créanciers. — Pour sauvegarder l'intérêt des créanciers, il existe trois mesures de protection créés à des dates différentes par le droit prétorien :

1° L'action Paulienne dont s'occupent ici les Institutes ; elle est essentiellement réelle, puisque Justinien en caractérise l'effet par les mots *rem petere*, et qu'elle se trouve mentionnée entre l'action rescisoire et l'action hypothécaire, l'une et l'autre réelles ; mais il n'y a pas d'autre texte où ce même caractère lui soit attribué (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 6) ;

2° L'action Paulienne personnelle, la seule qu'étudient les jurisconsultes du Digeste (L. 1 pr., D. *Quæ in fraud. credit.*, 42-8. — *Conf.* C. C. art. 1167) ;

3° Un interdit qualifié de fraudatoire, *interdictum fraudatorium* (L. 67, § 1, 2. D. *Ad. Senat. Treb.*, 36-1).

Les interprètes sont loin de s'entendre sur la progression chronologique de ces trois institutions. Dans l'opinion qui paraît la meilleure, l'action personnelle est la plus ancienne ; elle prit le nom de son auteur, le préteur *Paulus*, et fut probablament organisée avant la loi Ælia Sentia. Applicable indistinctement à tous les actes frauduleux du débiteur, elle forçait les tiers qui avaient bénéficié de ces actes à remettre dans son patrimoine le montant du préjudice subi par les créanciers. Elle restait donc insuffisante contre les tiers insolvables ; aussi, dans le cas spécial où l'acte frauduleux du débiteur était une aliénation, sembla-t-il préférable d'accorder aux créanciers l'interdit fraudatoire. Ils obtenaient par cette voie la possession de l'objet aliéné lui-même, et se dérobaient à la loi du concours avec les autres créanciers du tiers. Mais de l'interdit *fraudatorium* qui est une voie possessoire, pour arriver à l'action Paulienne réelle qui est un moyen pétitoire, il n'y avait qu'un pas à faire ; la distance fut franchie par Justinien ou ses prédécesseurs, et le silence du Digeste ou du Code sur ce point est ainsi expliqué.

Cette marche est conforme à l'esprit général de la législation romaine ; car on sait que les jurisconsultes classiques répugnaient,

non sans raison peut-être, à reconnaître le caractère *in rem* aux actions résolutoires ou rescisoires.

Nous traiterons simultanément de l'action Paulienne personnelle et de l'action Paulienne réelle, en indiquant avec soin les règles communes qui les régissent et les différences principales qui les distinguent. Remarquons d'abord que ces deux actions n'ont pas la même nature et ne tendent pas au même but.

L'action Paulienne *in rem* est une action *réelle-fictice*, destinée à faire rentrer dans le patrimoine du débiteur les choses qui ont été frauduleusement aliénées.

L'action Paulienne *in personam* est une action *personnelle*, *concepta in factum* et tendant à obliger les tiers, qui ont profité des actes frauduleux du débiteur, à remettre dans son patrimoine le bénéfice qu'ils ont réalisé.

Conditions d'exercice de l'action Paulienne. — L'action Paulienne tant réelle que personnelle est soumise à trois conditions identiques ; il faut : 1° que les créanciers éprouvent un préjudice ; 2° que le débiteur ait agi frauduleusement ; 3° que la poursuite soit intentée dans l'année.

I. — *Préjudice.* — Il faut d'abord l'*eventus damni*, c'est-à-dire que l'acte du débiteur ait causé un préjudice aux créanciers. L'action Paulienne suppose donc que les créanciers ont obtenu la *missio in possessionem* des biens du débiteur, et que, la *venditio bonorum* ayant eu lieu, il a été démontré que l'actif était insuffisant pour payer tous les créanciers ; car l'acte n'aura pu causer de préjudice qu'en augmentant ou provoquant l'insolvabilité du débiteur (L. 1, D. *Quæ in fraudem credit.*, 42-8. — L. 5, C. *De revocandis*, 7-75).

De ce principe résulte la conséquence que cette action appartient seulement aux créanciers antérieurs à l'acte du débiteur, ou subrogés dans les droits de créanciers antérieurs ; car eux seuls ont pu éprouver un préjudice de l'acte réalisé par le débiteur (L. 10, § 1, D. *Quæ in fraud.*, 42-8).

Enfin le préjudice ne doit pas consister dans l'omission d'une acquisition profitable, mais dans un appauvrissement direct du débiteur, dans une diminution positive de son patrimoine. Ainsi les créanciers n'auraient pas la faculté d'attaquer par la Paulienne la répudiation avantageuse d'une succession *Pertinet Edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur*

(L. 6, pr. D. *Quæ in fraudem*, 42-8. — *Conf.* C. C., art. 622, 788, 1053, 2225).

II. — *Intention fauduleuse.* — Il faut de plus l'*animus fraudandi*, le *consilium fraudis*, c'est-à-dire que le débiteur ait eu conscience du dommage qu'il allait causer.

Si donc un débiteur diminue sans mauvaise intention un patrimoine déjà insuffisant, ou qui du coup le devient, l'action Paulienne est irrecevable. De même, à supposer qu'il eût l'intention de frustrer ses créanciers, ils ne pourront se plaindre si l'événement a trompé son attente, et que son actif soit resté assez vaste pour acquitter toutes ses dettes. Le mot *fraus*, en notre matière, revêt un sens complexe et renferme les deux éléments de l'*eventus* et du *consilium* (L. 79, D. *De regulis juris*, 50-17).

III. — *Année utile.* — Comme toutes les actions prétoriennes qui tendent à la rescision d'actes civilement valables, l'action Paulienne ne se donne que durant une année utile, qui commence à courir du jour de la *venditio bonorum*. L'année expirée, l'action n'est pas absolument éteinte, mais le défendeur n'en reste plus tenu que jusqu'à concurrence de son enrichissement, *quatenus locupletior factus est* (L. 6, § 14; L. 10, § 24, D. *Quæ in fraudem*, 42-8).

Personnes qui sont passibles de l'action Paulienne. — Malgré l'opinion généralement contraire des interprètes, on doit signaler une différence radicale entre l'action Paulienne réelle des Institutes et l'action Paulienne personnelle du droit classique.

Action Paulienne réelle. — Du moment qu'on suppose remplies les conditions précédentes, l'action Paulienne *in rem*, par la raison même qu'elle est réelle, peut s'intenter contre tous détenteurs de la chose frauduleusement aliénée par le débiteur, sans distinguer s'ils sont de bonne ou de mauvaise foi. L'interdit fraudatoire a nécessairement la même ampleur.

Action Paulienne personnelle. — Quant à l'action personnelle, elle n'est possible que contre trois classes de personnes : 1° le débiteur *fraudator*; 2° les ayant-cause du débiteur ; 3° les héritiers desayant-cause.

Elle est d'abord possible contre le débiteur *fraudator* lui-même, pour ses actes postérieurs à la *bonorum venditio*; par exemple, il lui est advenu des biens qu'il a dissipés, sans en communiquer le profit à ses créanciers. L'action ne produira pas ici d'avantage pécuniaire, puisque le débiteur est insolvable; mais du moins il sera puni,

parce qu'on lui appliquera le mode d'exécution personnelle, c'est-à-dire la contrainte par corps (L. 25, § 7, D. *Quæ in fraudem*, 42-8).

A l'égard des ayant cause du *fraudator*, ou de leurs héritiers, on fait une distinction capitale. Le tiers a-t-il traité à titre onéreux avec le débiteur, notamment en qualité d'acheteur, il n'est alors passible de l'action Paulienne que s'il a eu conscience de la fraude du débiteur, *conscius fraudis*. A-t-il traité à titre gratuit, notamment en qualité de donataire, il est alors passible de l'action dans tous les cas; mais en le supposant de bonne foi, l'action se restreint à la mesure de l'enrichissement qu'il a retiré de l'acte (L. 6, § 11; L. 25, § 1, D. *Quæ in fraudem*, 42-8).

Cette différence fondamentale a sa raison d'être. L'ayant cause à titre onéreux est dans la même position que le créancier réclamant; l'un et l'autre *certant de damno vitando;* or, *in pari causâ melior est causa possidentis*, et l'action Paulienne ne saurait ici se comprendre sans une mauvaise foi qui oblige le défendeur. Au contraire, l'ayant cause à titre gratuit *certat de lucro captando*, tandis que les créanciers cherchent à se préserver d'une perte; l'action se justifie à son encontre, abstraction faite de toute complicité dans la fraude, par la considération qu'on ne doit pas lui permettre de s'enrichir aux dépens d'autrui.

Effets de l'action Paulienne. — Pareilles dans leurs conditions, mais distinctes au point de vue des personnes qui en sont passibles les deux actions Pauliennes ne produisent pas non plus les mêmes effets.

L'action Paulienne personnelle est *concepta in factum*, et figure parmi les rares actions de créance qui sont arbitraires. Applicable à tous les actes frauduleux du débiteur, elle met, soit le débiteur lui-même, soit les complices de sa fraude, soit les personnes qui en ont profité à titre gratuit, sans considérer s'ils possèdent encore, dans la nécessité de réparer, en exécution de l'*arbitrium* ou de la *sententia*, le préjudice causé aux créanciers (L. 1, pr. D. *Quæ in fraudem*, 42-8).

L'action Paulienne réelle est *in rem fictitia;* on n'y peut voir qu'une revendication exercée par les créanciers à la place du débiteur, sur la fiction que la chose n'a pas changé de maître (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 6).

Originaire de l'époque impériale, cette action n'a dû exister que sous la forme pétitoire. Applicable seulement aux aliénations frau-

duleusement consenties par le débiteur, elle aboutit, en sa qualité d'arbitraire, à mettre toute détenteur dans la nécessité de restituer la chose aliénée, ou de subir la condamnation.

A côté de la Paulienne réelle, se présente l'interdit fraudatoire, également possible contre tout détenteur, et qui tend comme elle à la restitution de la chose aliénée (L. 10, pr. *Quæ in fraudem*, 42-8; L. 96, pr. D. *De solutionibus*, 46-3).

Ces deux moyens de droit ne font-ils pas double emploi? La différence entre eux se trouve sans doute dans la preuve. Les créanciers se contentaient de prouver sur l'interdit que la chose aliénée avait été possédée par le débiteur; au contraire, sur l'action réelle, ils étaient tenus de prouver que la chose aliénée avait été sa propriété.

CHAPITRE XV

ACTION SERVIENNE ET QUASI-SERVIENNE. — THÉORIE GÉNÉRALE DE L'HYPOTHÈQUE.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 7.)

L'action quasi-Servienne, ou hypothécaire, qui n'est que la généralisation de l'action Servienne, est une action réelle, prétorienne, *in factum*, attachée par le préteur au droit d'hypothèque.

§ I

Origine et nature de l'hyhothèque.

On a vu le plus ancien mode de sûreté réelle, constitué par l'aliénation fiduciaire, faire place au gage proprement dit. Si l'on admet que ces deux procédés aient coexisté, tout au moins le second détrôna-t-il le premier (*Gaius*, II, 60. — *Paul*, S. L. II, t. XIII, § 5, 7. — *Suprà*, p. 373).

Le gage lui-même, quoique préférable à l'aliénation *contracta fiducia*, présente un double inconvénient. D'abord il inutilise la chose engagée; le gagiste n'a pas la faculté juridique de s'en servir, et le constituant n'en a pas la faculté matérielle, puisqu'il est dessaisi; ce grave désagrément trouvait néanmoins un palliatif dans l'institution du précaire, ou dans l'intervention d'un bail plus nominal

que réel. Mais le gage épuise, en outre, le crédit du débiteur avec une rapidité fâcheuse; car un seul objet ne peut servir de sûreté qu'à un seul créancier, la valeur en fût-elle bien supérieure au montant de la créance (L. 35, § 1, D. *De pign. act.*, 13-7) (1).

C'est pour combler ces lacunes du gage qu'apparut l'hypothèque. Ce précieux instrument juridique, d'origine grecque, fonctionnait dans l'Asie Mineure au temps de Cicéron; mais on ne sait pas exactement à quelle époque précise il fut introduit en Italie. Toutefois l'Édit perpétuel d'Adrien et des textes de jurisconsultes antérieurs ou contemporains s'en occupent déjà; il est donc certain que le droit romain s'ouvrit à l'hypothèque dans le deuxième siècle de notre ère, au plus tard (L. 4; L. 15, D. *De pignoribus et hypoth.*, 20-1; L. 4, D. *In quibus causis, pignus*, 20-2. — Cicéron, *Ad Atticum*, XIII, 56).

Première application de l'hypothèque. — C'est un préteur Servius qui fit le premier pas dans cette voie. Il permit au fermier d'une exploitation rurale d'affecter, par simple convention, à la sûreté de son prix de ferme, les meubles, les bestiaux et ustensiles aratoires qu'il apportait dans le fonds. Ce gage purement conventionnel et qui se formait indépendamment de toute tradition fut même rendu plus efficace que n'était auparavant le gage réel; car le bailleur eut le droit de revendiquer contre tout détenteur les objets affectés à sa créance. L'action *in rem* qu'on lui donna dans ce but fut l'action Servienne, *actio Serviana* (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 7).

Généralisation de l'action Servienne. — Ce procédé simple et commode ne tarda pas à se généraliser. Il fut admis que tout créancier pourrait, par simple convention, obtenir un droit réel, un *jus in re* sur les biens de son débiteur. La loi en supposa même l'établissement au profit de certains créanciers dignes de faveur. Dès lors l'hypothèque était née; on peut la définir : *un droit réel prétorien, accessoire, et indivisible portant sur une chose affectée, par un pacte ou par la loi, à l'acquittement d'une obligation.* L'action qu'elle produit est l'action quasi-Servienne ou *hypothecaria* (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 7 *in medio*. — *Conf.* C. C. art. 2114-2203).

Assimilation de l'hypothèque et du gage. — Désormais le gage et l'hypothèque sont assimilés; le même mot de *pignus* sert à les dé-

(1) Le gage pourrait cependant être affecté à la sûreté de plusieurs créanciers, mais pour cela il faudrait que le *pignus* fût remis entre les mains d'un tiers qui le détiendrait au nom et pour le compte de tous les intéressés.

signer; l'un et l'autre procurent contre les tiers un droit de suite, exercé par l'action hypothécaire.

Cependant le gage proprement dit offre toujours ce trait spécial de supposer une tradition. Il ne peut donc porter que sur des choses actuelles, et garantir qu'un seul créancier à la fois. En outre, il permet au créancier gagiste de recouvrer même avant l'échéance la possession de la chose engagée, au moyen des interdits possessoires, tandis que le créancier hypothécaire n'invoque valablement son droit de suite qu'après l'exigibilité.

Mais, réserve faite de ces différences, les deux théories se confondent à l'égard des tiers; toute constitution de gage emporte *à fortiori* constitution d'hypothèque, et les jurisconsultes disent : *inter hypothecam et pignus tantùm nominis sonus differt* (L. 5, § 1; L. 14, D. *De pignoribus*, 20-1. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, 7 *in fine*).

§ II

Constitution de l'hypothèque.

Au point de vue de son établissement, l'hypothèque est *volontaire* ou *nécessaire*.

Conditions communes à toutes les hypothèques. — Toute hypothèque, qu'elle soit *volontaire* ou *nécessaire* exige toujours deux conditions primordiales : 1° une dette principale; 2° une chose susceptible d'hypothèque.

1° *Dette principale.* — La première condition, c'est l'existence d'une dette, soit à la charge du propriétaire de la chose hypothéquée, soit à la charge d'autrui; car un droit accessoire ne saurait aller sans un droit principal.

Il n'importe d'ailleurs que la dette soit civile, prétorienne ou naturelle, pure et simple, à terme, conditionnelle, ou simplement future; tout ce qu'on exige, c'est qu'elle ne soit pas légalement nulle (L. 5, pr. § 2, D. *De pignoribus*, 20-1; L. 2, § 3, D. *De pignerat. actione*, 13-7).

2° *Choses susceptibles d'hypothèque.* — La seconde condition, c'est que l'hypothèque affecte une chose susceptible d'en faire l'objet, c'est-à-dire d'être vendue; car la vente est le but final de l'hypothèque.

Toutes les choses *corporelles*, mobilières ou immobilières satisfont à cette condition et par suite peuvent être hypothéquées,

pourvu qu'elles soient dans le commerce. En droit français au contraire, il n'y a que les immeubles qui soient en principe susceptibles d'hypothèque (L. 9, § 1, D. *De pignoribus*, 20-1. — *Conf.* C. C. art. 2119).

Parmi les choses incorporelles, on ne peut hypothéquer, à titre principal et distinct, ni les droits d'usage et d'habitation, ni les servitudes urbaines (L. 11, § 3, D. *De pignoribus*, 20-1).

Mais on frappe régulièrement d'hypothèque les *res incorporales* suivantes :

1° L'usufruit, en ce sens que le créancier non payé a la faculté de s'en attribuer les avantages, ou mieux encore d'en aliéner l'exercice; du reste, le constituant demeure titulaire de l'usufruit, dont le sort dépend toujours de son existence (L. 11, § 2, D. *De pignoribus*, 20-1; L. 8, pr. D. *Quibus modis*, 20-6. — *Conf.* C. C. art. 2118).

2° Les servitudes rurales, en ce sens que le créancier a l'exercice de la servitude, au profit de son propre fonds, jusqu'à l'échéance de la dette, et qu'après l'échéance, il est maître de le vendre aux propriétaires voisins (L. 12, D. *De pignoribus*, 20-1) (1).

3° Les droits réels de superficie et d'emphytéose (L. 31, D. *De pignoribus*, 20-1; L. 15, D. *Qui potiores in pign.*, 20-4).

4° Les droits de créance, *nomina*. L'effet de cette hypothèque, que les textes appellent *pignus nominis*, est d'autoriser le créancier à faire une cession à titre onéreux de la créance hypothéquée, pour se payer sur le prix. S'il le préfère, il réclame lui-même le payement par une action utile, et garde l'argent dans la mesure de ce qui lui est dû, ou, s'il ne s'agit pas d'argent, acquiert, sur la chose les droits d'un créancier gagiste (L. 18, pr. D. *De pignerat. actione*, 13-7).

5° Le gage et l'hypothèque. On suppose qu'un créancier gagiste ou hypothécaire affecte cette sûreté à la dette dont il est lui-même tenu; c'est le *pignus pignori datum*. Il en résulte pour son cessionnaire, outre les effets précités du *pignus nominis*, la possibilité de saisir et de vendre la chose hypothéquée, afin de s'en attribuer le

(1) Tous les auteurs n'interprètent pas ainsi le texte relatif à l'hypothèque des servitudes rurales. Au lieu de l'appliquer à une servitude déjà constituée, la plupart des interprètes enseignent qu'il s'agit d'une servitude à constituer; le créancier non payé aurait, dans cette opinion, le droit d'investir à titre onéreux un tiers d'une servitude sur le fonds du débiteur. Mais il est alors impossible de comprendre pourquoi le texte exige que le créancier ait lui-même un fonds voisin du fonds servant (L. 12, D. *De Pign.*, 20-1).

prix jusqu'à concurrence de ce qui est dû au cédant (L. 13, § 2, D. *De pignoribus*, 20-1. — *Contrà*, C. Proc. art. 775).

Hypothèques volontaires. — L'hypothèque *volontaire* est celle qui dérive de la volonté du constituant; elle peut s'établir de deux manières : 1° par convention; c'est le mode le plus ordinaire; aucune forme n'y est requise, si bien que ce pacte peut s'induire de certains actes et résulter d'une intention tacite ou présumée; 2° par testament, en faveur d'un légataire ou d'un créancier du testateur (L. 26, pr. D. *De pignerat. actione*, 13-7; L. 4; L. 26, § 1, D. *De pignoribus*, 20-1. — *Conf.* C. C. art. 2127).

Mais, conventionnelle ou testamentaire, la constitution d'hypothèque volontaire n'est valable qu'autant qu'elle émane d'un propriétaire capable d'aliéner (*Conf.* C. C. art. 2124).

Dans cette matière essentiellement prétorienne, on entend par propriétaire non seulement le *dominus ex jure Quiritium*, mais aussi la personne qui a l'objet *in bonis*, et même le possesseur légitime d'un fonds provincial. La règle n'est pas appliquée d'ailleurs à l'hypothèque de biens à venir, ou qui a pour objet une chose due au constituant, ou qui est subordonnée à la condition suspensive de l'acquisition de la propriété. Dans ces trois cas, le pacte de constitution est d'ores et déjà valable; mais le droit réel ne frappera la chose qu'une fois acquise au constituant (L. 1, pr.; L. 15, § 1; L. 16, § 7, D. *De pignoribus*, 20-1) (1).

En dehors de ces exceptions, la convention d'hypothèque qui porte sur la chose d'autrui est et demeure nulle; car elle doit avoir pour résultat la création d'un droit réel, et toute l'opération tombe, quand ce résultat est impossible. Au contraire, on a vu que la vente de la chose d'autrui restait valable en principe; c'est que la vente, à la différence du pacte d'hypothèque, ne doit par elle-même produire que des obligations, et qu'on peut sans difficulté devenir créancier ou débiteur d'une *res aliena* (*Suprà*, p. 380).

Cependant l'hypothèque de la chose d'autrui n'est pas toujours inefficace. Le propriétaire reste libre de la ratifier. De plus, consentie par un possesseur de bonne foi, elle engendre une action

(1) Le débiteur peut en effet hypothèquer ses biens à venir, et même dans le dernier état du droit la constitution d'hypothèque qui porte sur tous les biens présents est présumée comprendre aussi les biens à venir (L. 25, § 1. D, *De pignoribus*, 20-1. — L. 9. C. *Quæ res pignori*, 8-17. — *Contrà*, C. C. art. 2129 *in fine*, 2130).

utile contre le constituant lui-même et contre le tiers qu'il pourrait vaincre dans la Publicienne. Cette action utile serait encore donnée au créancier de bonne foi contre le constituant qui aurait acquis plus tard la propriété. Enfin, si le propriétaire devient l'héritier du constituant, la doctrine qui semble prédominante reconnaît au créancier le droit d'agir (L. 20, D. *De pignerat. actione*, 13-7; L. 1, pr.; L. 18; L. 21, § 1; L. 22, D. *De pignoribus*, 20-1) (1).

Hypothèques nécessaires. — On entend par hypothèques nécessaires celles qui n'ont pas leur source dans la volonté des parties. On en distingue trois espèces : le *pignus prætorium*, le *pignus judiciale* et l'hypothèque tacite ou légale.

Pignus prætorium. — Le préteur sanctionne souvent ses ordres par un envoi en possession des biens du débiteur récalcitrant; plusieurs exemples nous en sont déjà connus. Tous ceux qui obtiennent cette *missio* en vertu des mêmes causes, bien qu'à différentes dates, sont de condition égale entre eux. Cette possession ne fut d'abord protégée que par un interdit ou par une action *in factum;* Justinien y attacha le droit de suite et l'action réelle, c'est-à-dire les principaux effets du gage volontaire. C'est le *pignus prætorium* (L 5, § 3, D. *Ut in possessionem*, 36-4. — L. 2, C. *De prætorio pignore*, 8-22).

Pignus judiciale. — Lorsqu'un débiteur condamné ne s'exécute pas dans le délai fixé, le magistrat qui a organisé l'instance fait saisir quelques-uns de ses biens au profit de la partie gagnante. Ici le droit de gage n'existe qu'à partir de l'exécution réelle, et n'appartient aux intéressés que suivant l'ordre des dates, conformément à la règle commune. C'est le *pignus judiciale* encore appelé *pignus ex causâ judicati captum* (L. 15, D. *De re judicatâ*, 42-1; L. 10, D. *Qui potiores*, 20-4) (2).

Hypothèques légales. — La loi crée directement des hypothèques au profit de certains créanciers incapables de pourvoir eux-mêmes à leur sûreté, ou qu'elle veut favoriser. Les unes sont spéciales,

(1) Le jurisconsulte Paul n'admettait pas que l'affectation hypothécaire devînt valable dans le cas où le propriétaire succédait au constituant (L. 40, D. *De pign. act.*, 13-7). Mais son opinion combattue par Modestin ne paraît pas avoir triomphé (L. 22, D, *De pignoribus*, 20-1).

(2) Le *pignus prætorium* et le *pignus judiciale* peuvent être considérés comme les origines premières de notre hypothèque judiciaire actuelle (*Conf.* C. C. art. 2117, 2123).

c'est-à-dire restreintes à certains biens du débiteur ; les autres sont générales, c'est-à-dire atteignent tout son patrimoine (*Conf.* C. C. art. 2121-2122).

Parmi les hypothèques légales *spéciales* on peut citer : 1° celle du bailleur d'un fonds rural, *prædium rusticum*, sur les récoltes ; 2° celle du bailleur d'une maison ou d'un appartement, *prædium urbanum*, sur les meubles apportés par le locataire ; 3° celle du légataire sur les biens de la succession (L. 4 ; L. 7, D. *In quibus causis*, 20-2. — L. 1, C. *Communia de legatis*, 6-43. — *Inst.* L. II, t. XX, *De legatis*, § 2. — *Conf.* C. C. art. 1017, 2102-1°).

Les hypothèques tacites *générales* les plus remarquables et les plus connues sont : 1° celle du fisc, sur les biens de ses administrateurs, des contribuables et de ses débiteurs contractuels ; 2° celle qu'attribua Constantin aux pupilles et mineurs de vingt-cinq ans, sur les biens de leurs tuteurs et curateurs ; 3° celle qui fut concédée par Justinien aux fous ; 4° celle que le même empereur accorda aux femmes, sur les biens de leurs maris, pour la restitution de la dot (L. 17 ; L. 46, § 3, D. *De jure fisci*, 49-14. — L. 20, C. *De adm. tut.*, 5-37 ; L. 7, § 6, C. *De curatore furios.*, 5-70 ; L. 30, C. *De jure dotium*, 5-12. — *Conf.* C. C. art. 2121).

§ III

Effets de l'hypothèque.

Étendue de l'hypothèque. — L'hypothèque est *générale* ou *spéciale*, selon qu'elle frappe l'ensemble des biens d'une personne, ou seulement des biens déterminés. D'ailleurs, une fois qu'elle a été constituée, l'hypothèque s'étend à tous les accessoires de la chose et comprend les améliorations qu'elle peut recevoir, alluvion, constructions, etc. Elle embrasse même l'enfant de l'*ancilla* hypothéquée, pourvu qu'il fût déjà conçu lors de la constitution et qu'il naisse chez le constituant ou son héritier (L. 18, § 1, 2, D. *De pignerat. actione*, 13-7. — *Sic.* C. C. art. 2133).

Indivisibilité. — L'hypothèque est *indivisible ;* on exprime cette règle par l'adage connu : *est tota in toto et tota in quâlibet parte.* Ce caractère ne signifie pas ici qu'elle ne puisse, comme les servitudes prédiales, se constituer ou s'éteindre pour une part indivise. Le sens en est que : 1° chaque portion divise ou indivise de la chose hypothéquée garantit toute la dette ; ainsi, quand la chose passe

à plusieurs acquéreurs par fragments ou par indivis, chacun d'eux est tenu hypothécairement de l'obligation entière; 2° chaque fraction de la dette est garantie par toute la chose; ainsi, quand le débiteur ou le créancier meurt en laissant plusieurs héritiers, et que l'un d'eux paye ou reçoit le montant intégral de sa part, la chose n'est point dégrevée pour une portion correspondante et reste tout entière hypothéquée du chef des autres (L. 8, § 2, D. *De pign. actione*, 13-7. — L. 1 ; L. 2, C. *Si unus ex pluribus*, 8-32. — *Conf.* C. C. art. 2114).

Situation du propriétaire. — L'hypothèque non accompagnée du gage proprement dit laisse au constituant le *jus utendi* et le *jus fruendi*, c'est-à-dire deux éléments de sa propriété. Quant au *jus abutendi* ou droit de disposer, c'est le seul qui ne reste pas intact. Il est limité par l'obligation de maintenir sans amoindrissement la sûreté hypothécaire, et les aliénations que fait le constituant ne sont pas opposables au créancier.

Même sous cette restriction, il serait inexact de reconnaître au propriétaire la pleine faculté d'aliéner. Il l'a bien à l'égard des tiers; car la vente sera valable comme contrat, à moins d'avoir été prohibée par une clause expresse de la constitution d'hypothèque. Mais, à l'égard du créancier, il ne l'a qu'en supposant l'hypothèque générale; dans le cas contraire, on va jusqu'à le déclarer coupable d'un *furtum*, si la chose hypothéquée qu'il aliène est mobilière (L. 7, § 2, D. *De distract. pignorum*, 20-5 ; L. 66, pr. D. *De furtis*, 47-2. — L. 2; L. 3 ; L. 4, C. *De servo pignori dato*, 7-8).

Situation des créanciers hypothécaires. — En l'absence d'hypothèque, trois grands principes déterminent les droits des créanciers : 1° d'abord, le patrimoine de l'obligé forme le gage commun de tous les créanciers; aussi lorsque le débiteur est insolvable, chacun d'eux subit une perte proportionnelle à la quotité de sa créance; 2° de plus, ce gage commun ne produit pas de droit de suite et cesse de comprendre les biens aliénés par le débiteur, sous la réserve de l'action Paulienne s'il y a eu fraude; 3° enfin, pour arriver à la réalisation de leur gage, les créanciers ne peuvent pas procéder à la vente individuelle de tels ou tels biens; ils doivent vendre en masse tout le patrimoine (*bonorum venditio*) (*Conf.* C. C. art. 2093).

Or l'hypothèque déroge à ces trois principes; car elle produit trois effets principaux : 1° le *droit de préférence*, qui permet au

créancier hypothécaire d'échapper à la loi du concours, et de se payer, sur le prix de la chose hypothéquée, comme s'il était seul créancier; c'est là l'essence et la fin de l'hypothèque; 2° le *droit de vente*, qui lui donne la faculté d'arriver à la réalisation du prix, pour mettre en exercice le droit de préférence; 3° le *droit de suite*, qui lui permet de méconnaître toute aliénation postérieure à l'établissement de l'hypothèque, et d'enlever la chose, soit au constituant, soit au tiers acquéreur, pour mettre en exercice le droit de vente. On voit clairement que le droit de vente et le droit de suite ne sont que les accessoires et pour ainsi dire les instruments du droit de préférence.

1° *Droit de vente*. — Le droit de vente relève ici des mêmes règles qu'en matière de gage, avec cette différence qu'il fut toujours essentiel à l'hypothèque (*Suprà*, p. 374).

Il faut seulement noter que le créancier hypothécaire, comme tout aliénateur en général de la chose d'autrui, n'y peut arriver qu'au moyen de la tradition; si donc la *res* est *mancipi*, l'acquéreur a besoin de l'usucaper pour en devenir *dominus ex jure Quiritium*.

2° *Droit de préférence*. — A Rome, le droit de préférence n'attend pas pour se manifester, comme dans notre législation moderne, que le gage des créanciers ait été converti en numéraire et leur ordre fixé par le juge. Il n'a qu'une forme unique envers les cocréanciers ou les tiers, et consiste dans la faculté d'obtenir la possession de la chose pour la vendre (L. 5, pr. D. *De distract. pign.*, 20-5).

S'il n'y a qu'un créancier hypothécaire en face des chirographaires, il se payera sur le prix, et restituera l'excédant au constituant ou lui cédera ses actions de vente contre l'acheteur (L. 24, § 2, D. *De pignerat. actione*, 13-7).

S'il y a plusieurs créanciers hypothécaires, l'ordre se détermine entre eux par la date des hypothèques, abstraction faite de la date des créances; *prior tempore, potior jure*. Cette grande règle de la priorité s'applique sans distinction entre le gage et l'hypothèque, entre l'hypothèque générale et l'hypothèque spéciale. Lorsque la même chose est frappée d'abord d'une dette conditionnelle, ensuite d'une dette pure et simple, le créancier de la première l'emportera, bien que la condition ne s'accomplisse qu'après la naissance de la seconde, etc. Mais en supposant deux hypothèques exactement contemporaines, c'est le possesseur qui triomphe (L. 2;

L. 10; L. 11, § 1; L. 21, D. *Qui potiores*, 20-4. — *Conf.* C. C. art. 2134. — *Suprà*, p. 303).

Le premier créancier hypothécaire obtient ou retient la possession, vend lui-même, se paye de ses mains, et distribue le reste aux créanciers subséquents, dans leur ordre respectif.

3° *Droit de suite.* — Par quel moyen le premier créancier hypothécaire exerce-t-il son droit à la possession? C'est ici que l'hypothèque va surtout révéler sa nature de droit réel. En effet, sans revenir sur l'action de gage proprement dite (*pigneratitia*), qui est civile et se restreint aux rapports du gagiste et du constituant, il faut reconnaître au créancier hypothécaire un ensemble de moyens énergiques pour obtenir, conserver et au besoin recouvrer la possession de la chose hypothéquée.

Interdits. — Des voies purement possessoires lui sont d'abord ouvertes; ce sont les interdits *uti possidetis*, *utrubi*, *undè vi*, et dans un cas spécial l'interdit Salvien. Les détails en appartiennent à la théorie spéciale des interdits (L. 16, D. *De usucap.*, 41-3).

Action hypothécaire. — De plus, soit qu'il n'ait jamais eu la possession, soit qu'il l'ait perdue, il peut la conquérir ou la reprendre en intentant, au pétitoire, l'action Servienne ou quasi-Servienne, que les Romains appellent communément *hypothecaria* ou *pigneratitia in rem.* La formule ne nous en est point parvenue; mais on la rétablit par conjecture au moyen de quelques textes. Il en résulte que l'action hypothécaire est une action réelle prétorienne, non pas *fictitia*, mais *in factum* (L. 11, § 1; L. 17, D. *De pignoribus*, 20-1. — *Conf.* C. C. art. 2166) (1).

L'action hypothécaire se donne contre le détenteur quel qu'il soit, constituant, nouveau propriétaire ou tiers. Elle est arbitraire, et le juge ordonne au défendeur de restituer la chose hypothéquée, s'il n'aime mieux payer la dette, toute la dette; car le droit est indivisible (L. 12, § 7, D. *Qui potiores*, 20-4; L. 16, § 3, D. *De pignoribus*, 20-1. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31).

Preuve. — Le demandeur doit prouver: 1° que l'hypothèque a

(1) Voici comment les auteurs rétablissent ordinairement la formule de l'action quasi-Servienne : *Si paret eam rem, qua de agitur, ab eo cujus in bonis tum fuit Aulo Agerio pignori hypothecæve propter mutuam pecuniam obligatam esse, neque eam pecuniam solutam aut ejus nomine satisfactum fuisse, neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur satisve fiat, nisi arbitratu tuo Numerius Negidius aut rem Aulo Agerio restituat aut pecuniam solvat, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium, Aulo Agerio condemna.*

été régulièrement constituée ; 2° que le constituant avait la chose au moins *in bonis* lors de la constitution. C'est donc toujours une question de propriété qui se trouve ici soumise au juge; l'action hypothécaire n'est au fond que la revendication ou la Publicienne, exercée au nom du constituant par le créancier, en vertu de l'hypothèque. Le créancier est tenu d'établir la propriété du constituant, comme l'eût fait ce dernier lui-même. Par conséquent, le créancier ne triomphe sur l'action hypothécaire qu'en l'hypothèse où le constituant eût triomphé sur la revendication ou la Publicienne ; en un mot, il est passible des mêmes exceptions (L. 23, D. *De probationibus*, 22-3 ; L. 18 ; L. 29, § 2, D. *De pignoribus*, 20-1).

Exceptions opposables à l'action hypothécaire. — Sans parler des moyens ordinaires de défense que le défendeur à l'action hypothécaire peut opposer au demandeur, il y a des exceptions particulières dont l'action quasi-Servienne est passible.

La principale est le bénéfice de discussion, *beneficium excussionis.* Ce bénéfice est réel ou personnel. Le *beneficium reale* est le plus ancien ; il consiste dans le droit donné au débiteur de forcer le créancier, investi tout ensemble d'une hypothèque générale et d'une hypothèque spéciale, à se prévaloir d'abord de celle-ci. Le *beneficium personale* date de Justinien ; il a deux applications importantes : 1° le tiers détenteur, recherché par l'action hypothécaire, peut exiger que le créancier intente en premier lieu, contre le débiteur et ses cautions, l'action personnelle de la créance ; 2° le tiers détenteur de la chose hypothéquée par un fidéjusseur peut renvoyer le créancier à discuter avant tout la chose hypothéquée par le débiteur lui-même (L. 2, C. *De pignoribus*, 8-14. — *Novelle* 4, ch. 2. — *Conf.* C. C. art. 2170, 2171).

De même, si le défendeur à l'action hypothécaire est investi d'une hypothèque préférable, il opposera l'exception de priorité, *si non antè pignoris hypotecæve nomine res sit obligata* (L. 12, D. *Qui potiores*, 20-4).

Enfin le tiers détenteur est libre d'invoquer le *jus offerendæ pecuniæ*, c'est-à-dire de désintéresser le créancier et de demander en retour la cession d'actions ; le créancier, s'il refuse, sera repoussé par l'exception de dol (L. 19, D. *Qui potiores*, 20-4. — *Conf.* C. C. art. 1251-2°).

§ IV

Extinction de l'hypothèque.

L'hypothèque s'éteint par voie de conséquence ou directement.

Extinction par voie de conséquence. — La suppression *jure civili* ou *jure prætorio* de la dette fait disparaître l'hypothèque, en sa qualité d'accessoire. Mais ce résultat suppose que la suppression est complète, c'est-à-dire efface la totalité de la dette et ne laisse pas survivre une obligation naturelle. Tels sont, par exemple, les cas de payement, de novation ou d'acceptilation (*Conf.* C. C. art. 2180-1°).

Cependant des considérations de fait et d'équité occasionnent quelques dérogations à ce principe.

Jus offerendæ pecuniæ. — Ainsi, pour empêcher la vente dans un moment peu favorable, un créancier hypothécaire peut en désintéresser un autre qui lui est préférable. Il rend par là service aux autres créanciers hypothécaires et même au débiteur. Aussi le recouvrement de la somme avancée lui est-il garanti par l'hypothèque de la créance éteinte. C'est le *jus offerendæ pecuniæ* (L. 1; L. 5, C. *Qui potiores in pign.*, 8-18. — *Conf.* C. C. art. 1251-1°).

Subrogation. — Lorsqu'un emprunt est fait, sous la double condition que les deniers seront employés à l'acquittement d'une dette hypothécaire, et que le prêteur sera subrogé dans l'hypothèque du créancier payé, la subrogation résulte du payement. Cette opération produit le même avantage que le *jus offerendæ pecuniæ* (L. 12, § 8, D. *Qui potiores in pign.*, 20-4. — *Conf.* C. C. art. 1250).

Payement du prix d'acquisition. — Enfin si la chose hypothéquée est vendue par le débiteur, l'acheteur qui paye son prix entre les mains du plus ancien ou des plus anciens créanciers hypothécaires, devient préférable aux autres pour le recouvrement des sommes ainsi payées. Cette hypothèque, acquise sur sa propre chose, n'a d'autre mission que de tenir en respect le premier des créanciers hypothécaires non désintéressés. Car il ne pourra plus exercer son droit que moyennant l'offre de ce qui a été versé pour éteindre les droits antérieurs au sien (L. 17, D. *Qui potiores in pign.*, 20-4. — L. 3, C. *De his qui in priorum*, 8-19. — *Conf.* C. C. art. 1251-2°).

Extinction directe. — L'hypothèque peut s'éteindre directement, abstraction faite de la dette, de sept manières principales :

1° Par la vente régulière de la chose, opérée après l'échéance par le premier créancier hypothécaire (L. 1, C. *Si antiquior creditor*, 8-20);

2° Par la résolution des droits du constituant conformément à la maxime connue : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (L. 3, D. *Quibus modis pignus*, 20-6. — *Conf.* C. C. art. 2125);

3° Par la confusion, en d'autres termes, par l'acquisition de la propriété au créancier hypothécaire. Toutefois, s'il y a d'autres créanciers hypothécaires en rang inférieur, le nouveau propriétaire demeure admissible à se prévaloir de son ancien droit contre eux (L. 30, § 1, D. *De exceptione rei judicatæ*, 44-2);

4° Par la renonciation expresse ou tacite. On l'induit notamment de l'adhésion que donne le créancier hypothécaire à une seconde hypothèque constituée en faveur d'un tiers, ou de la restitution de la chose hypothéquée, etc. (L. 12, § 4, D. *Qui potiores in pign.*, 20-4. — *Conf.* C. C. art. 2180-2°);

5° Par la perte entière et définitive de la chose hypothéquée (L. 8, D. *Quibus modis pignus*, 20-6);

6° Par l'usucapion dans le droit de Justinien, c'est-à-dire par la prescription acquisitive de dix à vingt ans. Mais, comme on s'en souvient, cette prescription est distincte de l'usucapion de la propriété, et ne fait pas échec au principe que le *dominium* s'acquiert avec ses charges (L. 12, C. *De præscrip. long. temp.*, 7-33. — *Suprà*, p. 181);

7° Par la prescription libératoire de quarante ans. Ce mode d'extinction, ignoré du droit classique, fut imaginé par l'empereur Justin pour les hypothèques conventionnelles. Il faut supposer la créance elle-même et l'action personnelle éteintes par la prescription de trente ans. Alors, si la chose grevée est entre les mains d'un tiers détenteur, l'hypothèque s'éteint par voie de conséquence ; si la chose grevée est entre les mains du débiteur, l'hypothèque survit pendant dix ans (Const. *Cum notissimi*. L. 7, C. *De præscript. trigent.*, 7-39. — *Conf.* C. C. art. 2180-4°).

On explique d'habitude ce résultat par la survivance d'une obligation naturelle, qui remplace la dette prescrite et suffit à conserver l'hypothèque. Il est vrai que cette explication suppose tranchée une controverse sur le point de départ ; car c'est une question séculaire que de savoir si la prescription de la dette laisse subsister une obligation naturelle. Mais on a le droit de répondre que Justin

était précisément un partisan de l'affirmative, et qu'en sa qualité de législateur il y a rattaché la persistance de l'hypothèque (L. 7, § 1, C. *De præscript. trigent.*, 7-39).

§ V

Observations critiques sur le régime hypothécaire des Romains.

L'organisation de l'hypothèque romaine est une belle œuvre théorique, mais un mauvais instrument de crédit. Car les créanciers, les tiers acquéreurs, et par contre-coup les débiteurs eux-mêmes, lui demanderaient vainement protection et facilités.

Clandestinité des hypothèques. — L'hypothèque romaine a d'abord l'immense vice d'être occulte; car aucune mesure de publicité analogue à notre inscription ne vient la révéler aux tiers. L'empereur Léon crut, il est vrai, parer à ce danger en décidant que l'hypothèque constatée, soit par acte public, soit par acte signé de trois témoins irréprochables, serait toujours préférée aux hypothèques même antérieures sur simple titre privé. Mais cette réforme n'était pas impérative, et ne constituait pas d'ailleurs une publicité suffisante de l'hypothèque (L. 11, C. *Qui potiores*, 8-18. — *Conf.* C. C. art. 2134, 2146-2156).

C'est donc en aveugle que le créancier prête son argent et poursuit l'action hypothécaire; c'est au hasard qu'il vend, puisqu'il encourt toujours le risque d'un recours en éviction de la part de son acquéreur. Et connaît-il même les hypothèques antérieures, il n'a la faculté ni d'exiger ni de surveiller la vente; son unique ressource est de la prévenir par le *jus offerendæ pecuniæ*, qui peut excéder ses moyens et l'exposer à des pertes nouvelles, s'il survient ensuite un créancier hypothécaire plus ancien qu'il ne connaissait pas. Comme on l'a dit justement, le premier des créanciers hypothécaires a donc la part du lion.

La situation du tiers acquéreur n'est pas meilleure; il achète et paye à l'aventure. Que son vendeur soit le constituant ou quelque créancier hypothécaire, une éviction le menace pendant trente ans. Car s'il est poursuivi en vertu d'une hypothèque antérieure, il doit payer intégralement ou délaisser; la loi romaine ne lui donne aucun moyen terme pareil à notre purge (*Conf.* C. C. art. 2181-2195).

Les débiteurs eux-mêmes souffrent d'un pareil régime, car ils ne jouissent d'aucun crédit, impuissants qu'ils sont à donner sécurité, soit aux acquéreurs, soit aux prêteurs.

Vices de procédure. — Il faut encore ajouter à ces vices intrinsèques de graves inconvénients de procédure. La vente n'est pas publique comme notre vente judiciaire, elle se fait de gré à gré. Le concours entre les divers créanciers hypothécaires n'est pas réglé dans une instance collective et, une fois pour toutes, comme dans notre procédure d'ordre. Les débats surgissent entre deux créanciers qui se disputent la possession, sauf au vainqueur à recommencer le lendemain contre un nouvel adversaire supérieur par la date, jusqu'à l'entrée en lutte du premier de tous (*Conf.* C. C. art. 2218).

Hypothèques privilégiées. — Enfin les hypothèques privilégiées viennent mettre le comble à cette confusion.

Les jurisconsultes classiques avaient connu des *privilegia*. Le privilège n'était pas à leurs yeux un droit particulier, mais une qualité de telles ou telles créances, qui leur assignait un rang de faveur contre les créanciers simplement chirographaires. Par conséquent, la date était indifférente en cette matière, et tous les privilèges fondés sur la même cause concouraient entre eux; ils n'entraînaient ni droit de vente ni droit de suite, et se trouvaient primés par toute hypothèque, même postérieure (L. 7, § 3, D. *Depositi*, 16-3; L. 32, D. *De rebus auct. judicis*, 42-5).

Les plus importantes applications de ces idées avaient été les privilèges des femmes sur les biens des maris pour la restitution de la dot, *privilegium dotis*, et des pupilles, mineurs, fous ou prodigues sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs, pour la garantie des comptes de gestion, *privilegium tutelæ vel curæ*. Ces privilèges, à l'exception de celui des prodigues, devinrent sous les empereurs chrétiens des hypothèques tacites (L. 25, D. *De tutelæ*, 27-3; L. 15, § 1, D. *De curatoribus furioso*, 27-10; L. 29, D. *De novationibus*, 46-2).

Or, en combinant les deux idées de privilège et d'hypothèque, les Romains imaginèrent des hypothèques privilégiées, c'est-à-dire préférables à toutes les autres, même plus anciennes.

Tels sont à titre d'exemple : 1° l'hypothèque tacite de la personne qui a fait des frais de conservation pour la chose; 2° celle du fisc pour le payement de l'impôt foncier; 3° enfin dans le dernier

état du droit de Justinien, la célèbre hypothèque tacite des femmes mariées, dont il a été question sur la théorie de la dot (L. 5; L. 6, D. *Qui potiores*, 20-4. — L. 12, C. *Qui potiores*, 8-18. — *Conf.* C. C. art. 1572. — *Suprà*, p. 252).

C'est une question débattue que le classement respectif de ces hypothèques privilégiées.

CHAPITRE XVI

ACTIONS *IN PERSONAM* CIVILES ET PRÉTORIENNES.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 8-12.)

Chacune des actions réelles demandait un examen spécial; car elles sont peu nombreuses et d'importance capitale. La même méthode est inapplicable aux actions *in personam*; car on ne pourrait, sans refaire complètement le traité des obligations, tracer à part l'histoire de chacune d'elles.

Renvoi aux obligations. — En effet, les actions *in personam* sont civiles ou prétoriennes, comme les actions *in rem*. Mais la nature et les effets en ont été déjà précisés, à propos des obligations qu'elles sanctionnent. C'est ainsi qu'en étudiant les sources civiles des obligations, contrats, quasi-contrats, vol, injure et loi Aquilia, on a nécessairement étudié les actions personnelles et civiles qui en dérivent, par exemple la *condictio*, les actions *empti, venditi, locati, conducti, pro socio, mandati, furti nec manifesti, injuriarum, legis Aquiliæ*, etc. On les retrouvera d'ailleurs dans la subdivision ultérieure des *judicia stricti juris* ou *bonæ fidei*.

De même, à propos des sources prétoriennes d'obligations, qui sont la *rapina* et les quasi-délits, on a rencontré certaines actions personnelles et prétoriennes, comme l'action *vi bonorum raptorum*, l'action *in factum* contre le juge prévaricateur, l'action *de effusis*, l'action *de suspensis*, etc. Il faut y joindre l'action *furti manifesti*, substituée par le préteur à l'antique pénalité des Douze Tables. Enfin, les Institutes en signalent ici quelques autres, qui doivent seules appeler notre attention.

Actions prétoriennes personnelles. — Toutes les actions prétoriennes sont *in factum*. Comment donc est-il possible de les qualifier de personnelles? Car, on le sait déjà, la *demonstratio* et l'*intentio* se

confondent dans les formules *in factum*, et le demandeur, sans arguer d'un droit réel ni personnel, y affirme simplement un fait dont l'existence est contestée. A ce point de vue, les actions *in jus* ou civiles, c'est-à-dire qui posent une question de droit dans l'*intentio*, font seules véritablement partie de la division des actions *in rem* et *in personam*. Mais le fait dont la condamnation dépend dans la formule *in factum* peut de même, à la rigueur, passer pour la cause d'une obligation que le demandeur invoque implicitement.

Parmi les actions prétoriennes, les unes sont *pœnæ persecutoriæ*, les autres ne renferment au contraire aucun élément pénal.

Les actions prétoriennes pénales peuvent avoir pour objet : 1° tantôt de sanctionner un principe d'équité méconnu par le droit civil ; la plus célèbre en ce genre est l'action de dol, dont l'examen trouvera place dans une autre division ; 2° tantôt de sanctionner un acte ou règlement émané de l'édit prétorien : telles sont les actions données contre la personne qui dégrade à dessein l'affiche de l'édit, *actio de albo corrupto*, ou qui cite en justice son ascendant ou son patron, sans la permission du préteur (*in eum qui parentem patronumve in jus vocâsset*), ou qui aura soustrait violemment un défendeur à la *vocatio in jus* pratiquée par le demandeur (*in eum qui vi exemerit*), etc. (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 12).

D'autres actions prétoriennes n'ont rien de pénal et sont données en vertu de conventions que le préteur consacre ; les plus remarquables exemples sont l'action de constitut, *actio de pecuniâ constitutâ* et l'action de serment, *actio de jurejurando* (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 9, 11).

§ I

Action de pecuniâ constitutâ. — Théorie générale du pacte de constitut.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 8, 9.)

Le constitut, *constitutum*, est la convention par laquelle quelqu'un s'engage à payer à jour fixe une dette préexistante.

Origine du constitut. — L'origine du constitut est dans le *receptum* ou *receptitium*, ancienne espèce de contrat pratiquée entre les banquiers et leurs clients. Les banquiers ouvraient à leurs clients des crédits, et par suite des comptes actifs et passifs dont

ils tenaient écriture ; ils payaient ou promettaient de payer pour eux. La promesse que faisait ainsi le banquier de payer à jour fixe dans les mains d'autrui ou pour autrui, était peut-être obligatoire en vertu du simple consentement, ou ne relevait que de formes très simples (*Suprà*, p. 346).

La créance qui naissait du *receptitium* avait pour caractères : 1° de n'être possible qu'envers les banquiers ; 2° de n'exiger aucune dette préexistante, ni du client envers le banquier, ni du banquier envers le client ou le tiers qui recevait la promesse ; 3° de s'appliquer à tout objet susceptible de stipulation, bien qu'en pratique elle portât de préférence sur de l'argent ; 4° d'engendrer une action civile et perpétuelle ; c'était l'*actio receptitia* (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 8. — L. 2, C. *De const. pecun.*, 4-18).

Bref le *receptitium* était une manière, soit d'ouvrir un crédit, soit de mettre à la disposition d'un client des fonds qu'il avait versés dans une maison de banque, ou qu'elle avait reçus pour son compte.

Le constitut n'est que la généralisation de cette faculté. Il a quatre caractères : 1° il se forme par le simple consentement de parties capables ; 2° il suppose une dette préexistante, non paralysée par une exception ; on exigeait à l'origine une identité complète d'objet entre la dette antérieure et le constitut ; 3° cette dette doit donc être de choses fongibles ou *quæ pondere, numero mensurâve constant ;* 4° il produit une action, dite de *pecuniâ constitutâ*, qui est tantôt perpétuelle, tantôt annale dans certains cas inconnus (L. 1, § 7 ; L. 3, § 2, D. *De pecuniâ const.*, 13-5).

Justinien supprime le *receptitium* et le fond avec le constitut. Désormais, par un mélange des caractères précités : 1° l'action *de pecuniâ constitutâ* pourra naître contre toute personne capable ; 2° elle suppose une dette préexistante ; 3° on ne recherche plus à propos de quelle dette le constitut intervient ; eût-elle pour objet un immeuble, le constitut n'en sera pas moins valable ; cette règle est sans doute antérieure à Justinien, et date de l'époque où le constitut ne porta plus nécessairement sur le même objet que la dette antérieure ; 4° l'action qu'il engendre est toujours perpétuelle (L. 2, C. *De const. pecuniâ*, 4-18.)

Utilité du constitut. — Le débiteur du constitut promettait, par ce pacte prétorien, de payer sa propre dette ou la dette d'autrui. Aussi distingue-t-on deux sortes principales de constitut, le *constitutum proprii*

debiti et le *constitutum alieni debiti* (L. 5, § 2, D. *De pecun. const.*, 13-5).

I. — *Constitutum proprii debiti.* — Ce constitut présente un avantage évident dans le cas où la première dette n'était que naturelle, et provenait par exemple d'un simple pacte. Alors, suivant la remarque de nos anciens auteurs et conformément à la doctrine généralement admise, deux pactes réunis produisent une action, ce que chacun d'eux n'aurait pu faire séparément. La raison en est peut-être que nul doute ne plane ici sur le consentement des parties ; car le pacte de constitut s'explique et se justifie par le pacte antérieur (L. 1, § 7, D. *De pecun. const.*, 13-5).

Dans l'hypothèse où la première dette était déjà munie d'une action civile ou prétorienne, le *constitutum proprii debiti* a parfois d'autres avantages. Il permet notamment de conserver un droit temporaire qui allait s'épuiser, de changer le lieu du payement, de rapprocher ou de reculer le terme, etc. Aux yeux des Romains, la principale utilité du constitut était précisément de modifier l'époque du payement. Il en résulte que tout constitut doit fixer une date pour l'exécution ; de là vient son nom (*constituere*, prendre jour), et l'on n'admet que par bienveillance la validité d'un constitut fait sans désignation de jour. Justinien y insère alors un terme tacite de dix jours (L. 21, § 1, D. *De pecun. const.*, 13-5) (1).

Le constitut intervenu sur une dette conditionnelle dépendait toujours dans le droit classique de la même condition. Justinien permit plus tard aux parties de le faire pur et simple (L. 19, D. *De pecun. const.*, 13-5. — L. 2, C. *De const. pecun.*, 4-18).

Le *constitutum proprii debiti*, lorsqu'il porte sur l'objet de la dette antérieure, est analogue au payement ; il ressemble à la dation en payement dans le cas contraire. Par conséquent, fait avec l'un des *correi stipulandi*, il éteint le droit des autres. Mais cet effet extinctif ne se produit que *jure prætorio*, et la dette antérieure reste vivante au point de vue civil. S'il est donc possible d'établir que le créancier a voulu seulement se réserver le choix entre l'action primitive et l'action de constitut, ou que le débiteur a voulu garder la faculté de payer l'une ou l'autre dette à son gré, rien ne s'oppose à la validité de pareilles volontés. La question est toute de fait ; c'est d'après l'intention des parties que le constitut ajoute ou substitue une nouvelle dette à l'ancienne (L. 7, § 1 ; L. 8 ; L. 10 ; L. 25, D. *De pecun. const.*, 13-5 ; L. 59, D. *De solutionibus*, 46-3).

(1) Ce texte a été vraisemblablement interpolé par Justinien.

Le *constitutum proprii debiti* a lieu parfois en faveur d'un nouveau créancier. L'opération ressemble alors : 1° à l'*adstipulatio*, si le nouveau créancier n'a d'autre mandat que de s'adjoindre au précédent ; 2° à la novation, si le débiteur lui a été délégué, ou s'il a le pouvoir de disposer de la créance, en qualité de mandataire, tuteur ou curateur (L. 7, § 1, D. *De pecun. const.*, 13-5).

II. — *Constitutum alieni debiti.* — Faire le pacte de constitut à propos de la dette d'autrui, c'est faire acte d'*intercessor*. La femme ne pourrait donc y procéder puisque le sénatus-consulte Velléien lui interdit toute espèce d'*intercessio*.

C'est encore par la volonté des parties que se détermine le caractère de l'*intercessio* réalisée. Car le *constitutum alieni debiti* peut ressembler, tantôt à une *expromissio*, tantôt à la fidéjussion.

1° Il ressemble à l'*expromissio* lorsque le nouveau débiteur a voulu s'obliger à la place de l'ancien. Mais le constitut a l'avantage de ne lier le constituant qu'en supposant l'existence et la validité de la première dette (L. 28, D. *De pecun. const.*, 13-5).

2° Il équivaut à la fidéjussion lorsque le nouveau débiteur a voulu s'obliger à côté de l'ancien. Mais le *constitutum alieni debiti* n'était point soumis aux limitations de la loi Cornélia, ni à la *prædictio* de la loi Apuléia. De plus, comme on l'a déjà vu, il fut admis de bonne heure qu'il porterait valablement sur autre chose que l'objet de la dette primitive. Il pouvait être aussi plus onéreux que l'obligation antérieure *tempore, vel loco, vel causâ;* s'il était plus onéreux *re*, c'est-à-dire obligeait à plus que la dette primitive, il n'était que réductible, et non pas nul. La poursuite dirigée contre le débiteur principal ne libérait pas le constituant, et réciproquement. Enfin, dans le cas où le constitut était fait par plusieurs personnes, elles étaient bien tenues *in solidum* comme des fidéjusseurs ; mais il ne paraît pas que le bénéfice de division leur appartînt dans le droit classique. Justinien le leur accorda, ainsi que le bénéfice de discussion (L. 1, § 5, 8; L. 3, § 2 ; L. 11, § 1 ; L. 16; L. 18, § 3, D. *De pecuniâ constitutâ*, 13-5. — L. 2 ; L. 3, C. *De const. pecun.*, 4-18. — *Novelle* 136, ch. 1. — *Suprà*, p. 330).

Remarque générale. — On voit que les effets du constitut sont multiples et divers. Bien que fondé sur un motif d'équité prétorienne il offre cependant certains caractères de droit strict. Par exemple, la procédure *per sponsionem* était ici imposée aux parties ; la *sponsio* était bilatérale, pénale et de la moitié de la valeur du litige. La

partie qui succombait dans l'action *de pecuniâ constitutâ* payait au gagnant cette gageure exorbitante (*Gaius*, IV, 171).

§ II

De l'actio de jurejurando, et du serment en général.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 10 ; t. XIII, *De except.*, § 4.)

On n'attache pas d'importance aux allégations d'un plaideur, ni même au serment qu'il fait spontanément ; *sibi enim juravit.* Mais le serment est souvent prêté *conditione delatâ*, c'est-à-dire sur l'ordre du magistrat ou du juge, ou sur la réquisition de l'une des parties; la loi le considère alors comme un excellent moyen de trancher les procès, *maximum remedium expediendarum litium* (L. 1 ; L. 3, D. *De jurejurando*, 12-2).

Il y a trois sortes principales de serments ; le *jusjurandum* est en effet, *judiciale*, *necessarium* ou *voluntarium*. Les Institutes ne signalent pas les deux premiers, dont l'explication rapide est néanmoins indispensable à la pleine intelligence du serment volontaire ou extrajudiciaire.

I. — **Serment judiciaire.** — Le *jusjurandum judiciale* est le serment déféré par le juge *in judicio*, dans les deux hypothèses suivantes :

1° Les preuves de part et d'autre ne sont pas décisives (*in dubiis causis*). Si elles manquaient tout à fait, le défendeur serait absous. Mais quand elles ne sont qu'insuffisantes, le juge est libre de déférer le serment (justement appelé *supplétoire*) à l'une ou l'autre des parties, et de prononcer pour ou contre elle, selon qu'elle le prête ou le refuse (L. 31, D. *De jurejurando*, 12-2. — L. 3, C. *De rebus creditis*, 4-1. *Conf.* C. C. art. 1366-1369. — *Suprà*, p. 766).

2° Dans les actions arbitraires, dans les actions de bonne foi, et dans les actions de droit strict dont l'*intentio* ne porte pas sur une *certa pecunia*, le serment judiciaire sert à déterminer le montant de la condamnation ; il prend alors le nom spécial de *juramentum in litem.* Le juge le défère au demandeur *cum* ou *sine taxatione ;* mais il peut, sur de fortes raisons, rester au-dessous de l'estimation faite dans le serment, et même prononcer l'absolution. Ce *juramentum* suppose d'ailleurs le dol ou la mauvaise volonté du défendeur ; s'il n'y a eu que simple faute de sa part, le juge doit apprécier lui-même

la réparation due au demandeur (L. 2, § 1 ; L. 4, § 3; L. 5, pr. §2, 3, 4, D. *De in litem jurejur.*, 12-3. — *Conf.* C. C. art. 1266).

II. — **Serment nécessaire.** — Le *jusjurandum necessarium* est probablement le serment déféré *in jure*, devant le magistrat, par l'une des parties à l'autre, sur les différents points de droit ou de fait du procès. Son nom lui vient de la nécessité de le prêter ou de le référer. Il a des effets plus irrévocables qu'un jugement ; car le jugement est quelquefois rétracté ou renversé, tandis que le serment est au-dessus de toute atteinte. Lors même que la fausseté en serait démontrée, elle ne pourrait donner lieu qu'à des poursuites criminelles (L, 34, § 6, D. *De jurejurando*, 12-2, L. 15, D. *De exceptionibus*, 44-1. — *Conf.* C. C. art. 1358-1365. — *Suprà*, p. 755).

Les deux serments qui précèdent, qu'on réunirait sans inconvénient sous le nom unique de serment nécessaire, n'engendrent pas d'actions ni d'exceptions particulières. Car ils reçoivent leur sanction immédiate, ou du juge par la sentence, ou du magistrat qui termine lui-même l'affaire.

III. — **Serment volontaire.** — Le *jusjurandum voluntarium* est extrajudiciaire, c'est-à-dire en dehors de toute instance engagée ou poursuivie ; il intervient entre personnes qui ne sont ni devant le juge, *in judicio*, ni devant le magistrat, *in jure*. L'une le défère à l'autre, qui est maîtresse de le prêter ou de le refuser.

Objet et forme du serment volontaire. — Ce serment est applicable à toute espèce de créances et de droits réels. Les questions d'état elles-mêmes en font régulièrement l'objet, hormis de très rares exceptions (L. 3, § 1, 2 ; L. 30, § 4, D. *De jurejurando*, 12-2).

Le serment extrajudiciaire implique une convention ; car il est proposé par l'une des parties, accepté par l'autre. De là résulte qu'on peut bien refuser de le prêter, mais on ne peut pas le référer à son adversaire ; car ce serait lui imposer une convention. Il en faut conclure aussi que le serment doit se prêter comme il a été déféré, c'est-à-dire dans les mêmes termes ; si je vous propose de jurer *per genium principis*, vous n'êtes pas libre de jurer *per Jovem*. Du reste, une formule quelconque est admise, pourvu qu'elle ne s'inspire pas d'un culte prohibé (L. 3, §4; L. 5, pr. § 1, 3, D. *De jurejurando*, 12-2).

Capacité requise en matière de serment volontaire. — Le serment volontaire est valablement prêté par toute personne capable de rendre sa condition meilleure, et valablement déféré par toute personne capable de rendre sa condition pire. S'il concerne le droit d'autrui, un

simple *negotiorum gestor* peut le prêter ; mais ne peuvent le déférer que les personnes investies de la faculté de disposer du droit sur lequel porte le serment, c'est-à-dire le tuteur, le curateur et le mandataire suivant les termes de son mandat. Ces décisions viennent de l'idée que le serment nuit à qui le défère et profite à qui le prête (L. 17 ; L. 18 ; L. 19 ; L. 20 ; L. 35, § 1, D. *De jurejurando*, 12-2).

Effets du serment volontaire. — A la suite de la prestation du serment, ou lorsque la partie qui l'avait déféré en a fait remise après l'acceptation de son offre, et l'a considéré comme prêté, le débat est tranché. On se trouve en présence d'une convention exécutée, que le préteur consacre.

Prêté par le demandeur, le serment lui donne l'action de *jurejurando* ; prêté par le défendeur, il lui donne l'exception *jurisjurandi*. L'une et l'autre sont *in factum*, en ce sens que la seule question désormais soumise à la justice, dans le cas de contestation ultérieure, sera de vérifier si le fait du serment a eu lieu (L. 9, D. *De jurejurando*, 12-2. — L. 8, C. *De rebus creditis*, 4-1).

L'autorité du serment n'embrasse ni plus ni moins que ce qui a été juré. Ainsi, quand je nie par serment votre droit de propriété sans me dire propriétaire, je n'ai que l'exception pour vous repousser, si je possède, et nulle action pour vous réclamer la possession, si je la perds. A l'inverse, quand je jure que vous détenez ma chose en gage de ma dette, j'ai bien l'action pour vous demander la restitution de l'objet engagé ; mais je suis tenu d'abord à vous payer votre créance. Sous ce dernier aspect, on peut dire du serment qu'il est indivisible (L. 11 ; L. 13, § 2, 3, 4, 5, D. *De jurejurando*, 12-2) (1).

Dans ces limites, la force du serment est assimilée et même supérieure à l'autorité de la chose jugée : 1° elle lui est assimilée ; car elle se restreint comme elle entre les parties ; 2° elle lui est même supérieure ; car, après un jugement, la nécessité de recommencer le procès résulte quelquefois d'une découverte de pièces décisives et de preuves péremptoires ; au contraire, il est interdit de remettre en question ce qui a été tranché par un serment extra-

(1) L'action *de jurejurando* dérivant d'une convention de serment intervenue entre les parties est toujours personnelle, alors même que le serment porterait sur un droit réel. Si donc, je jure avoir la propriété de telle chose, je n'aurai jamais l'action *de jurejurando* que contre mon adversaire ou ses successeurs, mais je ne pourrai pas l'intenter contre les tiers (L. 9, § 7 ; L. 13, § 1, D. *De jurejurando*, 12-2).

judiciaire (L. 1, pr., D. *Quando rerum actio*, 44-5 ; L. 2; L. 13; L. 31, D. *De jurejurando*, 12-2).

Il y a même des cas où les jurisconsultes romains comparent avec raison le serment extrajudiciaire au payement. C'est ainsi que, prêté par un *correus promittendi* ou déféré par un *correus stipulandi*, il profite ou nuit aux autres. De même, prêté par le débiteur principal, il libère le fidéjusseur; prêté par le fidéjusseur, non sur le fait de la fidéjussion, mais sur l'existence ou la validité de l'obligation, il libère le débiteur principal (L. 28, § 1, D. *De jureiurando*, 12-2. — *Conf.* C. C. art. 1365).

CHAPITRE XVII

ACTIONS MIXTES *TAM IN REM QUAM IN PERSONAM.*

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 20.)

Aux deux grandes classes d'actions, soit *in rem*, soit *in personam*, il en faut rattacher une troisième, qui est célèbre sous le nom d'actions mixtes *tàm in rem quàm in personam*. Ces actions mixtes s'appellent également *divisoires*, à raison du but qu'elles visent. Il y en a trois, *finium regundorum*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* (*Inst.* L. IV, t. VI. *De actionibus*, § 20).

Caractère commun aux trois actions divisoires. — Envisagée dans sa nature intime, une action ne saurait être en même temps réelle et personnelle, car le demandeur à l'action personnelle soutient que le défendeur est son obligé, le demandeur à l'action réelle n'allègue aucune obligation du défendeur ; or il est évident que ces deux prétentions s'excluent l'une l'autre. Ce n'est pas qu'il ne puisse arriver qu'on soit à la fois créancier et propriétaire de la même chose ; tel est le cas du bailleur, du déposant, du commodant, du constituant dans le gage, etc. Mais on est alors investi de droits distincts et séparés, qui s'exercent par des actions également séparées et distinctes. A ce premier point de vue, les trois actions mixtes ou divisoires ne sont et ne doivent être que personnelles. Le demandeur y poursuit l'exécution d'une obligation née *quasi ex contractu*. La preuve en est que le droit réel de propriété ou d'hérédité, loin d'y faire l'objet du débat, s'y trouve nécessairement présupposé. S'il était mis en question, les parties devraient vider

celte contestation préalable par un *præjudicium* (*Infrà*, p. 829).

D'un autre côté, si l'on s'attache à la formule même des actions, il devient plus manifeste encore qu'une action ne saurait être *in rem* et *in personam* tout ensemble. Comment concevoir une *intentio* qui contienne et ne contienne pas le nom du défendeur (*Suprà* p. 756).

Dans quel sens est-il donc possible de considérer ces actions comme mixtes? C'est ici l'un des problèmes les plus discutés du droit romain.

Parmi les nombreuses explications qu'on en a proposées, la plus satisfaisante, à notre avis, trouve le mot de l'énigme dans la rédaction particulière de la formule des trois actions divisoires. En effet, c'est à la conception impersonnelle ou personnelle de l'*intentio* que se réfèrent les dénominations *in rem*, *in personam*; la logique mène à penser que la dénomination d'actions *tàm in rem quàm in personam* doit avoir la même origine. Or, à la différence de toutes les actions en général, dont la formule n'a qu'une partie essentielle, les trois actions divisoires ont dans leur formule deux parties essentielles, l'*intentio* qui leur est commune avec les autres et l'*adjudicatio* qui leur est exclusivement propre. De plus, leur *intentio* est *in personam*, parce qu'elle énonce le nom du défendeur poursuivi ; leur *adjudicatio* est *in rem*, parce qu'elle attribue au juge des pouvoirs absolument indépendants de la personne de l'un ou de l'autre des plaideurs. Dès lors, à n'examiner que la rédaction de la formule, qui est la cause superficielle de la classification, ces actions peuvent s'appeler *tàm in rem quàm in personam*. Ce nom leur fut donné dans le temps du système formulaire et s'est abusivement maintenu plus tard. Telle est la solution raisonnable de cette célèbre question.

Il ne serait pas étonnant d'ailleurs que les jurisconsultes abâtardis du temps de Justinien eussent confondu la reconnaissance judiciaire du droit réel, résultant des actions *in rem*, avec l'attribution judiciaire du droit réel, résultant des trois actions divisoires. Cette ressemblance de fait aura jeté quelque nuage sur la nature incontestablement personnelle des actions *tam in rem quàm in personam* (L. 37, § 1, D. *De oblig. et act.*, 44-7. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 20).

Action finium regundorum. — L'action *finium regundorum* ou action en bornage suppose deux fonds ruraux limitrophes et deux propriétaires différents, dont l'un veut mettre fin, soit à la confu-

sion des limites, soit à l'usurpation d'une partie de son terrain. Cette action n'appartient régulièrement qu'au *dominus;* mais on la donne en qualité d'utile à l'usufruitier, à l'emphytéote, et au créancier gagiste. Le juge s'y fait assister d'*agrimensores* (L. 1; L. 4, § 9, 10, D. *Finium regundorum*, 10-1).

Perpétuelle jusqu'à Théodose, elle le reste même après ce prince dans sa première application, c'est-à-dire pour arriver au bornage; car il serait absurde qu'un laps de temps écoulé contraignît deux voisins à demeurer dans une sorte d'indivision; les textes présentent néanmoins une obscurité regrettable sur ce point. Elle est prescriptible par trente ans dans sa seconde application, quand elle tend au recouvrement de parcelles usurpées (L. 5; L. 6, C. *Finium regund.*, 3-39; L. 1, § 1, C. *De annali except.*, 7-40).

Le juge se contente parfois de mettre l'une des parties dans la nécessité de procéder à la limitation commune ou de restituer ce qu'elle a pris, sous peine de condamnation; à cet égard l'action est arbitraire (L. 4, § 3, 4; L. 7; L. 8, D. *Finium regund.*, 10-1) (1).

Mais il peut arriver qu'en déplaçant la ligne actuellement séparative des deux fonds, on trouve des bornes anciennes ou naturelles, ou qu'il soit facile d'en établir de nouvelles plus saillantes et plus fixes; alors intervient une attribution que n'ont pas nos juges modernes. Il y a lieu à l'*adjudicatio;* autrement dit, en vertu de la clause qui porte ce nom dans la formule de l'action divisoire, le juge confère directement à l'un des plaideurs la propriété d'une partie du fonds de l'autre; il estime le terrain ainsi adjugé, et condamne l'adjudicataire à payer une soulte en argent (L. 2, § 1; L. 3, D. *Finium regund.*, 10-1. — *Inst.* L. IV, t. XVII, *De officio judicis*, § 6. — *Conf.* C. C. art. 646; C. Proc. art. 3, 38).

Action en partage, *familiæ erciscundæ, communi dividundo.* — L'action en partage suppose que deux ou plusieurs personnes sont dans l'état d'indivision, et qu'une d'elles rencontre des résistances pour en sortir, ou tout au moins que les parties ne s'entendent pas, soit sur la composition des lots, soit sur les comptes respectifs dont elles sont tenues à l'occasion des choses communes (*Suprà*, p. 458).

Cette action s'appelle *communi dividundo*, lorsque l'indivision n'a

(1) L'auteur d'un déplacement frauduleux de bornes pouvait être poursuivi civilement par une action populaire, l'action *de termino moto*, ou criminellement par une *persecutio extra ordinem* (L. 2; L. 3, D. *De termino moto*, 47-21. — *Conf.* C. Pén. art. 389, 456).

pas sa source dans une vocation à la même hérédité ; elle s'appelle *familiæ erciscundæ*, lorsque les copropriétaires sont en même temps des cohéritiers. Elle ne tend pas d'ailleurs à l'établissement de la qualité de propriétaire ou d'héritier ; car elle en implique la reconnaissance préalable (L. 1, § 1 ; L. 51, § 1, D. *Famil. ercisc.*, 10-2).

L'action *familiæ erciscundæ* n'est admise qu'une seule fois entre les mêmes personnes, sur la même hérédité. Si quelques objets héréditaires y ont été omis, les cohéritiers doivent recourir à l'action *communi dividundo* pour le supplément de partage (L. 20, § 4, D. *Famil. ercisc.*, 10-2).

L'une ou l'autre des actions en partage comprend deux chefs principaux ou produit deux grandes catégories d'effets : 1° elle peut entraîner des condamnations réciproques ou prestations personnelles, dont la nature et le montant se déterminent d'après les règles précédemment assignées à l'indivision ; 2° elle aboutit en outre à l'adjudication. Ce mode d'acquérir, réalisé par le juge en vertu de la mission que lui en donne la formule de l'action divisoire, correspond à l'*in jure cessio* qui est réalisée par le préteur en vertu de sa juridiction. L'*adjudicatio* confère au *judex* romain un pouvoir discrétionnaire, beaucoup plus large que celui que notre législation reconnaît au juge saisi de l'action en partage. Elle lui permet de composer et d'attribuer les lots comme bon lui semble, d'adjuger à chacun des communistes un objet entier ou une portion déterminée dans chacun des objets communs, de donner à l'un la nue propriété, à l'autre l'usufruit, et dans le cas où la division serait impossible ou trop difficile, d'adjuger toute la chose à l'un des copartageants (L. 16, § 1 ; L. 22, § 1, 2 ; L. 52, § 2, D. *Famil. ercisc.*, 10-2. — *Inst.* L. IV, t. XVII, *De officio judicis*, § 5. — *Conf.* C. C. art. 826, 827, 832).

Du reste, l'adjudication n'a jamais d'autre but ni d'autre résultat que de terminer l'indivision des choses corporelles. Quant aux éléments incorporels de la masse, c'est-à-dire aux créances et aux dettes (*nomina* et *æs alienum*), la loi des Douze Tables les partage de plein droit entre les divers cohéritiers *pro parte hereditariâ* (L. 2, § 5 ; L. 3, D. *Famil. ercisc.*, 10-2. — *Sic.* C. C. art. 873, 1220).

Le partage romain, comme on le sait déjà, n'est au fond qu'un échange ; les propriétaires eussent pu l'accomplir par des mancipations ou des traditions, et c'est à raison de leur désaccord que le juge le leur impose. L'effet attributif ou translatif en a été expli-

qué (L. 6, § 8, D, *Communi divid.*, 10-3. — *Contrà.* C. C. art. 883. — *Suprà*, p. 612).

Observation générale. — L'adjudication dans les trois actions divisoires procure la propriété quiritaire des choses corporelles, tant *mancipi* que *nec mancipi.* Mais cette pleine acquisition exige que l'instance soit constitutive d'un *judicium legitimum;* sinon, l'adjudicataire aurait seulement la chose *in bonis* et devrait l'usucaper (L. 44, § 1, D. *Famil. ercisc.*, 10-2. — *Ulpien*, R. t. XIX, § 16. — *F. V.* § 47).

Sous la même réserve, l'adjudication sert à l'établissement de servitudes prédiales ou personnelles, au gré du juge. Par sa nature même, elle est toujours pure et simple, comme l'*in jure cessio* (*F. V.* § 49. — *Suprà*, p. 207, 215).

CHAPITRE XVIII

ACTIONS PRÉJUDICIELLES.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 13.)

Les *actiones præjudiciales* sont appelées aussi *præjudicia*, dans un sens étranger aux *præscriptiones* ou *præjudicia* qui jouent en tête des formules le rôle d'exceptions (*Suprà*, p. 758).

Les actions préjudicielles ou *præjudicia* sont proches parentes des actions réelles : *Præjudiciales actiones in rem esse videntur*, disent les Institutes. C'est qu'en effet, dans les unes et dans les autres, le demandeur n'allègue aucune obligation du défendenr, et l'*intentio* est conçue en termes impersonnels (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 13).

Cependant les actions préjudicielles se distinguent de toutes les autres par un caractère remarquable ; leur formule est composée d'une *intentio* seulement, et ne contient ni *demonstratio* ni *condemnatio* (*Gaius*, IV, 44).

Dans le droit du Bas-Empire cette particularité a disparu avec l'usage des formules ; mais elle n'était que le signe extérieur d'une originalité de nature qui résiste aux changements de procédure. Les actions préjudicielles, au fond, tendent à la constatation d'un fait ou d'une qualité, dont la décision préalable importe à la solu-

tion d'une autre question, qui fera plus tard l'objet d'un nouveau procès ou *judicium*.

Sur la foi de Justinien, on a cru longtemps que toutes les actions préjudicielles s'appliquaient à des questions d'état. Mais la découverte de Gaius a démontré le contraire, que faisaient d'ailleurs pressentir quelques textes (*Paul*, S. L. V, t. IX, § 1. — L. 30, D. *De rebus auct. jud.*, 42-5).

Les *præjudicia* se divisent en effet en deux classes : les uns se réfèrent à des questions d'intérêt purement pécuniaire, il n'en est pas parlé aux Institutes; les autres se réfèrent à des questions d'état, ce sont les seuls dont s'occupe Justinien.

§ I

Præjudicia relatifs à un intérêt pécuniaire.

Les actions préjudicielles se référant à un pur intérêt pécuniaire présentent peu d'importance juridique et sont du reste assez mal connues.

Entre autres exemples, on peut citer :

1° Le *præjudicium : an ex lege prædictum sit* par lequel les *sponsores* ou *fidepromissores* pouvaient établir dans les trente jours, que la *prædictio* exigée par la loi Apuléia n'avait pas eu lieu, ce qui entraînait leur libération (*Gaius*, III, 123. — *Suprà*, p. 331).

2° Le *præjudicium : an bona jure venierint*, aux termes duquel le débiteur qui avait subi la *bonorum venditio* alléguait l'irrégularité de la vente à laquelle on avait procédé contre lui (L. 30, D. *De rebus auct. judicis*, 42-5).

3° Le *præjudicium : an res de quâ agitur major sit centum sestertiis ;* les textes ne nous font connaître ni le but ni l'utilité de cette action préjudicielle (*Paul*, S. L. V, t. IX, § 1).

4° Le *præjudicium : quanta dos sit ;* diverses explications ont été proposées sur l'utilité pratique de ce *præjudicium*. Il se réfère probablement à l'hypothèse suivante. Une personne constitue une dot, en promettant de la fixer plus tard, et se refuse ensuite à cette fixation. Par quelles actions le mari le demandera-t-il ? Si la dot est exigible, il aura une *condictio* (*incerti*) *ex stipulatu ;* si le terme n'est pas échu, il n'aura que le *præjuidcium quanta dos sit*. Car, sans réclamer d'ores et déjà un payement qui ne lui est pas encore dû, il peut avoir intérêt à connaître le chiffre de la dot, notamment pour orga-

niser une exploitation, ou ne serait-ce que pour monter sa maison (*Gaius*, IV, 44. — L. 16 ; L. 22, D. *De religiosis*, 11-7. — L. 3. C. *De dotis promissione*, 5-11).

§ II

Prædjudicia relatifs à l'état des personnes.

Justinien nous signale trois *prædjudicia* relatifs à des questions d'état : le *prædjudicium de libertate*, le *prædjudicium de libertinitate*, le *prædjudicium de partu agnoscendo ;* ils sont beaucoup plus importants que ceux de la première classe (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 13).

Prædjudicium de libertate. — Le plus célèbre est le *prædjudicium de libertate* encore appelé *causa liberalis* ou *liberale judicium;* il s'agit de démontrer judiciairement si telle personne est esclave ou libre. Cette question surgit de deux façons opposées : 1° sur l'allégation qu'un tel est libre ; c'est alors la *vindicatio in libertatem;* 2° sur l'allégation qu'un tel est esclave ; c'est alors la *vindicatio in servitutem*, immortalisée par le procès de Virginie.

Procédure au temps des actions de la loi. — L'une et l'autre de ces réclamations se jugeaient dans la forme ordinaire des revendications de meubles, avec la *vindicatio*, la *contrà-vindicatio*, la *manuum consertio*, etc. Le magistrat réglait ensuite la possession, *vindicias dicebat;* mais cette mesure n'avait ici d'autre portée que de déterminer le plaideur chargé de la preuve. Car la liberté de fait devait toujours appartenir, durant le procès, à l'individu dont l'état se trouvait en litige. Du reste, cette personne ne pouvait figurer comme partie dans l'instance ; il fallait que sa cause fût soutenue par un citoyen qui se portait champion de la liberté, *assertor libertatis* et qui soutenait le procès à ses risques et périls (*Gaius*, IV, 14. — *Paul*, S. L. V, t. I, § 5. — L. 105, D. *De regulis juris*, 50-17. — *Suprà*, p. 17).

Système formulaire. — La *vindicatio in servitutem* continue à n'être qu'une action ordinaire. C'est la *causa liberalis*, souvent classée parmi les *actiones in rem*. Elle se poursuit comme elles *per sponsionem* ou *per formulam petitoriam;* on la donne, soit au maître, soit à toute personne investie sur l'esclave d'un droit réel quelconque (L. 8; L. 12, § 5, D. *De liberali causâ*, 40-12).

Quant à la *vindicatio in libertatem*, elle a cessé d'être une *actio in*

rem normale, pour devenir une action préjudicielle sans *condemnatio*. On a conservé les anciens principes sur la nécessité d'un *assertor*; mais si l'intéressé ne veut pas se prêter au procès, l'action est accessible quand même à ses parents, à ses parentes, à son conjoint, même à son patron. La liberté provisoire est toujours de règle; le magistrat n'impose plus la preuve à son gré, et doit la subordonner à l'état de fait antérieur au procès. La sentence a toute la force de la chose jugée pour la personne déclarée libre, et son état ne sera pas valablement contesté par le même adversaire; mais, au contraire, la personne déclarée esclave garde encore le droit de soulever le litige jusqu'à trois fois (L. 1-6; L. 7, § 5; L. 25, § 1, D. *De liberali causâ*, 40-12. — L. 4; L. 14, L. 27, C. *De liberali causâ*, 7-16).

Droit de Justinien. — A cette époque, l'intéressé a le droit de figurer au procès; la nécessité d'un *assertor libertatis* est supprimée et la personne, dont la liberté est contestée, peut librement intenter l'action ou y défendre. Justinien décida également que la sentence intervenue en faveur de la liberté ou pour la servitude serait définitive et ne pourrait être infirmée que par la voie de l'appel. Si l'intéressé ne veut ou ne peut agir, ses parents prendront valablement sa place et agiront pour lui (L. 1, C. *De assert. toll.*, 7-17).

Præjudicium de libertinitate. — On accorde également un *præjudicium* sur la question de savoir si telle personne est ingénue ou affranchie : *an libertus sit.* Hormis l'intervention d'un *assertor* qui est manifestement inutile, les grandes lignes de l'action précédente se retrouvent ici. La preuve est à la charge du demandeur soi-disant patron ou soi-disant ingénu. Mais si l'affranchi reconnaît sa qualité, et qu'il conteste seulement le patronat de tel individu déterminé, c'est à ce dernier que les textes imposent toujours la preuve (L. 14, D. *De probationibus*, 22-3. — L. 6, D. *Si ingenuus esse dicet.*, 40-14) (1).

Il va sans dire que le jugement intervenu sur le *præjudicium de libertinitate* produit, entre les parties, tous les effets de la chose jugée; mais il n'en produit aucun à l'égard des tiers, pour eux la sentence qui déclare tel individu ingénu est *res inter alios judicata* (L. 1, D. *Si ingenuus esse dicet.*, 40-14).

(1) On avait admis que la personne qui avait été en fait l'objet d'une *manumissio* n'aurait que cinq ans pour intenter le *præjudicium de libertinitate* (L. 2, § 1; L. 4, D. *Si ingenuus esse dicet.*, 40-14).

Prædicium de partu agnoscendo. — Cette action préjudicielle donne au juge la mission de rechercher si telle femme est accouchée, si elle a conçu en état de mariage, et si le mari est le père de l'enfant. Autorisée après le divorce par le sénatus-consulte Plancien, cette action le fut même *constante matrimonio* par un autre sénatus-consulte rendu sous Adrien (L. 8, § 16; L. 3, D. *De agnosc. et al. liber.*, 25-3).

Elle est ouverte également sur la question de parternité, soit à l'enfant contre le mari de sa mère, soit au mari contre l'enfant (L. 10, D. *De his qui sui*, 1-6. — *Conf.* C. C. art. 312, 326-330) (1).

Observations générales. — De ces trois *præjudicia* qui touchent à l'état des personnes, les deux premiers intéressent l'ordre social et politique, étroitement mêlé à toute question de liberté et d'ingénuité. La troisième n'engage spécialement que l'intérêt privé.

Une règle qui leur paraît commune, c'est la nécessité d'un *justus contradictor*. En d'autres termes, pour rendre inattaquable la qualité qui doit résulter du *præjudicium*, il faut l'établir contre un contradicteur légitime. A cette condition, la sentence affirmative ou négative du juge dépasse en général les effets ordinaires et relatifs de la chose jugée ; elle revêt en principe une valeur absolue et devient envers tous la vérité juridique : *placet ejus rei judicem jus facere*. Mais à défaut de cette circonstance, la sentence est nulle, *inefficax*. Et même, si le *justus contradictor* a mis de la complaisance dans la lutte, un sénatus-consulte du temps de Domitien permet à toute personne de découvrir la fraude ; un délai de cinq ans continus est accordé dans ce but (L. 3; D. *De agnosc. et al. liber.*, 25-3; L. 1; L. 2; L. 3, D. *De collus. deteg.*, 40-16).

C'est par le même délai de cinq ans que s'éteint la faculté d'attribuer à un défunt une condition moins avantageuse que l'état dont il jouissait en mourant. Encore, ne peut-on soulever ce débat qu'à titre de question préalable et nécessaire pour la solution d'une autre question principale. Mais le *quinquennium* n'exclut pas la réclamation d'une condition plus favorable au défunt (L. 1 ; L. 3 ; L. 4, § 1, D. *Ne de statu defunct.*, 40-15. — L. 13, C. *De liberali causa*, 7-16).

(1) Le droit romain connaissait-il un *præjudicium de civitate* portant sur les contestations relatives à la qualité de citoyen ? Ni Justinien ni Gaius n'en font mention ; cependant l'analogie permet de croire qu'il en fut ainsi (Térence, *Eunuchus*, IV, 7).

Il semble d'ailleurs résulter des textes que cette influence prohibitive du délai de cinq ans n'atteint pas les *præjudicia* d'intérêt purement privé, par exemple le *præjudicium de partu agnoscendo* (L. 5, C. *Ne de statu defunct.*, 7-21).

CHAPITRE XIX

DEUXIÈME DIVISION DES ACTIONS, ACTIONS *REI PERSECUTORIÆ, PŒNALES, MIXTÆ.*

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 16-19.)

La division générale des actions *in rem* et *in personam* se tire, avons-nous dit, de la nature du droit allégué par le demandeur, nature qui influe sur la rédaction de la formule. Une deuxième division des actions a trait à l'objet que poursuit le demandeur.

Notion et définition. — Tantôt l'action a pour but de procurer au demandeur son bien ou l'équivalent, sans appauvrir le défendeur : elle est alors qualifiée de *rei persecutoria*. Tantôt l'action a pour but d'infliger au défendeur une peine pécuniaire qui profite au demandeur ; elle est dite alors *pœnalis* ou *pœnæ persecutoria* (1). Il existe enfin des cas où les deux résultats précédents sont atteints par une seule et même action, qui se donne *tàm pœnæ quàm rei persequendæ causâ*, et qu'on appelle *mixta* pour ce motif. *Agimus interdum*, dit Gaius, *ut rem tantum consequamur, interdum ut pœnam tantum, alius ut rem et pœnam* (*Gaius*, IV, 6).

En conséquence, l'action est *rei persecutoria* au point de vue du demandeur ; c'est celle qui tend à maintenir ou rétablir l'intégrité de son patrimoine.

L'action est *pœnalis* au point de vue du défendeur ; c'est elle qui tend à lui infliger une diminution de son patrimoine.

Or, il est possible qu'une seule et même action offre des éléments complexes, et soit à la fois *rei persecutoria* pour le demandeur et *pœnalis* pour le défendeur. Par exemple, dans l'application de la loi Aquilia, supposons que la chose détruite n'ait aucunement changé de valeur dans l'année ou dans les trente jours qui précèdent le

(1) Il est à peine besoin de rappeler que les actions pénales sont d'un ordre essentiellement privé ; elles n'ont rien de commun avec les accusations publiques ou poursuites au criminel, *judicia publica* (*Suprà*, p. 474).

délit, et que le délinquant ne commette pas d'*infitiatio*. Le demandeur n'obtiendra que l'estimation de la chose qu'il a perdue, c'est-à-dire l'équivalent de son bien ; mais le défendeur subira une diminution de son patrimoine, puisqu'il devra payer le prix d'un objet anéanti dont il ne profite pas. Dans cette hypothèse et toutes autres pareilles, l'action paraît donc empreinte de deux caractères ; mais ils ne peuvent coexister, et l'un doit l'emporter sur l'autre ; l'action est *pœnalis*.

De là vient une subdivision moderne, mais exacte. On distingue les actions *pénales bilatérales*, qui appauvrissent le défendeur en enrichissant le demandeur, et les actions *pénales unilatérales*, qui appauvrissent le défendeur sans enrichir le demandeur.

Intérêts pratiques de cette division. — Il faut signaler trois grands intérêts pratiques de cette division.

1° *Transmissibilité.* — L'action pénale est transmissible *activement* au profit des héritiers de la personne qui a souffert du délit, si ce n'est au cas d'injure. Mais elle n'est pas transmissible *passivement* contre les héritiers du délinquant. Ils n'ont d'autre obligation que de restituer le bénéfice qui leur est advenu du délit, et sont passibles de ce chef d'une action *in factum*. On se rappelle d'ailleurs qu'un des effets de la *litis contestatio* est précisément d'attacher la transmissibilité et la perpétuité aux actions même pénales, *semel inclusæ judicio* (*Gaius*, IV, 112. — L. 17, § 1, D. *De dolo malo*, 4-3. — L. 1, C. *Ex delictis*, 4-17. — *Inst.* L. IV, t. XII, *De perpetuis et temp.*, § 1).

Au contraire, l'action *persecutoria rei* est activement et passivement transmissible. Cette règle ne comporte que de rares exceptions : 1° les héritiers du *sponsor* ou du *fide promissor* ne supportent pas la dette de leur auteur (*Suprà*, p. 330) ; 2° la plainte d'inofficiosité ne passe aux héritiers du descendant exhérédé que sous des réserves déterminées (*Suprà*, p. 587) ; l'action *rei uxoriæ* ne passe pas aux héritiers de la femme tant que le mari n'a pas été mis en demeure (*Suprà*, p. 250).

2° *Solidarité.* — A la différence de l'action *persecutoria rei*, qui ne se donne qu'exceptionnellement *in solidum*, l'action pénale est toujours intentée pour le tout contre chacun des codélinquants. En règle à peu près générale, on peut faire un pas de plus : si l'action est pénale bilatérale (comme l'action *furti*), le payement émané d'un des codélinquants ne libère pas les autres, parce qu'ils doivent

tous subir la peine. Si l'action est pénale unilatérale, le payement émané d'un des codélinquants libère les autres (L. 17, pr. D. *De dolo malo*, 4-3. — L. 1, C. *De condict. furt.*, 4-8).

3° *Poursuite noxale.* — L'action pénale est susceptible de s'exercer *noxaliter* contre le possesseur de l'esclave qui a commis le délit. Ce côté original du droit romain fera plus loin l'objet d'explications particulières (*Inst.* L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, pr.).

A ces divers points de vue, l'action mixte, pour ce qui excède la *rei persecutio*, est traitée comme une action pénale proprement dite.

Détermination des unes et des autres. — Quelles actions sont *rei persecutoriæ*, *pœnales* ou *mixtæ?*

Actions rei persecutoriæ. — S'il fallait en croire Justinien, les actions *in rem* seraient toujours persécutoires. Cette règle est évidemment exacte en général ; mais elle cesse de l'être dans quelques situations intéressantes, par exemple à l'égard du *fictus possessor* (L. 52, D. *De rei vind.* 6-1. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 17. — *Suprà*, p. 781).

Quant aux actions *in personam*, celles qui sont nées d'un contrat ou d'un quasi-contrat, sont presque toujours persécutoires. Cette règle s'applique notamment aux actions qui naissent du *mutuum*, de la stipulation, du commodat, du dépôt, du mandat, de la société, du louage ; elle embrasse même l'action née d'une *stipulatio pœnæ;* car la peine conventionnelle n'est au fond qu'une appréciation faite par les contractants de l'intérêt qu'ils attachent à l'exécution d'une convention principale. Cependant il est des actions issues *ex contractu* ou *quasi ex contractu* qui peuvent croître au double *per infitiationem;* elles deviennent alors mixtes par cette augmentation. L'action née d'un dépôt nécessaire est également *tàm rei quàm pœnæ persecutoria* lorsqu'elle se donne contre le dépositaire ou contre l'héritier coupable de dol (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 17. — *Infrà*, p. 838).

Actions pœnæ persecutoriæ. — Les actions nées d'un délit ou d'un quasi délit, *ex maleficiis proditæ actiones*, sont les unes pénales et les autres mixtes. Comme exemples d'actions pénales, il faut citer l'action *furti manifesti* ou *nec manifesti*, l'*actio injuriarum*, etc. (*Inst.* L. IV., t. VI, *De actionibus*, § 18).

Actions tàm rei quàm pœnæ persecutoriæ. — Au nombre des actions mixtes, il faut ranger les actions *vi bonorum raptorum* et *legis*

Aquiliæ. Celle-ci l'est d'ailleurs dans un double sens; car la condamnation croît au double contre le défendeur qui a nié faussement, et, lors même qu'elle se maintient au simple, elle représente, non le dommage éprouvé, mais la plus haute valeur que la chose a eue dans l'année ou le mois. Elle est pénale unilatérale jusqu'à concurrence de l'indemnité, pénale bilatérale au delà. Sont encore mixtes toutes les actions qui tendent au double *adversus inficiantem*. (*Gaius*, IV, 8. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 19).

Observation. — Le dol exige ici une remarque importante.

En général, le dol engendre une action pénale, l'action *de dolo malo;* c'est lorsqu'il se commet en dehors d'un contrat ou quasi-contrat préexistant. Cette action de dol constitue l'arme puissante et flexible qu'employèrent les préteurs, depuis les derniers temps de la République, pour atteindre, réprimer et réparer les actes déshonnêtes qui échappaient aux règles du droit proprement dit. Les héritiers n'en sauraient être passibles; la victime ne peut que les poursuivre *in factum* et *quatenùs locupletiores facti sunt* (L. 17, § 1, D. *De dolo malo*, 4-3).

Mais, quand une personne tenue *ex contractu* où *quasi ex contractu* a commis un dol, on en tiendra ordinairement compte dans l'action *rei persecutoria* née du contrat ou quasi-contrat, et une telle action quoique résultant d'un dol n'aura pas les caractères d'une action pénale. Les héritiers sont alors responsables, non dans la mesure de leur profit, mais pour le tout. Les Institutes semblent les en exempter dans un texte maladroitement généralisé; elles veulent dire seulement que les héritiers n'ont pas à craindre la note d'infamie à raison du dol de leur auteur (L. 49, D. *De oblig. et act.*, 44-7. — L. 157, § 2, D. *De regulis juris*, 50-17. — *Inst.* L. IV, t. XII, *De perpetuis et temp.*, § 4).

CHAPITRE XX

TROISIÈME DIVISION DES ACTIONS, ACTIONS *IN SIMPLUM*, *IN DUPLUM*, ETC.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 21-27.)

Une troisième division des actions, assez analogue à la précédente, se tire du rapport mathématique entre la demande et la con-

damnation; car les actions peuvent être au simple, au double, au triple ou au quadruple. *Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum; ulterius autem nulla actio extenditur* (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 21) (1).

Détermination du simple. — Quel est le terme originaire de cette progression? Quel est le *simplum* qui sert d'unité? D'après l'opinion vraisemblable et la plus répandue, la réponse doit se chercher dans la formule. On compare entre elles l'*intentio* et la *condemnatio*. Le *simplum* ou l'unité, c'est le valeur réclamée dans l'*intentio* par le demandeur. Si la *condemnatio* ordonne au juge de reproduire cette valeur dans la sentence, l'action est au simple; il n'importe pas d'ailleurs que le chiffre demandé égale ou dépasse l'indemnité véritablement due. L'action est au double, au triple, au quadruple, lorsque la *condemnatio* attribue au juge la mission de doubler, tripler ou quadrupler la valeur inscrite dans l'*intentio*.

1° Actions in simplum. — Les actions *rei persecutoriæ*, sans être les seules données *in simplum*, le sont toutes. Il n'en faut pas même excepter l'action *ex stipulatu duplæ;* car l'acheteur a stipulé pour le cas d'éviction le double du prix, et c'est ce double qui est réclamé dans l'*intentio* et reproduit dans la *condemnatio*.

Plusieurs actions pénales sont également au simple; ainsi l'action d'injures, et toutes celles où la somme de la condamnation est *certa* (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 22).

2° Actions in duplum. — Il y en a deux espèces. Les unes sont toujours au double par leur nature même, *omnimodò;* telles sont les actions *furti nec manifesti, de tigno juncto, servi corrupti*, etc. (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 23).

Les autres, données d'abord au simple, croissent au double quand le défendeur est condamné après sa dénégation. Ce sont les actions *judicati, depensi*, l'action de la loi Aquilia, la *condictio ex testamento* et l'action de dépôt *ex quibusdam causis*, c'est-à-dire en cas de dépôt nécessaire (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 23, 26; L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex contr.*, § 7).

La *condictio ex testamento* ne croissait au double *per infitiationem*,

(1) Le droit français ne connaît pas de classification analogue; chez nous, toutes les actions sont *au simple*. Toutefois, la loi du 10 Vendémiaire an IV sur la responsabilité des communes et de leurs habitants, en cas de trouble ou de pillage, nous présente un exemple d'une action qui croît au double par cela seul que le débiteur n'a pas spontanément restitué en nature (L. 10 Vend. an IV, t. V, art. 1.)

dans le droit antérieur à Justinien, qu'en vertu d'un legs *per damnationem*. Depuis que Justinien a mis tous les legs sur la même ligne, cette pénalité pouvait leur devenir générale; l'Empereur en a fait néanmoins le privilège des legs adressés aux églises *vel cæteris venerabilibus locis*, couvents, hospices, maisons de refuge, etc. Il n'est plus même nécessaire que le débiteur conteste la disposition; il suffit que son refus de payer oblige à l'appeler en justice (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 26).

3° Actions in triplum. — L'ancien droit ne connaissait guère que deux actions au triple, dont la désuétude a déjà été constatée, les actions *furti oblati* et *furti concepti*. Il n'en resterait plus aucun exemple, si Justinien n'en avait créé une troisième, tout exprès peut-être pour conserver la symétrie de la classification. Elle se donne contre le demandeur qui fait porter sur l'exploit d'assignation (*libellus conventionis*) une valeur supérieure à ce qui lui est réellement dû, dans le dessein d'élever le salaire proportionnel (*sportularum nomine*) que le défendeur est obligé de payer à l'huissier (*viator*). Le triple du préjudice est poursuivi par une *condictio ex lege* (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 24. — L. 2, § 2, C. *De plus petit.*, 3-10).

4° Actions in quadruplum. — Il faut renouveler ici la remarque présentée pour les actions au double.

En effet, il y a des actions qui s'élèvent au quadruple par la dénégation du défendeur : telle est l'action arbitraire *quod metûs causâ* (*Infrà*, p. 845). D'autres sont au quadruple dès le principe : telles sont l'action pénale *furti manifesti*, l'action mixte *vi bonorum raptorum*, et l'action mixte qui s'intente contre l'huissier coupable d'avoir exigé des honoraires, ou plutôt des épices, au delà du tarif fixé par Justinien (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 25, 27. — L. 4, C. *De sportulis*, 3-2).

CHAPITRE XXI

QUATRIÈME DIVISION DES ACTIONS, ACTIONS ARBITRAIRES, *STRICTI JURIS ET BONÆ FIDEI*

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 28-31.)

Une quatrième division des actions, essentielle à bien entendre, les divise en actions arbitraires, *bonæ fidei* et *stricti juris*. Cette division se tire probablement de la nature et de l'étendue des pouvoirs que la formule donne au juge. Les effets en ont été conservés à peu près intégralement dans le droit de Justinien, malgré la suppression du régime formulaire.

SECTION PREMIÈRE

ACTIONS ARBITRAIRES.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31.)

Le système des formules, avec sa condamnation toujours pécuniaire, s'adaptait mal aux réclamations de propriété et d'autres droits *in rem*. La procédure *per sponsionem* en palliait les inconvénients, puisque la *sponsio* n'était que préjudicielle et comminatoire dans les actions réelles, et n'aboutissait à la sentence en argent qu'envers le défendeur qui ne s'exécutait pas de son gré. Les actions arbitraires ont le même rôle correctif dans la procédure *per formulam petitoriam* (*Gaius*, IV, 48).

L'action arbitraire est celle où le défendeur, lorsque l'*intentio* se trouve vérifiée et qu'il a conséquemment perdu le procès, peut encore obtenir son absolution, en donnant au demandeur une satisfaction que le juge détermine.

§ I

Forme et caractère de l'action arbitraire.

L'action devient arbitraire par l'insertion d'une clause spéciale dans la formule, habituellement à la fin de l'*intentio*, quelquefois ans la *condemnatio*, et presque toujours dans les termes *nisi resti-*

tuat, nisi exhibeat, nisi solvat, nisi ex noxali causâ servum dedat (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31) (1).

Grâce à cette modification introduite dans la formule la condamnation du défendeur qui, dans les actions ordinaires, n'est soumise qu'à une seule condition, *si paret*, devient dès lors doublement conditionnelle ; car le juge ne pourra condamner le défendeur que s'il refuse de donner satisfaction au demandeur.

Cette clause confère en effet au *judex* le pouvoir particulier de rendre un interlocutoire préalable qui fixe, impérativement ou sous la forme d'une simple faculté, la satisfaction à fournir par le défendeur, s'il veut échapper à la condamnation. Cet interlocutoire s'appelle *arbitrium;* c'est en ce sens que nos actions sont dites *ex arbitrio pendentes* ou *arbitrariæ* (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31).

Dans la procédure extraordinaire, bien qu'il n'y ait plus aucune rédaction de formule, ce caractère essentiel de l'action arbitraire n'a pas disparu, et le juge y rend toujours un *arbitrium* avant la sentence.

§ II

Effets de l'action arbitraire.

Officium judicis. — C'est d'après la bonne foi et l'équité que le juge règle son *arbitrium;* par conséquent, lorsqu'un délai paraît nécessaire pour exécuter la satisfaction, il est maître de l'accorder avec ou sans caution. Il n'y a d'ailleurs que cette partie de l'action qu'il puisse trancher *ex æquo et bono.* Car l'action arbitraire n'est pas, de sa nature, une action *bonæ fidei*, et le juge n'y reçoit pas la mission générale de réprimer le dol. Ce qui le prouve, c'est que l'exception *doli mali* n'y est pas sous-entendue (L. 3, § 13, D. *Ad exhibendum*, 10-4. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31 *in fine;* t. XVII, *De officio judicis*, § 3).

Satisfaction ordonnée par le juge. — Quelle doit être la satisfaction enjointe par le juge dans les différentes actions arbitraires? Au témoignage de Justinien, le *judex* peut ordonner au défendeur *ut restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causâ servum dedat.*

(1) Cicéron nous a conservé une formule d'action arbitraire : *Si paret fundum Capenatem de quo agitur, ex jure Quiritium Auli Agerii esse, neque is fundus Aulo Agerio restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret absolve* (Cicéron, *In Verrem*, II, 12).

Cette énumération n'est pas absolument limitative; mais elle comprend les principaux exemples de la matière. Nous retrouverons plus loin le quatrième exemple dans l'exposé des actions noxales. Quant aux satisfactions qui consistent à *restituere vel exhibere*, elles ne soulèvent pas de difficultés et se présentent dans les actions en revendication, en pétition d'hérédité, *ad exhibendum*, etc. C'est enfin sur l'action hypothécaire que le juge ordonne au défendeur de restituer ou de payer la dette, *solvere*, s'il ne veut être condamné à la valeur de la chose.

Exécution forcée de l'arbitrium. — Quelle autorité coercitive s'attache à l'*arbitrium?* Peut-être n'en eut-il d'autre, à l'origine, que la menace indirecte de la condamnation. Mais de bonne heure on distingua deux hypothèses. Tantôt l'obéissance reste facultative pour le défendeur, réserve faite de la sentence qui punira son refus d'obéir. Tantôt l'*arbitrium* est exécuté *manu militari*, c'est-à-dire par la force publique dont dispose le magistrat. Dans cette dernière hypothèse, l'*arbitrium* reçoit aussi le nom spécial de *jussus*.

On a déjà précisé l'exacte portée de la *manus militaris* en cette matière, et déterminé rigoureusement les cas où l'emploi en est permis (*Suprà*, p. 783).

La grande utilité des actions arbitraires, ce fut précisément la possibilité qu'elle procurait, au demandeur titulaire d'un droit de propriété ou d'un droit réel quelconque, de récupérer l'objet même de sa réclamation. Pour les partisans de l'opinion qui ne croit pas à l'application de la *manus militaris* dans le droit classique, un *prædo* reste donc maître, après l'expiration des interdits possessoires, de garder la terre ou la chose qu'il a prise contre le gré du propriétaire. On objecte que sa résistance sera châtiée par une peine pécuniaire très forte; mais s'il est insolvable, que deviendra la sentence? Faudra-t-il vendre l'objet réclamé pour indemniser le réclamant? De pareils résultats ne supportent pas l'examen. Le droit romain serait indigne de sa renommée, si l'on y rencontrait de telles lacunes dans la procédure, et tout porte à croire qu'il les a comblées (L. 68, D. *De rei vind.*, 6-1) (1).

(1) Un point incontestable, c'est que, dans le dernier état du droit romain, les actions arbitraires ont perdu leur principale raison d'être, puisque la sentence porte désormais sur la chose demandée (*Inst.* L. VI, t. IV, *De actionibus*, § 32). On a dû assimiler dès lors l'ancien *arbitrium de restituendo vel de exhibendo* à une condamnation proprement dite en lui assurant force exécutoire.

Condamnation pécuniaire. — Mais la condamnation pécuniaire devient inévitable, lorsque le *jussus* reste inexécuté par la faute ou l'opiniâtreté du défendeur, et que l'emploi de la *manus militaris* est impossible ou n'est pas requis par le demandeur. La condamnation est toujours *incerta* dans la formule (*quanti ea res erit*); le juge en fixe donc le montant, parfois d'après sa propre appréciation, le plus souvent d'après le *juramentum in litem* du demandeur (L. 46; L. 47; L. 71, D. *De rei vind.*, 6-1. — *Suprà*, p. 783).

§ III

Détermination des actions qui sont arbitraires.

Toutes les actions *in rem* sont arbitraires, lorsqu'elles s'intentent par la formule pétitoire. L'*arbitrium* y a toujours pour objet principal la restitution de la chose litigieuse, excepté dans l'action hypothécaire, qui laisse au défendeur l'alternative de payer ou de restituer, s'il ne veut être condamné (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31).

Parmi les actions *in personam*, on en trouve qui sont arbitraires. La nature des actions de droit strict y répugne. Mais il paraît certain que l'*arbitrium* et la *bona fides* ne s'excluent pas réciproquement; en d'autres termes, une action peut être tout ensemble arbitraire et de bonne foi. La question s'élève notamment à l'occasion des actions de bonne foi qui poursuivent une restitution, telles que les actions directes de commodat, de dépôt et de gage. Or aucun obstacle théorique n'empêche le magistrat de les rendre arbitraires, par l'insertion de la clause *nisi restituat.* Car de deux choses l'une. Ou le défendeur exécute l'*arbitrium*, et de même qu'il y trouve l'avantage d'éviter une condamnation, de même le demandeur y gagne d'obtenir la chose elle-même, au lieu d'une indemnité pécuniaire. Ou le défendeur refuse d'exécuter l'*arbitrium;* ce refus constitue alors un dol, et le *juramentum in litem* devient une peine d'autant plus acceptable que le récalcitrant pouvait s'y dérober. Ce raisonnement est d'ailleurs confirmé par les textes. On sait déjà qu'ils admettent le *juramentum in litem* dans les actions de bonne foi; bien d'autres indications conformes apparaissent çà et là (*Gaius*, IV, 47. — L. 9, D. *De præscriptis verbis*, 19-5; L. 7, § 1, D. *De fundo dotali*, 23-5. — L. 4, C. *De rerum permutatione*, 4-64. — *Suprà*, p. 822).

Justinien signale quatre exemples d'actions *in personam* arbitraires; ce sont les actions *de eo quod certo loco, ad exhibendum, quod metûs causâ* et *de dolo*. La première sera mieux comprise ailleurs (*Inst*. L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31. — *Infrà*, p. 871).

Action ad exhibendum. — L'action *ad exhibendum* qui nous est à peu près connue, appartient à quiconque justifie d'un intérêt pécuniaire à l'exhibition d'une chose. On l'intente ordinairement pour faciliter la revendication, quelquefois pour ouvrir la voie à d'autres actions réelles ou personnelles, telles que l'action hypothécaire, l'action noxale, etc. (L. 1; L. 3, § 3; L. 13, D. *Ad exhibendum*, 10-4).

Cette action se donne contre toute personne que la possession ou la simple détention met à même d'exhiber. Par exception, on y soumet aussi la personne qui est, à la suite de son dol, hors d'état d'exhiber. Dans cette hypothèse, on a vu que l'action *ad exhibendum* est considérée comme plus rigoureuse que la *condictio*, à cause du *juramentum in litem* qu'elle comporte (*Inst*. L. II, t. VIII, *Quibus alienare licet*, § 2. — *Suprà*, p. 222).

D'ailleurs, la simple représentation de la chose ne constitue pas toujours une exhibition suffisante. Car il peut arriver que la résistance du défendeur, prolongée durant le procès, ait dépouillé le demandeur d'un avantage ou droit quelconque, notamment de l'action qu'il se proposait d'intenter après l'exhibition; c'est ainsi que l'usucapion consommée *inter moras litis* lui enlèverait la possibilité de revendiquer. Alors, pour exécuter l'*arbitrium* et s'épargner une condamnation, le défendeur doit exhiber avec la chose elle-même, ce qu'on appelle *rei causâ*. Autrement dit, il a le devoir de replacer le demandeur dans la position où l'aurait mis une exhibition immédiate, c'est-à-dire de lui tenir compte des fruits perçus durant le litige, et d'admettre que la revendication produise rétroactivement l'effet qu'elle aurait eu avant l'usucapion, etc. (L. 9, § 5, 6, 7, 8, 9; L. 10; L. 11, D. *Ad exhibendum*, 10-4. — *Inst*. L. IV, t. XVII, *De officio judicis*, § 3).

Actions quod metûs causâ et de dolo. — Il y a dol (*dolus malus*) dans tous les cas où des ruses, supercheries et machinations ont été pratiquées par une personne envers une autre pour la tromper et l'amener à conclure un acte juridique désavantageux ou nuisible (L. 1, § 2, D. *De dolo malo*, 4-3. — *Conf*. C. C. art. 1116).

Il y a violence (*metus, vis*), dans tous les cas où quelque acte juridique, soit d'aliénation, soit d'obligation ou de libération, est

consenti sous l'empire de la crainte. On tient compte uniquement de la crainte que peut inspirer aux moins timides une violence illicite et sérieuse, telle que la menace d'un mal présent et grave, sans distinguer si l'on tremble pour soi-même ou pour les siens. Au fond, la *vis* ou *metus* constitue une question de fait (L. 3, § 1; L. 4; L. 5; L. 6, D. *Quod metûs causâ*, 4-2. — *Conf.* C. C. art. 1111-1115).

Le droit civil ne daignait prendre en considération ni le dol ni la violence; il laissait la victime souffrir de sa faiblesse ou de sa simplicité. Pourvu que la volonté fût revêtue des formes consacrées, le vieux législateur la considérait comme efficace, abstraction faite des circonstances qui l'avaient déterminée; *deceptus aut coactus voluit, sed voluit*, telle était sa maxime. L'équité supérieure et la jurisprudence épurée du préteur ne pouvaient séparer ainsi les effets et la cause; il intervint par divers moyens, dont les principaux sont des actions *de dolo* et *quod metûs causâ*. Le tableau comparatif en est intéressant.

Nature et effets des actions quod metûs causâ et de dolo. — L'une et l'autre sont également arbitraires, personnelles, et contiennent *rei persecutionem*.

L'action *de dolo* reste au simple. En revanche, elle est infâmante; aussi n'est-elle accordée qu'après enquête, pour un intérêt non modique, et comme ressource extrême, à ceux qui ne peuvent se pourvoir ou se garantir par aucune autre action (L. 1, pr. § 1, 4; L. 9, § 5; L. 10; L. 11, D. *De dolo malo*, 4-3).

L'action *quod metûs causâ* n'est pas infâmante. Mais elle tend au quadruple, et les Institutes la qualifient justement de mixte (L. 14, § 1, D. *Quod metûs causâ*, 4-2. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 25-27).

Quelle est l'unité qui fera l'objet de la condamnation dans l'action *de dolo*, et qui sera quadruplée dans l'action *quod metûs*, faute par le défendeur de restituer? La restitution s'entend de diverses manières. Restituer, lorsqu'il s'agit d'une aliénation de choses corporelles, c'est retransférer la propriété au demandeur avec tous les produits qu'il aurait pu en retirer; c'est aussi garantir que la chose n'a pas été détériorée par le dol du défendeur; en un mot, c'est rendre *rem cum omni causâ* et donner la caution *de dolo*. Lorsqu'il s'agit d'une obligation contractée, c'est indemniser le demandeur, soit en lui remettant la dette, soit de toute autre façon. Lorsqu'il s'agit d'une libération obtenue, c'est payer ou s'obliger

de nouveau, en remplaçant par des sûretés équivalentes les garanties de la première obligation. Restituer en général, c'est donc réparer le préjudice causé par le dol ou la violence. Voilà l'unité qui est accordée *in simplum* dans l'action *de dolo*, *in quadruplum* dans l'action *quod metûs*, si le défendeur n'obéit pas à l'*arbitrium* du juge (L. 9, § 5, 7; L. 10; L. 11; L. 14, § 6, D. *Quod metûs causâ*, 4-2).

Personnes qui peuvent intenter les actions de dolo et quod metûs. — Les deux actions *doli* et *quod metûs causâ* passent aux héritiers et autres successeurs universels de la victime du dol ou de la violence; car on sait que toute action, même exclusivement pénale, est transmissible au point de vue actif (*Inst.* L. IV, t. XII, *De perpetuis et temp.*, § 1).

Personnes qui sont passibles des actions doli mali et quod metûs. — Mais à l'égard des personnes qui en sont passibles, il s'élève entre ces deux actions une autre différence remarquable. 1° L'action *de dolo* se donne seulement contre l'auteur du dol, non contre les tiers; ainsi, quand Titius devient de bonne foi créancier de Séius par l'effet du dol de Mœvius, Séius ne peut exercer l'action qu'à l'encontre de Mœvius. Contre les héritiers de l'auteur du dol, elle est non infâmante et ne s'intente que jusqu'à concurrence de leur enrichissement (L. 15, § 3; L. 18, pr., D. *De dolo malo*, 4-3).

2° Au contraire, l'action *quod metûs* est donnée contre l'auteur de la violence, et contre toute personne qui en a profité, même innocente. Par exemple, un créancier fait acceptilation au fidéjusseur, sous la pression de ses menaces; le débiteur principal est libéré du même coup; mais le créancier est libre de poursuivre à son choix par l'action *quod metûs* le fidéjusseur ou le débiteur principal. Il ne faut pas s'étonner que le tiers étranger à la violence encoure ainsi une condamnation au quadruple; car ne cesse-t-il pas d'être irréprochable et ne devient-il pas en quelque sorte complice de la *vis*, du moment qu'il méprise l'*arbitrium* du juge et veut profiter de l'acte illicite d'autrui? A raison de cette généralité, la formule de l'action *quod metûs* ne portait pas dans l'*intentio* le nom du défendeur; elle était rédigée en termes impersonnels. De là vient que les textes sans méconnaître sa nature d'action de créance, l'appellent *in rem scripta* (L. 14, § 3, D. *Quod metûs*, 4-2).

Comment expliquer cette différence entre l'action *de dolo* et l'action *quod metûs*? Ulpien la justifie par la raison que *metus in se ha-*

bet ignorantiam. Ces paroles concises signifient sans doute que la victime, dans le trouble de la violence et de la crainte, peut en ignorer l'auteur, et qu'il faut dès lors lui reconnaître la faculté de réclamer son bien entre quelques mains qu'il se trouve. Il vaut peut-être mieux faire remarquer que la violence est un vice plus grave que le dol et qui altère le consentement d'une manière plus profonde; d'ailleurs la victime de la violence n'a rien à se reprocher, tandis que la victime du dol avec plus de prudence aurait probablement échappé à la fraude ourdie contre elle (L. 14, § 3, D. *Quod metûs causâ*, 4-2. — *Conf.* C. C. art. 1111, 1116).

Ces deux actions perdent leurs conséquences rigoureuses après l'année. L'action de dol est restreinte alors contre l'auteur du dol aux conséquences qu'elle aurait contre ses héritiers; en d'autres termes, elle n'entraîne plus l'infamie, se réduit à la mesure de l'enrichissement, et devient à proprement dire *in factum*. L'action *quod metûs* n'est plus accordée qu'au simple *causâ cognitâ*, c'est-à-dire en l'absence de tout autre moyen de recours. Ainsi atténuées, ces deux actions sont désormais perpétuelles (L. 14, § 1, D. *Quod metûs*, 4-2; L. 26; L. 27; L. 28, D. *De dolo malo*, 4-3).

Exceptiones doli mali et quod metûs; restitutiones in integrum. — Outre les deux actions précédentes, le dol et la violence ouvrent encore d'autres voies de droit : des exceptions et des *restitutiones in integrum*.

Exceptiones. — L'emploi des actions suppose une *res perfecta*, c'est-à-dire un dommage consommé. Or, il peut arriver que la *res* soit *imperfecta*, par exemple que l'obligation contractée sous l'empire du dol ou de la violence n'ait pas encore reçu son exécution, que la vente extorquée ou imposée n'ait pas encore été suivie de tradition, etc. Dans ces hypothèses, si le créancier veut se prévaloir du strict droit civil, sa poursuite sera repoussée par l'exception *quod metûs* ou *doli mali* (L. 9, § 3, D. *Quod metûs*, 4-2; L. 2, D. *De dolo malo*, 4-3).

Ces exceptions se donnent pour les mêmes causes que les actions de même nom, et la même différence capitale les sépare. Le préteur, s'il accorde l'exception *doli mali*, en subordonne l'effet à la preuve d'un dol du demandeur. Au contraire, par l'exception *quod metûs*, il charge le juge de vérifier s'il y a eu violence quel qu'en soit l'auteur. La première est donc *in personam*, la seconde est *in rem* (*Gaius*, IV, 119. — *Inst.* L. IV, t. XIII. *De exceptionibus*, § 1).

Du reste, quand le défendeur peut établir que le demandeur est en fait l'auteur de la violence, l'exception *doli* remplace sans inconvénients l'exception *quod metûs*. Car la violence implique nécessairement le dol (*Inst.* L. IV, t. XIII, *De except.*, § 1).

Restitutiones in integrum. — Il est enfin des cas où ni l'action ni l'exception ne suffisent à désintéresser la victime de la violence ou du dol. On recourt alors à la ressource extrême des *restitutiones in integrum*, dont la théorie viendra plus loin (L. 1, D. *De in integr. restit.*, 4.-1).

DEUXIÈME SECTION

ACTIONS DE DROIT STRICT ET DE BONNE FOI.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 28, 29, 30.)

§ I.

Notions générales

La division des actions en *judicia bonæ fidei*, et en *judicia stricti juris*, n'est pas une classification générale applicable à toutes les actions ; elle n'embrasse en effet que les actions personnelles et civiles (*in personam* et *conceptæ in jus*) (1).

Il faut donc exclure de cette division :

1° Les actions réelles, *actiones in rem* (L. 5, pr. D. *De in litem jurej.*, 12-3) ;

2° Les actions *conceptæ in factum*, issues de la juridiction prétorienne.

Cependant l'esprit général du droit honoraire et les exemples fournis par les textes autorisent à penser que les actions *in factum* étaient presque toujours traitées comme des actions de bonne foi, et que le juge y statuait *ex æquo et bono*, malgré l'absence de ces mots dans la formule. Il y en avait néanmoins dont la formule précisait à l'avance le chiffre de la condamnation : telles étaient les *actiones pœnales* du préteur. On vient aussi d'en étudier deux qui sont arbitraires, *quod metûs* et *de dolo* (*Gaius*, IV, 47).

3° Les *cognitiones extrà ordinem ;* le magistrat les jugeait en personne, et ne pouvait se lier lui-même par une formule.

Maintenant faut-il de plus, parmi les *actiones in personam* et *in*

(1) En droit français, toutes les actions sont de bonne foi (*Conf.* C. C. art. 1134 *in fine*. — *Suprà*, p. 262).

jus, éliminer celles qu'engendrent les délits, et restreindre finalement notre subdivision aux actions personnelles et civiles qui proviennent *ex contractu* ou *quasi ex contractu?* C'est là une controverse encore pendante, et nous devrons bientôt y prendre parti (*Infrà*, p. 852).

Ce qu'il y a d'ailleurs d'incontestable, c'est que les efforts constants des jurisconsultes et des préteurs tendirent à fondre toutes les actions dans ces deux classes, en faisant prédominer de plus en plus le caractère de bonne foi. Cette tendance est allée jusqu'à transformer les *judicia stricti juris* en *judicia bonæ fidei* par la simple addition du mot *rectè* dans le contrat verbal de droit strict : *rectè enim verbum pro viri boni arbitrio est*. Le droit impérial proclame enfin le principe que l'équité doit l'emporter sur la *ratio juris* (L. 73, D. *De verb. sign.*, 50-16. — L. 8, C. *De judiciis*, 3-1).

§ II

Intérêts pratiques de cette subdivision.

Les différences sont nombreuses et graves entre les actions de bonne foi et les actions de droit strict.

Différences de forme. — La formule de l'action *stricti juris* ne contient aucune expression de nature à conférer au juge des pouvoirs particuliers. La formule de l'action *bonæ fidei* renferme, au contraire, des mots qui le chargent de statuer d'après l'équité, par exemple, *ex fide bonâ*, *ex æquo et bono*, *æquiùs meliùs*, etc. Il prend alors le nom spécial d'*arbiter* (*Gaius*, IV, 63).

Différences au fond. — 1° Comme on le sait, le débiteur tenu d'une action de bonne foi répond même de sa faute *in omittendo*; au contraire, le débiteur tenu d'une action de droit strict peut ne répondre que de sa faute *in committendo* (L. 23, D. *De regulis juris*, 50-17. — *Suprà*, p. 472).

2° Les pactes adjoints soit *in continenti*, soit *ex intervallo* produisent des effets tout différents suivant que le contrat auquel ils viennent se rattacher sont des contrats de droit strict ou des contrats de bonne foi (L. 7, § 4, 5, D. *De pactis*, 2-14. — *Suprà*, p. 445).

3° Dans les actions de bonne foi, le juge prend en considération le simple intérêt d'affection : *placuit in bonæ fidei judiciis affectus rationem habendam*. Dans les *judicia stricti juris*, il ne peut tenir

compte que d'un intérêt pécuniaire (L. 54, pr. D. *Mandati*, 17-1).

4° Le juge d'une action de droit strict ne peut dépasser la lettre du contrat, sous peine de *litem suam facere*. Le juge d'une action de bonne foi a la faculté, en dehors des conventions formellement exprimées, de suppléer *ea quæ sunt moris et consuetudinis* (L. 31, § 20, D. *De ædilitio edicto*, 21-1 — *Conf.* C. C. art. 1135, 1156, 1160).

5° Pour un motif identique, le juge d'un *judicium bonæ fidei* reste maître d'accorder au demandeur plus qu'il n'est compris dans sa demande, c'est-à-dire les fruits et intérêts ; on alla jusqu'à décider, en thèse générale, que les intérêts d'une dette de bonne foi seraient dus à compter de la mise en demeure, même avant la poursuite, *non tam ex obligatione quam ex officio judicis ;* ce sont les intérêts qualifiés de moratoires. Dans un *judicium stricti juris*, le créancier n'a droit à ces accessoires qu'à partir de la *litis contestatio* (L. 54, pr. D. *Locati*, 19-2 ; L. 35 ; L. 38, § 2, D. *De usuris*, 22-1).

6° Quand il s'agit d'une action de bonne foi, le juge peut, suivant les circonstances, prendre des mesures eu vue de l'avenir et notamment ordonner au défendeur de fournir au demandeur des garanties afin d'assurer le paiement d'une dette non échue. Mais il ne jouit pas d'un pouvoir pareil si l'action est *stricti juris* (L. 38, pr. *D. Pro socio*, 17-2).

7° L'exception *doli mali* est sous-entendue dans les *judicia bonæ fidei ;* car le dol choque directement la bonne foi. Aussi le juge, en vertu de sa mission générale et sans autre mission spéciale du préteur, doit-il tenir compte du préjudice causé par l'un des plaideurs à l'autre. La fraude positive ou négative, une réticence contraire à l'équité, un silence déshonnête peuvent entrer, suivant les cas, dans l'appréciation du juge et motiver l'augmentation ou l'adoucissement de la condamnation. Aucune convention des parties ne saurait enlever au juge ce pouvoir d'atteindre le dol sous toutes ses formes. En conséquence, toutes les exceptions fondées sur l'équité, comme l'*exceptio doli*, se trouvent également sous-entendues dans les actions de bonne foi (L. 21, D. *Soluto matr.*, 24-3).

Dans les *judicia stricti juris*, il en était autrement ; le juge n'avait pas à se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi des parties, s'il n'en recevait la mission spéciale du préteur, au moyen de l'exception de dol, ou de toute autre exception analogue, formellement exprimée dans la formule (L. 7, § 3, D. *De dolo malo*, 4-3).

8° La *plus petitio* n'est jamais possible dans les actions de bonne foi ; elle peut au contraire se produire dans les actions de droit strict dont l'*intentio* est *certa* (*Gaius*, IV, 54. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33).

9° Le juge saisi d'une action de bonne foi a toujours pu tenir compte des dettes ou créances réciproques existant entre les parties. Dans les actions de droit strict, il n'en fut pas de même ; car la compensation n'y devint possible que depuis Marc-Aurèle et encore fallait-il que le défendeur eût fait insérer l'exception *doli mali* dans la formule. La compensation fera l'objet d'une exposition séparée (L. 10, D. *De compensat.*, 16-2. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 30).

§ III

Actions de droit strict.

L'action de droit strict, en l'absence de l'exception de dol ou de toute autre équivalente, impose au juge le devoir, si l'*intentio* est fondée *jure civili*, de condamner le défendeur à payer la somme fixée dans cette *intentio* ou l'estimation exacte du litige, sans avoir souci de considérations étrangères à la pure loi civile.

Détermination des actions de droit strict. — Dans la sphère des actions personnelles et civiles, les *judicia stricti juris* formaient sans doute la règle générale. Car les textes, en parlant des actions de bonne foi, procèdent toujours par énumération.

Sont de droit strict : 1° les actions qui appartenaient, sous le système des *legis actiones*, au domaine de la *condictio ;* ce sont celles qui ont pour objet la poursuite d'une obligation civile et unilatérale de transférer en propriété une somme d'argent ou toute autre chose déterminée (*dare certam pecuniam* ou *certam rem*) ; la formule en est *certa ;* 2° parmi les actions dérivées de l'ancienne *judicis postulatio*, celles qui ont pour objet la poursuite d'une obligation civile et unilatérale de transférer la propriété d'une chose indéterminée ou d'accomplir un fait (*dare vel facere aliquid incertum*) ; la formule en est *incerta*.

Controverse. — L'action de droit strict a donc pour trait inévitable et saillant de sanctionner une obligation civile et unilatérale. Or, les obligations de cette espèce naissent le plus souvent de certains contrats et quasi-contrats, qui sont le *mutuum*, la *stipulatio* et l'*expensilatio*, ou de certains délits, qui sont le *furtum*, le *damnum*

legis Aquiliæ et l'*injuria*. Dans l'opinion de plusicurs auteurs, à laquelle nous croyons devoir nous rallier, toutes les actions issues de ces événements juridiques seraient de droit strict. Il faut reconnaître que cette doctrine a la vraisemblance pour elle ; car les rigueurs de la procédure *stricti juris* paraissent naturellement applicables aux faits délictueux (L. 9, § 1, D. *De rebus creditis*, 12-1).

D'autres interprètes pensent au contraire, que les actions de droit strict dérivent toujours *ex contractu* ou *quasi ex contractu*, ce qui revient à les confondre avec les *condictiones*. L'intérêt pratique de cette controverse est d'ailleurs imperceptible ; car il reste certain que les actions *furti* et *legis Aquiliæ* étaient jugées comme actions de droit strict, et que les *condictiones* formaient la branche principale de cette espèce de *judicia*.

Condictiones. — Quant à la *condictio*, comme le dit Cicéron, elle découle en principe de l'un des trois actes suivants, *stipulatio*, *expensilatio*, *datio* (Cicéron, *Pro Roscio*, 4, 5).

Il n'y a rien à dire de la stipulation et de l'expensilation, qui nous sont assez connues. La *datio* est un terme plus large, qui comprend le *mutuum*, la *solutio indebiti*, les hypothèses où la translation d'un droit manque de cause, et les cas où la *condictio* tient lieu de la revendication, parce que l'objet de cette dernière a péri, et que la valeur en doit néanmoins être rendue : telles sont les *condictiones sinè causâ*, *ob rem dati*, *furtiva*, *ob turpem causam*, etc. Reste seule en dehors de la règle la *condictio ex lege*, dont on a rencontré plusieurs applications dans la législation impériale, et qui ne suppose pas une *res stipulata*, *expensilata* ni *data* ; mais on peut l'expliquer par le désir qu'eurent les empereurs d'attacher à de nouveaux rapports obligatoires les effets d'une action ancienne et classique (L. 1, D. *De condictione ex lege*, 13-2).

Les *condictiones* se distinguent en trois classes : 1° la *condictio certi*, qui se décompose en *condictio certæ pecuniæ* et *condictio de aliâ certâ re* ; ce sont les plus antiques ; elles rendent possible la *plus petitio* ; 2° la *condictio incerti*. La différence vient entre elles de la rédaction de l'*intentio*, qui porte une valeur déterminée dans les deux premières, indéterminée dans la troisième.

D'autres fois la *condictio certæ pecuniæ* s'oppose seule à la *condictio de aliâ certâ re* et à la *condictio incerti*, qui se confondent alors sous la dénomination de *condictio triticaria*. C'est que la *condictio* d'une somme d'argent fut organisée tout d'abord ; on l'étendit en-

suite à d'autres choses fongibles, par exemple aux dettes de froment (*triticum*). Mais une fois le nom de *condictio triticaria* admis à l'occasion d'une *condictio* nouvelle, on finit par l'employer aussi pour toutes les *condictiones* postérieures, même *incerti* (L. 1, pr. § 1, D. *D. condict. triticaria*, 13-3).

§ IV

Actions de bonne foi.

L'action est de bonne foi, quand le juge y peut statuer suivant l'équité et d'après les circonstances du procès en tenant compte des réclamations connexes du défendeur.

Détermination des actions de bonne foi. — Sont de bonne foi celles des actions attribuées au domaine de la vieille *judicis postulatio* qui ne sont pas devenues *stricti juris*. Elles ont pour objet la poursuite d'obligations civiles, synallagmatiques au moins imparfaites, et nécessairement indéterminées. La formule en est, *incerta* tout au moins dans l'immense majorité des cas. On sait qu'elle se caractérise par l'adjonction de certains mots techniques, *ex æquo et bono*, *ex bonâ fide*, *æquius melius*. Ces actions sont dues sans aucun doute à l'envahissement progressif du droit des gens sur le droit pur de Rome.

Les textes procèdent ici par énumération. Il nous est parvenu trois listes des actions de bonne foi : la première est de Cicéron, la deuxième de Gaius, la troisième et la plus complète de Justinien (Cicéron, *De officiis*, III, 15. — *Gaius*, IV, 62. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 28).

En laissant de côté l'action *fiduciæ*, qui n'existe plus au temps des Institutes, les *judicia bonæ fidei* sont les actions : *tutelæ*, *pro socio*, *mandati*, *empti-venditi*, *locati-conducti*, *depositi*, *commodati*, *negotiorum-gestorum*, *familiæ-erciscundæ*, *communi-dividundo*, *pigneratia*, *præscriptis verbis*, *rei uxoriæ* (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 28, 29) (1).

Toutes ces actions nous sont déjà connues ; la source et les effets en ont été suffisamment expliqués à propos des contrats ou quasi-contrats qui leur donnent naissance.

Nature de l'action præscriptis verbis. — On a bien essayé de contester à l'action *præscriptis verbis* la plupart de ses caractères princi

(1) Justinien mentionne parmi les *judicia bonæ fidei* la pétition d'hérédité, qui est une action réelle. Cette erreur de rédaction a été déjà relevée (*Suprà*, p. 789).

paux. Mais si l'on approfondit la nature des contrats innommés qui la produisent, aucun doute ne peut subsister ; elle est éminemment contractuelle, *directa*, personnelle, civile, *persecutoria rei*, *in simplum*, perpétuelle et de bonne foi. Cette dernière qualité résulte notamment, ainsi qu'on l'a vu, de l'essence synallagmatique des contrats innommés et de plusieurs textes péremptoires (L. 2, § 2, D. *De precario*, 43-26. — *Paul*, S. L. V, t. VI, § 10. — *Suprà*, p. 454).

CHAPITRE XXII

CINQUIÈME DIVISION DES ACTIONS, ACTIONS PERPÉTUELLES, ACTIONS TEMPORAIRES.

(*Inst.* L. IV, t. XII, *De perpetuis et temp. act.*)

Pour apprécier la durée des actions sous le sytème formulaire, il fallait distinguer : 1° l'action organisée par le magistrat, c'est-à-dire l'instance engagée ; 2° l'action à mettre en exercice, c'est-à-dire le droit d'agir.

§ I

Durée de l'instance.

Lorsque l'action a été menée jusqu'à la délivrance de la formule, elle devient un droit acquis, c'est-à-dire perpétuel et transmissible activement ou passivement. Ce double résultat tient aux effets déjà signalés de la *litis contestatio : omnes actiones quæ tempore vel morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent* (L. 139, D. *De regulis juris*, 50-17. — *Inst.* L. IV, t. XII, *De perpetuis et temp. act.*, § 1, *in fine*. — *Suprà*, p. 762).

Cependant la loi Julia judiciaria voulut mettre un terme à la durée des instances judiciaires. Elle les partagea en deux classes : en *judicia legitima* et en *judicia imperio continentia* (*Gaius*, IV, 103-105).

1° *Judicia legitima*. — Ce sont les instances engagées à Rome ou dans le premier mille de Rome, entre citoyens romains et devant l'*unus judex* qui est nécessairement citoyen. Elles doivent être jugées dans les dix-huit mois ; passé ce délai, elles expirent.

2° *Judicia imperio continentia.* — Ce sont les instances qui manquent de l'une des trois conditions précitées. Elles ne survivent pas aux pouvoirs du magistrat qui a délivré la formule. Or, comme les magistratures romaines sont annales pour la plupart, ces instances ont une durée maximum d'un an ; mais, elles peuvent s'éteindre quelquefois plus tôt (*Gaius*, IV, 104, 105).

Cette division embrasse toutes les actions tant prétoriennes que civiles ; ainsi les premières peuvent constituer des *judicia legitima*, et les secondes des *judicia imperio continentia* (*Gaius*, IV, 109).

Mais elle est difficilement explicable. On a bien dit que les anciens Romains attachaient au sol de Rome et du *milliarium* environnant une sorte d'influence solennelle et sacrée qui se reflétait sur les actes juridiques dont il était le théâtre. Malheureusement cette explication est toute de mots et se borne à déplacer le problème. La distinction des *judicia legitima* et des *judicia imperio continentia*, toute mystérieuse qu'elle est, tient néanmoins une place importante dans la législation classique. Elle a déjà produit des conséquences intéressantes à propos de la *litis contestatio* et de l'*adjudicatio ;* on en retrouvera encore l'effet dans la théorie de l'exception *rei judicatæ*.

Supposons une instance éteinte (*judicium exspiravit*), faute d'une sentence rendue dans le délai prescrit. Le défendeur n'a plus, il est vrai, à craindre de poursuites ; mais est-il complètement libéré ? On admet généralement qu'il reste tenu d'une obligation naturelle ; cette doctrine a l'équité pour elle, et semble résulter de quelques textes (L. 30, § 1, D. *Ad leg. Aquil.*, 9-2 ; L. 8, § 1, D. *Ratam rem haberi*, 46-8).

Les règles sur la péremption d'instance furent modifiées par Justinien ; il décida que toutes les instances civiles périmeraient désormais au bout de trois ans : *ne lites fiant pene immortales, et vitæ hominum modum excedant, censemus omnes lites non ultra trienii metas post litem contestatam esse protrahendas* (L. 13, C. *De judiciis*, 3-1. — *Conf.* C. Proc. art. 397).

§ II

Durée de l'action.

Pour la durée de l'action proprement dite, c'est-à-dire du droit d'agir, deux périodes sont à distinguer.

Législation antérieure au Bas-Empire. — Les jurisconsultes distinguaient les actions *perpétuelles* et les actions *temporaires*. Les premières avaient une durée illimitée. Les secondes ne duraient ordinairement qu'une année utile ; on ne leur appliquait pas d'ailleurs le même mode de calcul qu'à l'usucapion, et le délai n'expirait que le lendemain du dernier jour (L. 14, § 2, D. *Quod metûs*, 4-2 ; L. 6, D. *De oblig. et act.*, 44-7).

Les actions *civiles*, c'est-à-dire provenues d'une loi, d'un sénatus-consulte, d'une constitution ou de la coutume, étaient généralement perpétuelles. Les actions *prétoriennes* étaient le plus souvent annales (*Gaius*, IV, 110. — *Inst.* L. IV, t. XII, *De perpetuis*, pr.).

Mais il y avait des exceptions dans les deux sens. Ainsi l'action donnée contre les *sponsores* et les *fidepromissores* s'éteignait par deux ans, quoique civile : la *querela inofficiosi testamenti* était limitée à cinq ans, l'action d'injures durait un an, etc. A l'inverse, l'action *furti manifesti*, et les actions accordées aux *bonorum possessores* et autres personnes que le magistrat mettait *heredis loco*, étaient perpétuelles, quoique prétoriennes ; étaient également perpétuelles : la Publicienne, l'action hypothécaire et en général les actions *rei persecutoriæ* (*Gaius*, IV, 111. — *Inst.* L. IV, t. XII. *De perpetuis*, pr.).

Peut-on établir à cet égard une règle théorique et motivée ? Laissons de côté les explications insuffisantes, et même puériles, que les Institutes proposent de la difficulté (*Inst.* L. IV, t. XII, *De perpetuis*, pr.).

On doit reconnaître deux grandes classes d'actions prétoriennes. Les unes sont données conformément au droit civil, pour en imiter les règles ou pour en combler les lacunes, *imitantur jus legitimum*, ce sont la plupart des actions persécutoires et quelques actions pénales ; elles sont perpétuelles. Les autres sont données contrairement au droit civil, *contra jus civile dantur* ; ce sont la plupart des actions pénales et quelques actions rescisoires ; elles sont annales. Car, dès l'instant que le préteur voulait en borner la durée, il dut obéir naturellement à cette considération, que l'édit lui-même ne durait qu'un an (*Gaius*, IV, 111. — L. 35, pr. D. *De oblig. et act.*, 44-7).

Législation du Bas-Empire ; prescription de trente ans. — Par une célèbre constitution de Théodose le Jeune, rendue en l'an-

née 424 de notre ère, les actions autrefois perpétuelles furent limitées à trente ans (L. 3, C. *De præscrip. trigent.*, 7-39. — *Conf.* C. C. art. 2262).

Anastase réduisit à quarante ans certaines actions perpétuelles que n'avait pas atteintes la décision précédente, et qui étaient probablement les actions en réclamation d'état. Justin appliqua spécialement le même délai à l'action hypothécaire, dirigée contre le débiteur. Les églises et lieux saints en jouirent aussi pour leurs actions en revendication, prolongées auparavant jusqu'à cent ans (L. 4; L. 5; L. 6; L. 7, C. *De præscrip. trigent.*, 7-39. — *Novelle* 131, ch. 61. — *Suprà*, p. 182).

En résumé, le Bas-Empire soumit à la prescription extinctive de trente ou quarante ans les actions autrefois perpétuelles. Les motifs de cette innovation mémorable furent le désir de diminuer les procès, le besoin d'assurer la stabilité des droits, et la volonté de punir les créanciers ou propriétaires négligents (L. 2; L. 3, C. *De annali except.*, 7-40).

Le délai courait, en principe, du jour de la naissance de l'action, et la bonne foi n'était pas exigée de la personne qui prescrivait (L. 3, § 1; L. 7, § 4; L. 8, § 1, C. *De præscrip. trigent.*, 7-39).

Suspension, interruption. — Pour ces longues prescriptions, on comptait par jours continus. Il fallut admettre aussi la possibilité d'une suspension ou d'une interruption.

Est suspendue la prescription dont le cours s'arrête momentanément, sans que le temps écoulé soit perdu. Entre autres causes, la suspension résultait de l'impuberté du titulaire de l'action, du délai imparti à l'héritier pour faire inventaire et délibérer, etc. (L. 22, § 11, C. *De jure deliberandi*, 6-30. — *Conf.* C. C. art. 2251-2259).

Est interrompue la prescription dont le cours s'arrête définitivement, sans qu'on puisse désormais se prévaloir du temps écoulé. Par exemple l'interruption résultait : 1° de l'exercice de l'action, et cet effet se produit à partir de la remise du *libellus conventionis*; 2° de la reconnaissance du débiteur; 3° si le débiteur était absent, d'une protestation adressée à des magistrats déterminés, ou dressée par un *tabularius*, ou signée par trois témoins honorables (L. 2; L. 3, C. *De annali except.*, 7-40. — *Conf.* C. C. art. 2244-2250).

Effets de la prescription. — La prescription n'opère pas de plein droit; le défendeur doit l'opposer, et le juge n'est pas admis à la

suppléer d'office, tout au moins d'après l'opinion générale. Elle a pour résultat d'anéantir l'action ; seulement, dans le cas où l'action était personnelle, on peut soutenir qu'il subsiste une obligation naturelle (L. 2, C. *De luitione pign.*, 8-31. — *Conf.*, C. C. art. 2223).

Dans le cas où l'action était réelle, le droit réel persiste contre toutes personnes autres que le défendeur qui a prescrit, ou ses successeurs universels et particuliers (L. 8, § 1, C. *De præscript. trigent.*, 7-39).

Comme on le voit, au temps des Institutes, les actions dites perpétuelles ne sont plus que des actions de trente ou quarante ans, inexactement désignées sous leur ancien nom.

CHAPITRE XXIII

ACTIONS *ADJECTITIÆ QUALITATIS* ET NOXALES.

(*Inst.* L. IV, t. VII, VIII, IX.)

Dans la famille romaine, le père profite des acquisitions faites par les esclaves ou les enfants soumis à sa puissance ; mais il n'est pas tenu de leurs dettes. Car les personnes *alieni juris* sont pour le *pater familias* une source d'avantages, non d'appauvrissement.

Cependant ce principe reçoit deux restrictions.

Dès les temps les plus reculés, le droit civil lui-même donne contre le chef de famille les actions *noxales*, à raison des obligations nées du délit ou du quasi-délit de l'individu *in potestate*.

Quant aux obligations contractuelles du fils ou de l'esclave, le progrès fut plus lent à prévaloir. Mais, comme l'irresponsabilité du *pater* éliminait des relations d'affaires, les esclaves et les enfants de famille, c'est-à-dire une grande partie de la population, le droit prétorien en vint à donner contre le chef de famille les actions *adjectitiæ qualitatis*, à raison des obligations nées du contrat ou du quasi-contrat de l'individu *in potestate*.

Ces deux catégories d'actions furent donc une œuvre commune de réaction contre un principe gênant.

Elles exigent une remarque essentielle : c'est qu'elles n'ont pas une existence propre, et ne constituent pas des actions *sui generis* et indépendantes de celles qui nous sont déjà connues. On n'y doit voir, en réalité, que les actions *in personam* ordinaires du droit civil

ou du droit prétorien, *venditi, locati, condictio, furti, quod metûs,* etc., intentées d'après des règles distinctes, et moulées sur des besoins spéciaux. On appelle donc les unes *adjectitiæ qualitatis*, parce que leur formule contient des qualifications ou *qualitates* qui en font connaître l'origine (*quod jussu, de peculio,* etc.), les autres noxales, parce qu'elles sont données *noxaliter* (pour suivre la *noxa* c'est-à-dire l'auteur du délit, *corpus quod nocuit*).

PREMIÈRE SECTION

ACTIONS *ADJECTITIÆ QUALITATIS.*

(*Inst.* L. IV, t. VII, *Quod cum eo, qui in alien.*)

La personne *alieni juris* peut s'obliger par un contrat ou quasi-contrat, de manière à produire une action *rei persecutoria*. Le préteur suit alors des règles différentes, suivant que le père a plus ou moins participé à la dette.

§ I

Dettes contractées par ordre du pater familias.

L'ordre de s'obliger, donné par le père ou le maître, est tantôt spécial, tantôt général.

Action quod jussu. — Si l'ordre est spécial, l'action se donne contre le chef de famille avec la qualification de *quod jussu.* Alors, comme le tiers a dû suivre la foi du chef de famille, le préteur lui donne une action *in solidum*, pour la totalité de l'engagement contracté par le fils ou par l'esclave (*Inst.* L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 1).

Il importe peu que le *pater* ait connu l'engagement par avance, ou qu'il l'ait ratifié après coup ; car la ratification équivaut au mandat (L. 1, § 6, D. *Quod jussu*, 15-4. — L. 60, D. *De reg. juris*, 50-17).

Actions exercitoria et institoria. — Quand l'ordre est compris implicitement dans une mission générale, l'action qui en résulte contre le *pater familiâs* se nomme parfois *exercitoria*, parfois *institoria.*

Action exercitoria. — Elle s'appelle *exercitoria*, lorsqu'elle se donne contre un armateur (*exercitor navis*), à raison des engagements que son fils ou son esclave, préposé au navire (*magister na-*

vis), a contractés pour remplir cette tâche (*Inst.* L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 2).

Action institoria. — L'action prend le nom d'*actio institoria*, lorsqu'elle se donne contre un chef de famille qui a préposé son fils ou son esclave (*institor*) à un commerce quelconque, pour tous les engagements dérivés de ce négoce (*Inst.* L. IV, t. VIII, *Quod cum eo*, § 2).

Ces deux actions présentent en général les mêmes caractères; on doit cependant relever entre elles quelques différences. 1° L'action *exercitoria* tire son nom du préposant (*exercitor navis*); l'action *institoria* tire au contraire le sien du préposé (*institor*). 2° Quiconque a traité avec un tiers que s'est substitué le *magister navis*, peut intenter l'action exercitoire contre l'*exercitor*; au contraire, l'action institoire suppose qu'on a traité avec l'*institor* en personne. 3° Si l'*exercitor* est en puissance, quiconque a traité avec son *magister navis* peut agir contre son père ou son maître; au contraire, le tiers qui traite avec un *institor* ne peut jamais poursuivre que le préposant en personne (L. 1, § 5, 19, 20, D. *De exercitoriâ actione*, 14-1).

L'action exercitoire est donc plus souple que l'action institoire; c'est que la nature même du commerce maritime exigeait une plus grande liberté que le commerce ordinaire.

Observation commune. — Poursuivi par l'une de ces trois actions, le père était tenu de toute la dette, *in solidum*; car le tiers, en contractant avec le fils ou l'esclave sur l'ordre explicite ou implicite du chef de famille, était censé *jure prætorio* contracter avec le *pater familiâs* lui-même au point de vue prétorien. Puisque la condamnation portait *in solidum*, il est probable que les clauses *quod jussu*, *exercitoria*, *institoria*, trouvaient place dans les premières parties de la formule, la *demonstratio* ou l'*intentio*; par exemple : *quod jussu Numerii Negidii, Aulus Agerius vendiderit, quidquid paret*, etc.

§ II

Dettes contractées sans ordre du pater familiâs.

Si le fils ou l'esclave contracte une obligation sans l'ordre spécial ou général ni la ratification postérieure du chef de famille, celui-ci n'est pas obligé pour le tout, mais seulement jusqu'à concurrence de certaines valeurs qu'il s'agit de déterminer. Cette question se rattache à la matière du pécule profectice, dont l'administration

a été confiée par le chef de famille à l'individu *alieni juris* (1).

Action tributoria. — Supposons d'abord qu'au su du chef de famille, *sciente domino*, le fils ou l'esclave fasse un commerce pour son propre compte, à l'aide du pécule profectice.

La portion de ce pécule affectée au commerce est grevée du payement des dettes que l'individu *alieni juris*, a contractées dans son négoce avec des étrangers, ou dont il peut se trouver tenu naturellement envers son maître pour une cause quelconque. La distribution des valeurs ou marchandises doit se faire au marc le franc entre le maître et les tiers créanciers. Le chef de famille lui-même est chargé de cette répartition ; mais il ne jouit d'aucun privilège, et la distribution, en cas d'insuffisance, se fait au prorata des créances. Or, s'il y a dol de la part du chef de famille, le créancier qui se prétend lésé réclame au *pater familiâs* ce qui lui manque par l'action dite *tributoria* (*Inst.* L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 3).

Actions de peculio et de in rem verso. — Supposons maintenant que le *pater familiâs* n'ait connu l'engagement en aucune façon, ou que l'engagement ait été contracté contre son gré.

Les créanciers ne sont alors admis à poursuivre le chef de famille que jusqu'à concurrence du pécule, *de peculio*, ou de ce qui a tourné à son profit, *de in rem verso*. D'après Gaius, ces deux clauses sont insérées à la fois dans la formule ; autrement dit, la condamnation prononcée contre le père pourra égaler, mais non dépasser, la valeur de ce que lui a rapporté l'acte de son fils ou de son esclave, ajoutée à la valeur du pécule ; le tout est évalué dans la même action, *una actio*, *duæ condemnationes*. Dans la doctrine plus simple de Paul et d'Ulpien, le profit du maître le constitue débiteur envers l'esclave, et cette dette grossit d'autant le pécule ; par suite, en agissant seulement *de peculio*, on agit du même coup et virtuellement *de in rem verso*. Ces deux conceptions théoriques aboutissaient, en général, au même résultat pratique (*Gaius*, IV, 73. — L. 3, § 1 ; L. 19, *D. De in rem verso*, 15-3. — *Inst.* L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 4).

Le maître poursuivi *de peculio*, qui a payé au delà du pécule, n'est pas admis à répéter. Les créanciers gardent le droit de re-

(1) Le fils peut avoir en propriété d'autres pécules qui nous sont connus, *castrense*, *quasi-castrense*, *adventitium*. Mais il est à leur égard un véritable *pater familiâs*, et supporte toutes les conséquences profitables ou nuisibles de ses actes (L. 11, D. *De pecul. castr.*, 49-17. — *Suprà*, p. 226).

nouveler la poursuite contre le maître jusqu'à parfait payement tant qu'il entrera quelque chose dans le pécule (L. 11, D. *De cond. indeb.*, 12-6; L. 30, § 4, D. *De peculio*, 15-1).

Observation commune. — A la différence des trois premières actions *adjectitiæ qualitatis*, les trois dernières (*tributoria, de peculio, de in rem verso*), comme on vient de le voir, ne s'intentent pas contre le maître pour le tout, mais seulement dans certaines bornes. De là résulte que les clauses *tributoria, de peculio, de in rem verso*, au lieu de se trouver dans la *demonstratio* ou l'*intentio*, avaient leur place dans la *condemnatio*, par exemple : *si paret... Numerium Negidium Aulo Agerio de in rem verso condemna.*

§ III

Comparaison des actions adjectitiæ qualitatis.

Les six actions *adjectitiæ qualitatis* se partagent en deux groupes de trois actions, bien distincts par leur cause originaire et par leurs effets juridiques.

D'une part, les actions *quod jussu, exercitoria* et *institoria* supposent que le chef de famille a consenti aux engagements contractés par l'individu *in potestate* et entraînent la condamnation *in solidum*. D'autre part, les actions *tributoria, de peculio* et *de in rem verso* supposent que le fils ou l'esclave a contracté sans l'ordre exprès ou tacite du maître et ne produisent qu'une condamnation partielle limitée à certaines valeurs.

Il est à noter d'ailleurs que l'action exercitoire ou institoire ne saurait concourir avec l'action tributoire. Car le *magister navis* ou l'*institor* fait le commerce pour le compte de son maître et comme préposé ; au contraire, l'action tributoire suppose un individu *alieni juris* qui fait le commerce au su du chef de famille, mais pour son propre compte (L. 11, § 7, D. *De institoria actione*, 14-3).

La même personne qui est investie de l'action *quod jussu, exercitoria* ou *institoria*, peut exercer l'action *de peculio*, s'il y a un pécule ; mais cette dernière voie est moins sûre pour elle. De même, quiconque a l'action tributoire doit avoir à plus forte raison l'action *de peculio ;* la supériorité de l'un de ces moyens sur l'autre dépend alors des circonstances. L'action *de peculio* atteint tout le pécule, mais laisse au maître la faculté de prélever ce qui lui est dû

naturellement, par préférence à tout autre créancier; de plus, le créancier qui engage la *litis contestatio* le premier est préféré à tous les autres. L'action tributoire ne frappe que la portion du pécule affectée au commerce ; mais le maître n'y jouit d'aucune prérogative ; enfin tous les créanciers sont payés proportionnellement et au marc le franc (*Gaius*, IV, 74. — L. 5, § 19, D. *De tribut. act.*, 14-4 ; L. 9, § 2 ; L. 10, D. *De peculio*, 15-1. — *Inst.* L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 5).

§ IV

Différences entre le fils et l'esclave.

Les règles précédentes sont indifféremment applicables aux engagements du fils de famille et de l'esclave (*Inst.* L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 6).

Il faut néanmoins signaler entre la *filius familiâs* et le *servus* quelques dissemblances, dérivées d'une première différence capitale qui nous est depuis longtemps connue. En effet, le fils de famille s'oblige civilement lui-même, tant par ses contrats ou quasi-contrats que par ses délits ou quasi-délits. Au contraire, l'esclave est incapable de s'obliger civilement par un contrat ou quasi-contrat (*Suprà*, p. 270).

De là dérivent plusieurs conséquences.

1° Le tiers contractant peut à son choix poursuivre le père ou le fils, à raison d'un engagement de ce dernier. Mais il ne peut les poursuivre successivement l'un et l'autre (L. 1, § 24, D. *De exercit. actione*, 14-1).

2° Si le fils de famille est condamné en justice, l'action *judicati*, qui résulte de la condamnation, comme toute autre action *quasi ex contractu*, est susceptible de s'intenter *de peculio* contre le père (L. 3, § 11, D. *De peculio*, 15-1).

3° Tandis que l'*intercessio* de l'esclave n'oblige aucunement le maître, l'*intercessio* du fils de famille oblige au moins le père *de peculio* (L. 3, § 5, 6, 9, D. *De peculio*, 15-1. — *Suprà*, p. 325).

4° Le fils mineur de vingt-cinq ans, mais non son père, est admis à demander la *restitutio in integrum* pour cause de lésion (L. 3, § 4, D. *De minoribus*, 4-4).

5° Enfin tandis qu'un esclave peut en contractant un *mutuum* faire naître une action *de peculio* contre son maître, le *filius familiâs* qui emprunte de l'argent contrairement aux dispositions du

sénatus-consulte Macédonien ne peut, ni s'obliger lui-même civilement, ni obliger son père (*Inst.* L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 7. — *Suprà*, p. 358).

§ V

Généralisation des actions exercitoire et institoire.

Les actions exercitoire et institoire fournirent au préteur un moyen facile d'améliorer la théorie civile du mandat. Il n'eut d'abord qu'à les étendre, en faveur de la navigation et du commerce, au cas où le préposé n'était pas sous la puissance du préposant (*Inst.* L. IV, t. VII, *Quod cum eo*, § 2, *in fine*).

Les jurisconsultes firent ensuite un pas de plus et allèrent bientôt jusqu'à donner aux tiers qui avaient suivi la foi du mandataire, l'action *institoria utilis* contre le mandant (L. 19, pr., D. *De inst. act.*, 14-3 ; L. 13, § 25, D. *De actionibus empti*, 19-1).

On a déjà pu apprécier l'influence féconde et bienfaisante de ces innovations (*Suprà*, p. 439).

DEUXIÈME SECTION

ACTIONS NOXALES.

(*Inst.* L. IV, t. VIII, IX.)

Des considérations de police et d'ordre public contraignirent le droit civil à reconnaître de tout temps que la partie lésée par le délit ou le quasi-délit d'une personne *alieni juris* pourrait agir en indemnité contre le père de famille. Ce dernier avait seulement un moyen de se dérober à la réparation du dommage, en abandonnant au demandeur l'auteur du fait délictueux. Cette faculté d'abandon n'était que l'application d'une idée générale que les anciens Romains considéraient comme essentielle à la propriété ; ils n'admettaient pas que le propriétaire pût éprouver malgré lui à l'occasion des choses qui lui appartenaient, un préjudice supérieur à la valeur de ces choses elles-mêmes (1).

Aussi, l'abandon noxal s'appliquait-il, dans le principe, aux enfants de famille, aux esclaves, aux animaux, aux objets inanimés. Accompli sur les enfants de famille, il avait pour résultat de les constituer *in mancipio ;* la religion chrétienne ne pouvait le tolérer,

(1) On a vu, une autre application de ce vieux principe, dans le cas du *damnum infectum* (*Suprà*, p. 345).

et, déjà supprimé par Constantin à l'égard des filles, il le fut à l'égard des fils par Justinien (*Gaius*, I, 140, 141. — *Inst.* L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, § 7. — *Suprà*, p. 37).

La partie lésée ne resta pas cependant sans ressource ; car, sans attendre que l'enfant de famille fût devenu *sui juris*, elle était libre de le poursuivre immédiatement par l'action née du délit, et de se retourner ensuite contre le père par l'action *judicati de peculio* (L. 3, § 11, D. *De peculio*, 15-1. — *Suprà*, p. 863).

§ I

Actions noxales proprement dites.

(*Inst.* L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*)

Considérée dans son application au *servus*, l'action noxale est l'action donnée contre le maître à raison du délit de l'esclave. Tandis que les actions *adjectitiæ qualitis* étaient toutes *rei persecutoriæ* et d'origine prétorienne, l'action noxale est pénale et tantôt civile, tantôt prétorienne. En effet, suivant une remarque déjà faite, elle n'est que l'action issue du délit de l'esclave (*furti, vi bonorum raptorum*, etc.), avec la qualité particulière de s'intenter *noxaliter* (*Gaius*, IV, 76. — *Inst.* L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, § 4) (1).

Délit qui engendre l'action noxale. — L'action noxale n'a jamais pour source que le délit commis par un esclave envers un étranger. Au délit commis par l'esclave envers son maître on applique rigoureusement la règle qu'il ne saurait naître une action entre eux. Par conséqnent, l'aliénation ou l'affranchissement de l'esclave, après le délit, ne donne pas à l'ancien maître le droit de le poursuivre *noxaliter*. En vertu de la même idée, si l'esclave d'autrui accomplit un fait délictueux à votre préjudice et tombe ensuite sous votre puissance, l'action noxale s'évanouit. Sera-t-elle ressuscitée par l'affranchissement ou l'aliénation du délinquant ? Les Proculiens avaient admis l'affirmative ; mais l'opinion contraire des Sabiniens prévaut dans les Institutes (*Gaius*, IV, 78. — *Inst.* L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, § 6).

(1) L'adjectif *noxalis* vient sans doute du verbe *nocere*. Les mots *noxa*, *noxia*, sont de la même famille; souvent synonymes, ils ont souvent aussi des acceptions différentes, et *noxa* signifie l'auteur du dommage (*corpus quod nocuit, servus*), *noxia* désigne le délit même (*ipsum maleficium*) (*Inst.* L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, § 1).

A qui et contre qui se donne l'action noxale. — L'action noxale est ouverte à tous ceux qui ont éprouvé un préjudice quelconque à raison d'un délit ou quasi-délit commis par un esclave. Elle ne se fonde point d'ailleurs sur un devoir imposé au *pater familiâs* de surveiller les individus soumis à sa puissance ; car c'est toujours le maître de l'esclave au moment de la *litis contestatio* qui en est passible. Quant au maître qu'avait l'esclave lors du délit, il ne peut être inquiété s'il a perdu la possession du *servus*. On n'a pas même à examiner si l'esclave avait un maître lorsqu'il a commis le fait délictueux. Le chef de famille est donc poursuivi, moins en qualité de propriétaire qu'en qualité de possesseur, et parce qu'il a de fait la possibilité d'exhiber l'esclave. Aussi n'est-il pas tenu de l'action, lorsque l'esclave est en fuite. Ces diverses règles se résument dans l'adage : *Noxa caput sequitur* (*Paul*, S. L. II, t. XXXI, § 37. — *Inst.* L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, § 5. — L. 11 ; L. 13, D. *De noxal. act.*, 9-4. — *Conf.* C. C. art. 1384).

Au surplus, l'action noxale se transforme en action directe contre l'esclave après son affranchissement, par une remarquable application du principe que ses délits l'obligent civilement ; *si manumissus fuerit, directo ipse tenetur*. Mais à l'inverse, l'action directe se transforme quelquefois en action noxale ; ainsi, quand l'auteur libre d'un délit devient ensuite votre esclave, la poursuite ne pourra plus s'exercer qu'envers vous et *noxaliter* (*Gaius*, IV, 77. — L. 14, D. *De oblig. et act.*, 44-7. — *Inst.* L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, § 5).

Nature et effets de l'action noxale. — L'action noxale, bien qu'accompagnée d'une sorte de droit de suite, est incontestablement personnelle ; car elle tend à la reconnaissance d'une obligation.

Elle tend directement à mettre le possesseur de l'esclave dans l'alternative, ou de payer la peine infligée au délit (*litis æstimatio*), ou d'abandonner l'esclave. Le demandeur est libre, au besoin, d'agir d'abord *ad exhibendum ;* cette faculté lui est utile dans l'hypothèse où l'auteur du délit est un esclave qu'il ne saurait désigner par son nom, mais qu'il pourra reconnaître dans la *familia* de son maître (*Inst.* L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, pr., § 2, 3).

L'alternative qu'implique l'action noxale a déterminé certains jurisconsultes à la déclarer toujours et nécessairement arbitraire. Cette doctrine procède d'une confusion manifeste. Le caractère

particulier d'une action arbitraire c'est que le juge évalue à son gré la satisfaction qu'y doit fournir le défendeur, s'il veut échapper à la condamnation ; or, ce même pouvoir n'appartenait pas au juge de l'action noxale, puisqu'il ne lui était pas permis de modifier la peine du délit. De plus, l'*arbitrum* ou *jussus* d'une action arbitraire portait en lui-même la coaction indirecte qui s'attachait à la menace d'une condamnation plus ou moins fixée par le serment du demandeur ; au contraire, l'abandon noxal n'était pas enjoint au maître de l'esclave, mais laissé pleinement à son libre arbitre, et son refus de s'y prêter n'aggravait en rien la peine législativement déterminée par avance et proportionnée à la nature du délit. Enfin, le *jussus* d'une action arbitraire précédait la condamnation, tandis que l'alternative ouverte par l'action noxale se trouvait dans la condamnation elle-même.

Pour conclure, la qualité de noxale ne suffit pas à rendre arbitraire une action qui ne l'est pas. Mais on doit admettre le cumul de ces deux caractères dans les cas où l'action noxale, en la supposant intentée directement contre l'auteur du délit, serait arbitraire de sa nature ; telle serait l'action *quod metûs causa* donnée contre le maître de l'esclave qui a fait violence (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31).

Abandon noxal. — Le maître a le droit de faire l'abandon noxal avant toute poursuite, ou dans le cours du procès, ou même après la sentence ; il évite ainsi l'action, la condamnation ou l'exécution (L, 29, D. *De noxal. act.*, 9-4. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 31 ; t. VIII, *De noxal act.*, pr. *in fine*).

Une fois condamné, il n'est pas tenu d'une obligation alternative, mais seulement de l'action *judicati cum facultate solutionis ;* le demandeur n'a donc à lui imposer que l'exécution de la sentence (L. 6, § 1, D. *De re judicatâ*, 42-1).

Par exception, la faculté de l'abandon noxal est refusée au maître, lorsqu'il a nié mensongèrement de posséder l'esclave, ou lorsqu'il n'a pas usé des moyens qu'il avait d'empêcher le délit (L. 2, § 1, D. *Si ex noxali causâ*, 2-9 ; L. 2, pr. *De noxal. act.*, 9-4).

L'abandon consistait dans une aliénation complète de l'esclave, et s'opérait ordinairement par la mancipation, au temps de Gaïus. En l'absence du maître, et si personne ne se présentait à la défense, le demandeur emmenait l'esclave sur l'ordre du préteur (*ducebat servum ex noxali causâ*), et acquérait sur lui l'*in bonis* ou

propriété prétorienne (L. 26, § 6, D. *De noxal. act.*, 9-4. — *Suprà*, p. 146).

D'après les Institutes, si l'esclave *noxæ deditus* parvient à désintéresser son nouveau maître en réparant le dommage causé par son délit, il pourra exiger sa liberté. Un tel résultat serait directement contraire aux plus incontestables principes de la *dominica potestas*, et nul autre texte ne le signale. L'humanité de Justinien innove sans doute pour étendre aux esclaves une faveur (*auxilium prætoris*) que l'ancien droit réservait aux fils de famille frappés de l'abandon noxal (*Coll. leg. Mosaic.*, II, 3. — *Inst.* L. IV, t. VIII, *De noxal. act.*, § 3).

§ II

Action de pauperie.

(*Inst.* L. IV, t. IX, *Si quadrupes pauperiem.*)

Le préjudice causé par un animal s'appelle *pauperies*, et l'action intentée dans cette hypothèse par le tiers victime du préjudice prend le nom d'action *de pauperie*.

Action de pauperie. — L'action *de pauperie* avait été créée par la loi des Douze Tables ; elle se donnait pour tout dommage émané d'un quadrupède domestique ; la jurisprudence appliqua ensuite cette action en qualité d'*utilis*, aux autres animaux non sauvages (L. 4, D. *Si paup. feciss. dic.*, 9-1. — *Inst.* L. IV, t. IX, *Si quadrupes paup.*, pr.).

Cette action était *noxale* en ce sens qu'elle laissait au défendeur la faculté de se libérer en abandonnant l'animal ; mais elle différait des actions noxales en ce qu'elle avait une existence propre et constituait une action particulière.

Action édilitienne. — Le dommage émané d'un animal féroce (*genitali feritate*) ne tombait pas sous le coup de la loi des Douze Tables ; elle avait probablement voulu punir la négligence des propriétaires de bestiaux, bête de somme ou domestiques, et ne prévoyait pas les autres cas plus rares. La lacune fut comblée par les Ediles, qui introduisirent une action contre tous les possesseurs d'animaux dangereux, à raison du préjudice causé par ces animaux. Cette action aboutissait à une condamnation pécuniaire que le juge évaluait *ex æquo et bono*. Du reste, cette condamnation ne pouvait être évitée par le propriétaire qui offrait de faire l'aban-

don noxal de l'animal (*Inst.* L. IV, t. IX, *Si quadrupes paup.*, § 1).

D'ailleurs l'action édilitienne n'empêchait par la victime du préjudice d'exercer aussi l'action noxale de *pauperie*, dans les cas où cette dernière action était possible ; *nunquam enim actiones præsertim pœnalse, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit* (*Inst.* L. IV, t. IX, *Si quadrupes*, § 1. — *Conf.* C. C. art. 1384, 1385, 1386).

CHAPITRE XXIV

INEXACTITUDES DANS LA DEMANDE.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De act.*, § 33, 34, 35.)

Dans les actions et les formules telles que nous venons de les exposer, le demandeur peut aller au-dessus ou rester au-dessous de son droit ; il peut aussi se tromper sur l'objet même de sa demande. Quelles seront les conséquences pratiques de ces différentes inexactitudes commises dans les demandes ?

§ I

Plus-petitio.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33.)

La théorie de la *plus-petitio* présente sous le système formulaire une importance toute spéciale. Il y a *plus-petitio*, en général, lorsque la prétention du demandeur excède ce qu'il a droit de réclamer.

Plus-petitio sous le système formulaire. — La *plus-petitio* se rattache à la distinction déjà signalée des *actiones certæ* et des *actiones incertæ*.

Actions susceptibles de plus-petitio. Ses effets. — La *plus-petitio* n'est possible que dans une *actio certa*, c'est-à-dire dans une action dont l'*intentio* précise limitativement l'objet dû. Telle est la *condictio certi*, qui charge le juge de condamner le défendeur à une *certa pecunia* ou *certa res*, s'il en est reconnu débiteur ; *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem dare oportere*. Telle est aussi la revendication, qui n'autorise le juge à condamner le défendeur que si la chose appartient au demandeur ; *si paret hominem*

ex jure Quiritium Auli Agerii esse. On voit par ce dernier exemple que la rédaction de la *condemnatio* importe peu ; fût-elle *incerta*, la *plus-petitio* est possible, dès que l'*intentio* se trouve *certa*.

En effet, si le demandeur n'est reconnu créancier ou propriétaire que d'une partie de ce qu'il a réclamé dans l'*intentio*, la condition qui tenait la condamnation en suspens ne s'accomplit pas, et le juge doit nécessairement absoudre le défendeur. Or, en vertu de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, le demandeur ne pourra plus renouveler son action, même en la restreignant à son droit ; car ce droit est épuisé. La *plus-petitio* a donc pour conséquence d'enlever au demandeur son action et son droit ; *causa cadit*. Le préteur ne lui accordera pas facilement le secours de la *restitutio in integrum*, à moins qu'il ne soit mineur de vingt-cinq ans, ou qu'il n'y ait vraiment aucune faute à lui imputer (*Gaius*, IV, 53. — *Inst.* L. VI, *De actionibus*, § 33, *in principio*).

Au contraire, toutes les *actiones incertæ* échappent, en principe, au danger de la *plus-petitio*. Car le demandeur n'y réclame dans l'*intentio* rien de précis, mais seulement une valeur dont il laisse la fixation au juge (*quidquid paret*, *quanti ea res erit*). Dans ce nombre figurent les actions de bonne foi, et par analogie de motifs, en règle générale, les *condictiones incerti*. Les actions arbitraires peuvent être *certæ*, comme il arrive pour la revendication et même pour l'action confessoire (*Gaius*, IV, 54. — *F. V.* § 52, 53. — L. 7, pr. D. *De eo quod certo loco*, 13-4).

Manière dont se produit la plus-petitio. — La *plus-petitio* se réalise de quatre manières : *plus quatuor modis petitur*, *re*, *tempore*, *causâ*, *loco* (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33).

Plus-petitio re. — C'est lorsque le demandeur exagère l'objet de son droit ; par exemple, un créancier de vingt demande trente, ou le copropriétaire d'un fonds le revendique pour le tout.

Plus-petitio tempore. — Il y a *plus-petitio tempore* lorsqu'on agit avant l'échéance du terme, *ante diem* ; il est indifférent que ce terme résulte du contrat originaire ou d'une convention postérieure, bien qu'en ce dernier cas le défendeur ait besoin d'une exception pour l'invoquer (*Gaius*, IV, 123. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33 ; t. XIII, *De exceptionibus*, § 10) (1).

(1) Les Institutes assimilent ici la poursuite *pendente conditione* à la poursuite avant terme. On sait que la doctrine contraire découle de textes plus logiques ; l'explication de cette antinomie a été déjà fournie (*Suprà*, p. 301).

Plus-petitio causâ. — On dit qu'il y a *plus-petitio causâ* lorsque la rédaction de l'*intentio* tend à priver le défendeur d'une faculté d'option ou d'un avantage quelconque dont il est investi. Par exemple, le créancier ne réclame que l'un des deux objets promis sous alternative, ou réclame une *species* d'un débiteur *in genere*, etc. (*Gaius*, IV, 53, *in fine*).

Plus-petitio loco. — Il faut supposer qu'un lieu a été déterminé pour le payement, dans une *stipulatio certa*. Le créancier, s'il poursuit ailleurs, court le risque de la plus-pétition ; il suffit donc au débiteur déshonnête, pour échapper à l'action, de fuir avec soin le lieu du payement (*forum contractûs*) (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33).

Mais le préteur remédie à cet inconvénient en conférant au créancier le droit d'intenter l'action *de eo quod certo loco dari oportet*. Cette action s'intente sans danger devant une juridiction généralement compétente, soit au domicile du débiteur, soit à Rome, qui est le domicile commun, etc. Les modifications qu'elle apporte à la formule de l'action originaire produisent deux résultats : 1° l'*intentio* devient *incerta ;* car le juge reçoit la mission d'augmenter ou de diminuer la condamnation, selon que la différence des lieux est profitable ou nuisible au débiteur; 2° l'action devient arbitraire ; car le défendeur obtient son absolution, s'il donne la satisfaction indiquée par le juge, et qui consiste le plus souvent à fournir caution de payer au lieu convenu (L. 19, § 4, D. *De judiciis*, 5-1 ; L. 1 ; L. 2, pr. § 8 ; L. 4, § 1, D. *De eo quod certo loco*, 13-4) (1).

Plus-petitio commise en dehors de l'intentio. — La *plus-petitio* commise dans la *condemnatio* de la formule est sans conséquences pour le demandeur ; mais elle nuirait au défendeur, s'il n'avait le droit d'arriver par une *restitutio in integrum* à la rectification de cette erreur (*Gaius*, IV, 57).

Quant à la *plus-petitio* dans la *demonstratio*, la doctrine prédominante ne lui reconnaissait aucune influence en thèse générale. Mais il est une classe d'actions où la *dèmonstratio* se confond et s'identifie avec l'*intentio :* ce sont les actions *in factum ;* pour ce motif, en les supposant *certæ*, la *plus-petitio* y a les mêmes effets que dans l'*intentio* des *condictiones* (*Gaius*, IV, 58, 59, 60).

Plus-petitio après le système formulaire. — Dans l'organisa-

(1) Il n'est pas absolument démontré que la *plus-petitio re vel loco* ne puisse avoir lieu dans les *condictiones incerti.*

tion judiciaire du Bas-Empire, la plus-pétition ne peut plus résulter d'une exagération dans la formule; car il n'y a plus de formule. En outre, la *plus-petitio loco vel causâ* devient à peu près incompréhensible; car le magistrat, qui juge lui-même, est maître de tenir compte dans sa décision d'une erreur de ce genre.

Mais la *plus-petitio re* peut se rencontrer dans le *libellus conventionis*, et la *plus-petitio tempore* demeure facile à comprendre sous tous les régimes.

L'iniquité des anciennes conséquences de la plus-pétition est entièrement effacée. Pour réprimer la *plus-petitio tempore*, Zénon, dont la doctrine fut confirmée par Justinien, se contente de doubler le temps qui restait à courir du jour de la demande au jour de l'échéance, en imposant au demandeur la charge des frais occasionnés par sa première poursuite; il perd aussi les intérêts échus dans l'intervalle (L. 1, C. *De plus-petitionib.*, 3 10. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33; t. XIII, *De exceptionibus*, § 10, *in fine*).

Toute autre *plus-petitio* est punie par l'obligation qui pèse sur le demandeur d'indemniser au triple le défendeur du tort qu'il lui a causé (L. 2, C. *De plus-petitionib.*, 3-10. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 24, § 33).

§ II

Minus-petitio.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 34.)

Le demandeur au lieu de réclamer plus, peut demander moins que son droit. Qu'arrivera-t-il dans ce cas? Il faut distinguer suivant que cette inexactitude se produit dans l'*intentio*, dans la *condemnatio* ou dans la *demonstratio*.

I. — Est-ce dans l'*intentio* que l'erreur est commise? Au temps classique, elle n'a d'autre résultat que de mettre le demandeur dans la nécessité d'attendre la fin de la préture actuelle avant d'agir *de reliquo*; sinon il se verrait opposer l'exception *litis dividuæ*. Sous Justinien, le juge a le pouvoir de redresser lui-même l'erreur dans la même instance, et de prononcer comme si l'on ne s'était pas trompé sur la quantité (*Gaius*, IV, 56. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 34. — L. 1. C. *De plus-petitionib.*, 3-10).

II. — L'erreur avait-elle été commise dans la *demonstratio*? La plupart des jurisconsultes pensaient que la *minus-petitio*, tout

comme la *plus-petitio*, n'avait pas d'importance dans cette partie de la formule, parce qu'elle ne déduisait pas le droit *in judicium*. De là l'axiome *falsa demonstratio non nocet* (*Gaius*, IV, 58, 59. — L. 33, D. *De actionibus empt.*, 19-1).

III. — Enfin lorsque la *minus-petitio* se trouvait dans la *condemnatio* elle avait des conséquences graves pour le demandeur. Car il n'obtenait pas au delà de la somme qu'il y avait fait fixer par le magistrat; tout son droit néanmoins était déduit *in judicium*, et le préteur ne lui accordait pas aisément la *restitutio in integrum*, à moins qu'il ne fût mineur de vingt-cinq ans, *facilius enim reis prætor succurrit quam actoribus* (*Gaius*, IV, 57).

§ III

Aliud pro alio.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 35.)

Le demandeur est encore susceptible de se tromper, non plus en dépassant ou en n'atteignant pas son droit, mais en réclamant une chose pour une autre, en demandant *aliud pro alio*. Par exemple, on revendique l'esclave Pamphile au lieu de l'esclave Stichus, ou l'on se prétend créancier *ex testamento* de ce qui est dû *ex stipulatu;* dans ce dernier cas, l'erreur sur la cause constitue véritablement une erreur sur l'objet, parce que la dette née d'un legs est de celles qui croissent au double *per infitiationem* (*Gaius*, II, 213; IV, 55).

A l'époque de Gaius, le demandeur avait alors la ressource d'intenter une nouvelle action, sans craindre aucune exception. Justinien permet de réparer l'erreur *in eodem judicio*, lorsqu'on la découvre avant la sentence (*Gaius*, IV, 55. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 35).

CHAPITRE XXV

CONDAMNATIONS INFÉRIEURES A LA DEMANDE.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 30, 36-40.)

Il y a des actions qui ne procurent au demandeur qu'une partie de son droit. *Sunt quædam actiones quibus non solidum quod nobis*

debetur, persequimur, sed modo solidum consequimur, modo minus (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 36).

Telle est l'hypothèse déjà connue où la nécessité de n'agir que *de peculio* borne la réclamation du créancier. Tels sont les cas de la compensation, du bénéfice de compétence et de la cession de biens (1).

§ I

Compensation.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De act.*, § 30, 39.)

Lorsque deux personnes sont respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre, leurs dettes et leurs créances s'éteignent jusqu'à concurrence de la plus faible; c'est la compensation. On peut la définir simplement : la balance établie entre créances et dettes réciproques, *debiti et crediti inter se contributio* (L. 1, D. *De compens.*, 16-2. — *Conf.* C. C. art. 1289-1299).

Motifs de la compensation. — L'admission de la compensation dans la jurisprudence est fondée sur deux graves raisons : 1° sur un motif d'équité; car le créancier n'observe pas l'équité en réclamant toute sa créance au débiteur qui peut lui en opposer une autre de son côté; 2° sur un motif d'utilité pratique; car la compensation réunit deux payements dans un seul payement, deux instances dans une seule instance; elle épargne au créancier les chances d'insolvabilité qui résultent de la mauvaise administration du débiteur ou du concours des autres créanciers. Aussi Pomponius disait-il avec raison : *compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere* (L. 3, D. *De compens.*, 16-2).

Cependant ces principes n'ont pas triomphé d'un seul coup à Rome. De plus, la compensation n'y éteignit jamais *ipso jure* les obligations, mais seulement *exceptionis ope*. Elle n'eut donc rien de commun avec le payement ni la novation, et ne fut jamais qu'une manière d'éviter ou d'atténuer la condamnation. En un mot, la libération qu'elle engendrait n'était pas légale, mais seulement judiciaire (*Contrà*, C. C. art. 1290).

(1) Justinien cite encore comme exemple de condamnation inférieure au montant du droit le cas où l'action *rei uxoriæ* est diminuée par les *retentiones* que le mari peut exercer sur la dot; cette hypothèse nous est connue (*Inst.* L. IV, t. VI, *De act.* § 37. — *Suprà*, p. 251.)

Droit ancien. — La vieille loi romaine connut d'abord deux cas spéciaux où le droit du créancier était diminué par un droit opposé du débiteur. Il s'agit de la *compensatio* imposée à l'*argentarius* et de la *deductio* à laquelle est soumis le *bonorum emptor*.

Compensatio de l'argentarius. — On sait déjà que les banquiers (*argentarii*) ouvraient à leurs clients des comptes courants et faisaient pour eux des recettes et des dépenses. Lorsqu'un *argentarius* voulait agir avec l'un de ses clients pour se faire payer ce qui lui était dû, il était obligé de régler lui-même le compte et de faire la compensation ; il ne pouvait réclamer que le solde sous peine d'encourir la *plus-petitio* (*Gaius*, IV, 64).

Deductio de l'emptor bonorum. — Lorsque la *bonorum venditio* avait eu lieu contre un *defraudator* ou débiteur qui ne payait pas, les créances de l'exproprié étaient exercées *utiliter* par le *bonorum emptor*. Mais si les débiteurs du *defraudator* se trouvaient en même temps ses créanciers, le *bonorum emptor* devait les poursuivre *cum deductione*, c'est-à-dire qu'il devait faire rédiger les formules de telle manière que le juge pût tenir compte de leurs créances et leur donner satisfaction (*Gaius*, IV, 65).

Entre la *compensatio* de l'*argentarius* et la *deductio* de l'*emptor bonorum*, il y avait de notables différences :

1° Dans la forme, c'est l'*intentio* même de la formule qui contenait la *compensatio;* car le banquier ne devait demander que la différence de son compte actif sur son compte passif, et la moindre exagération lui faisait perdre *plus petendo* son procès et son action. Au contraire, l'évaluation de la *deductio* était mentionnée dans la *condemnatio*, qui devenait dès lors *incerta;* par conséquent, la *plus-petitio* n'était pas à craindre. Bref, la *compensatio* était l'œuvre spontanée du banquier lui-même, que sa profession particulière mettait à même de reconnaître exactement le *doit* et l'*avoir* de sa caisse; à l'inverse, la *deductio* provenait d'une appréciation confiée au juge (*Gaius*, IV, 68).

2° Au fond, l'*argentarius* n'avait le droit et l'obligation de compenser entre elles que des dettes exigibles et de même objet. Mais de la créance exercée par l'*emptor bonorum*, il fallait déduire même ce qui était dû à terme par le *defraudator* en tenant compte de cette anticipation. D'ailleurs, la *deductio* ne portait pas nécessairement sur des obligations de nature identique (*Gaius*, IV, 68).

Compensation dans les actions de bonne foi. — Au témoignage de

Gaius et de Justinien, les actions de bonne foi présentèrent toujours une institution fort analogue à la *deductio*. En effet, le juge y statue *ex æquo et bono;* par conséquent, il entre dans son office d'examiner si le demandeur ne se trouve pas obligé envers le défendeur à raison du même fait; car il serait contraire à l'équité de condamner le défendeur au tout, si le demandeur lui devait quelque chose *ob eam rem* (*Gaius*, IV, 61, 63. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 30).

C'est donc parce que les actions de bonne foi se rattachent à des contrats synallagmatiques, soit parfaits, soit imparfaits, que la compensation y fut toujours reçue; pour le même motif, on ne l'y admit que *ex eâdem causâ*. Considérée sous ce rapport, elle était non seulement possible, mais encore indispensable, au temps où les contrats synallagmatiques ne produisaient pas d'*actio contraria*. Mais pour des raisons déjà comprises, cette compensation restait insuffisante et ne put empêcher la création des actions contraires (*Suprà*, p. 365).

Pour conclure, vers l'époque du droit classique, en laissant de côté la *compensatio* et la *deductio* anciennes, la compensation n'avait lieu que dans les actions de bonne foi, sous les conditions suivantes : 1° les deux obligations devaient provenir du même fait juridique, c'est-à-dire *ex eâdem causâ;* 2° elles devaient sans doute se trouver exigibles et suffisamment liquides, réserve faite de la liberté d'appréciation du juge; 3° elles portaient nécessairement sur des objets identiques, c'est-à-dire étaient *ex pari specie*, par l'effet du principe de la condamnation pécuniaire (L. 8; L. 10; L. 22, D. *De compensat.*, 16-2).

Rescrit de Marc-Aurèle. — Toujours dans les actions de bonne foi, la compensation en vint à se faire *ex dispari causâ*. Autrement dit, la créance du défendeur put se compenser avec celle du demandeur, fût-elle née d'une source différente. Car il y avait dol, de la part du poursuivant, à réclamer ce qu'il était tenu de rendre pour le tout ou pour partie; et l'appréciation du dol entrait naturellement dans l'office de juge, sans le secours d'aucune exception (L. 21, D. *Soluto matrimonio*, 24-3).

Dès ce jour, la compensation ne tarda pas à pénétrer dans les *judicia stricti juris*. Qu'importe, en effet, que ces actions supposent une obligation unilatérale, puisque l'usage s'est répandu de compenser *ex dispari causâ ?* Il suffira d'exprimer ce qui est sous-en-

tendu dans les actions de bonne foi, c'est-à-dire d'insérer dans la formule l'exception de dol fondée sur le devoir où se trouve le demandeur d'opérer la compensation et de n'agir que pour le reliquat. Cette doctrine ne fut appliquée d'abord qu'à des hypothèses particulières. Les Institutes nous apprennent qu'un célèbre rescrit de Marc-Aurèle la généralisa et en fit une règle législative pour toutes les actions de droit strict. *Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur* (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 30. — L. 10, D. *De compensat.*, 16-2).

Mais, lorsque le défendeur a établi sa créance contre le demandeur, quel est exactement l'effet de l'exception de dol insérée dans la formule *stricti juris* ? Est-ce de procurer au défendeur une absolution complète, comme dans le cas où l'*argentarius* n'a pas fait la *compensatio* ? N'est-ce pas seulement de réduire la condamnation à l'excédant de sa dette sur sa créance, comme dans le cas où la poursuite du *bonorum emptor* subit une *deductio* ? C'est ici la question la plus discutée de cette matière. Mais la seconde opinion doit l'emporter pour bien des motifs. Si le résultat ordinaire d'une exception justifiée est d'amener l'absolution complète du défendeur, ce principe n'est pourtant pas absolu, et l'exception, d'après le langage formel des textes, n'aboutit parfois qu'à diminuer la prétention du demandeur ; *modò eximit reum damnatione modò minuit damnationem* (L. 22, D. *De exceptionibus*, 44-1).

Or l'exception de dol, insérée dans le but d'arriver à la compensation, fournit précisément une des applications de cette dernière règle. Car, en élargissant la sphère de la compensation, Marc-Aurèle se proposait d'obvier aux rigueurs du droit strict, et n'avait aucune raison de se montrer aussi sévère pour les particuliers qu'on l'avait été pour les *argentarii*. D'ailleurs, les textes semblent démontrer que l'insertion de l'exception de dol dans une formule d'action, a pour conséquence de communiquer, dans une certaine mesure, à l'action les caractères d'un *judicium bonæ fidei*. Du reste, il est naturel de penser que la compensation, étendue des actions de bonne foi aux actions *stricti juris*, a dû y passer avec le même caractère et les mêmes conséquences. Enfin Justinien se contente de signaler le rescrit de Marc-Aurèle, sans faire aucune allusion à l'innovation radicale que lui prête la doctrine contraire. Le témoignage de Théophile est encore plus décisif; car il déclare expressément que, si l'on actionne pour dix le débiteur à qui l'on doit soi-

même cinq, le juge ne peut le condamner qu'à cinq (L. 42, pr. D. *De mortis causa don.*, 39-6. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 30. — Théophile, § 30, *De actionibus*) (1).

On arrive donc à cette conclusion que la compensation, dès l'époque classique, est faite de même façon par le juge dans les actions de droit strict et de bonne foi. Pour invoquer à cet effet l'exception de dol expresse ou tacite, il fallait sans doute que les deux dettes fussent exigibles et suffisamment liquides; elles devenaient nécessairement de même nature par la vertu du principe que la condamnation était toujours pécuniaire. Mais la compensation ne se produisait encore que dans les actions personnelles.

Droit de Justinien. — Justinien supprime la nécessité de l'*exceptio doli;* du moment que le magistrat juge lui-même, on ne distingue plus les exceptions insérées dans la formule de celles qui n'y sont pas.

L'Empereur étend aussi la compensation aux actions réelles; *Nostra constitutio, eas compensationes quæ jure aperto nituntur, latius introduxit; ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam* (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 30, *in fine*) (2).

Quelles sont désormais les conditions exigées pour que la compensation puisse se produire ?

Il y a longtemps que la compensation ne requiert plus des dettes nées *ex eâdem causâ*. En outre, elles ne sont plus nécessairement de même nature, *ex pari specie;* car le principe de la condamnation pécuniaire a disparu, et Justinien permet d'opposer la compensation dans les actions réelles; or comment supposer que deux personnes se doivent réciproquement deux bois, deux maisons, deux champs ? Mais pour refuser aux défendeurs un moyen trop facile de prolonger les procès, l'Empereur veut que les créances soient liquides, c'est-à-dire découlent d'un droit évident, *jure aperto*, dont l'appréciation ne retardera pas l'issue de la demande. Il est vraisem-

(1) On oppose à cette doctrine un texte tiré des sentences de Paul (S. L. II, t. V, § 3). Il suffit de répondre que ce fragment ne nous est probablement pas parvenu sans altération; d'ailleurs, il est à peu près certain que Paul ne voulait parler dans ce texte que de la *compensatio argentarii*.

(2) Par exemple, Titius doit trente mille à Séius, qui détient sa maison évaluée à vingt mille. Si Titius revendique contre Séius, ce dernier lui opposera la compensation pour vingt mille, retiendra la maison, et demeurera créancier de dix mille. Il est permis de préférer le système français, qui ne compense que les dettes de choses fongibles (art. 1291).

blable également que les créances doivent être échues (L. 14, C. *De compensationibus*, 4-31. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 30).

Sous les conditions précédentes, la compensation s'opère *ipso jure*. Cette locution équivoque de Justinien ne signifie pas ici que la compensation ait lieu de plein droit, par la seule force de la loi, à l'insu même ou contre la volonté des parties. S'il en était ainsi, le débiteur qui aurait payé par erreur, malgré la compensation, n'aurait plus que la *condictio indebiti;* cependant les textes lui conservent formellement l'ancienne action de sa créance. Les mots *ipso jure* reviennent à dire simplement que le magistrat tiendra compte de la compensation, sans l'aide d'aucune exception ; il lui suffira de connaître la coexistence des deux dettes, pour réduire la condamnation à l'excédant de la plus forte sur la plus faible. Du reste, la compensation une fois admise rétroagit au premier instant où les dettes ont coexisté, en ce sens que les intérêts cessent de courir dès ce moment-là (L. 1, § 4, D. *De cont. tutelæ*, 27-4. — L. 7, § 1, D, *De compensat.*, 16-2. — L. 4 ; L. 5; L. 13. C. *De compensat.*, 4-31. — *Conf.*, C. C. art. 1290).

Il reste donc évident en dépit des controverses qui se sont élevées sur ce point, que la compensation romaine, même sous Justinien, ne constitue pas comme chez nous un payement réciproque, fictif et forcé. Elle est toujours restée judiciaire et n'est jamais devenue légale ; ce n'est qu'un moyen d'obtenir, lors de la sentence, dispense totale ou partielle de payer. La libération qui en résulte ne s'opère que *per exceptionem*, conformément aux effets qui seront expliqués plus tard de la chose jugée (*Conf.*, C. C. art 1290).

Observations générales. — Une règle de bon sens, c'est qu'on ne peut opposer en compensation de sa propre dette la créance d'autrui. Cependant le fidéjusseur est autorisé à s'en prévaloir du chef du débiteur principal, et le codébiteur *correus* du chef de ses *correi*, dans le cas de société (L. 10, D. *De duobus reis*, 45-2. — *Conf.* C. C. art. 1295. — *Suprà*, p. 321).

Toute obligation civile ou naturelle est susceptible de venir en compensation ; *etiam quod natura debetur venit in compensationem* (L. 6, D. *De compensat.*, 16-2.— *Conf.* C. C. art. 1291).

Cependant, par exception, ne sont pas compensables, au moins dans le droit de Justinien : 1° les créances du fisc ; 2° la créance en restitution d'une chose enlevée par spoliation ou livrée à titre de dépôt ou de commodat (L. 20, D. *De compensat.*, 16-2. — *Paul*

S. L. II, t. XII, § 12. — L. 4, C. *De commodato*, 4-23. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 30. — *Conf.* C. C. art. 1293).

Remarquons enfin que le délai de grâce accordé au débiteur ne l'empêche pas d'user de la compensation (L. 16, § 1, D. *De compensat.*, 16-2. — *Sic*, C. C. art. 1292).

§ II

Bénéfice de compétence.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 37, 38.)

Il est des cas où la condamnation ne peut dépasser les ressources pécuniaires du défendeur, *quatenus facere potest, quatenus ejus facultates patiantur*. C'est là ce que les interprètes ont qualifié du nom barbare de *beneficium competentiæ* ou bénéfice de compétence, et ce que les textes appellent *exceptio in id quod facere potest.*

Ce bénéfice, déjà connu du temps de Labéon, fut introduit par l'usage, consacré par l'Édit du préteur et corroboré par les rescrits impériaux.

Personnes qui jouissent du bénéfice de compétence. — Le bénéfice de compétence est personnel ; car le débiteur ne le communique pas à ses coobligés et ne le transmet pas à ses héritiers. Mais il continue d'en jouir contre les héritiers du créancier (L. 12, L. 13, L. 27, D. *Soluto matrimonio*, 24-3).

Les principaux cas d'application de ce bénéfice sont les suivants, tous motivés par des relations de reconnaissance, d'affection ou de pitié qui doivent exister entre le demandeur et le défendeur. Il appartient :

1° Aux ascendants poursuivis par leurs descendants ; au patron et à la patronne, à leurs enfants et ascendants, poursuivis par l'affranchi ; aux frères entre eux (L. 16 ; L. 17, D. *De re judicatâ*, 42-1).

2° Aux conjoints dans leurs rapports réciproques. Primitivement restreinte à l'hypothèse où le mari était poursuivi en restitution de la dot par l'action *rei uxoriæ*, cette faveur s'étendit, sous Antonin le Pieux, à toutes les créances du mari contre la femme. On n'en exceptait que les obligations issues entre eux d'un fait illicite (L. 20, D. *De re judicatâ*, 42-1. — L. 1, § 7, C. *De rei uxoriæ actione*, 5-13).

3° Aux associés qui se poursuivent par l'actio *pro socio*. On n'admit d'abord le bénéfice de compétence que dans le cas de société

omnium bonorum ; mais on finit ensuite par l'appliquer à toutes les sociétés (L. 16, D. *De re judicatâ*, 42-1 ; L. 63, pr. D. *Pro socio*, 17-2. — *Suprà*, p. 430).

4° Au donateur que le donataire poursuit par une action personnelle ou par l'action *judicati*, pour obtenir l'exécution de la donation. Mais si le donataire agit par la revendication, qui est arbitraire, il n'existe plus aucun motif d'atténuer au profit du donateur une condamnation qu'il a pu prévenir (L. 33, pr. D. *De donationibus*, 39-5; L. 41, § 1, 2, D. *De re judicatâ*, 42-1).

5° Aux militaires pour leurs dettes contractuelles (L. pr.; L. 18, D. *De re judicatâ*, 42-1).

6° Au fils de famille, lorsqu'à l'instant de la poursuite il se trouve émancipé ou exhédéré, ou qu'appelé à la succession paternelle, il s'en est abstenu (L. 2, D. *Quod cum eo*, 14-5).

7° Au débiteur qui a fait cession de biens (*Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 40. — *Infrà*, p. 883).

Manière d'invoquer le bénéfice de compétence. — Le débiteur qui avait le droit d'invoquer le bénéfice de compétence s'en prévalait à l'aide d'une exception ; mais la nature et la forme de cette exception variait suivant les cas. Dans l'hypothèse particulière de la cession de biens, c'était au moyen de l'exception *nisi bonis cesserit* que le débiteur atténuait ou paralysait les poursuites (*Inst.* L. IV, t. XIV, *De replicationibus*, § 4).

Pour les autres cas, le bénéfice de compétence se produisait sous la forme d'une exception qui affectait la *condemnatio* dans les termes suivants : *dumtaxat in id quod facere potest, condemna.* Le débiteur qui négligeait de s'en prévaloir, au plus tard sur l'action *judicati*, n'avait aucune répétition (L. 7, pr. D. *De exceptionibus ;* L. 8 ; L. 9, D. *De cond. indebiti*, 12-6).

Effets du bénéfice de compétence. — On se demande d'abord ce que devient l'obligation pour la valeur qui excède les facultés pécuniaires du débiteur. La conséquence naturelle de la *litis contestatio* et de la *sententia* serait évidemment de le libérer dans cette mesure. Cependant il est certifié par les textes que son retour à meilleure fortune le met sous le coup de nouvelles poursuites pour ce qu'il n'a pas payé. Il faut donc admettre que, lors de la condamnation *in quantum facere potest*, le débiteur prenait l'engagement formel d'acquitter le surplus dès qu'il le pourrait; on retrouve d'ailleurs des traces de la *cautio* qu'il fournissait dans ce but (L. 8, C. *Soluto*

matrimonio, 5-18. — L. 63, § 4, D. *Pro socio*, 17-2. — L. 1, § 7, C. *De rei uxoriæ actione*, 5-13) (1).

Une seconde question est de savoir comment se calculent les facultés du défendeur. Dans le principe, le juge prenait en considération l'actif brut; autrement dit, il condamnait le défendeur à la totalité de la somme que devaient produire ses biens, sans en rien déduire pour ses autres dettes ni pour sa subsistance. Par exception, les biens du donateur ne s'évaluaient que déduction faite de ce qu'il lui fallait pour vivre (*ne egeat*) et pour désintéresser ses autres créanciers (L. 19, pr. § 1, D. *De re judicatâ*, 42-1).

Les compilateurs de Justinien révèlent obscurément, dans une loi mal rédigée, l'intention de généraliser la faveur jusqu'alors réservée au donateur. Mais cette généralisation fut incomplète, car ne déduisant pas du patrimoine du débiteur ce qu'il doit aux autres créanciers, la déduction *ne egeat* ne lui profitera pas personnellement (L. 173, pr. D. *De regulis juris*, 50-17).

§ III

Cession de biens.

(*Inst.* L. IV, t. VI, *De act.*, § 40.)

Nature et formes de la cession de biens. — La cession de biens, *bonorum cessio*, est l'abandon volontaire que le débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, à l'effet de les vendre et de se payer sur le prix de vente (L. 4, C. *Qui bonis cedere*, 7-71. — *Conf.* C. C. art. 1265-1270).

La *bonorum cessio* date d'une loi Julia rendue sous César ou peut-être sous Auguste. Elle était primitivement soumise à des formalités compliquées qui disparurent dans la suite ; on se contenta d'une simple manifestation de volonté du débiteur. Elle n'était du reste permise qu'au débiteur malheureux et de bonne foi (L. 6, § 1, C. *Qui bonis cedere*, 7-71. — L. 51, D. *De re judicatâ*, 42-1).

Effets de la cession de biens. — La cession de biens procurait un triple avantage au débiteur ; elle lui permettait d'abord de se soustraire à l'infamie résultant de la *venditio bonorum;* elle lui per-

(1) Si le débiteur ne prenait pas cet engagement, il restait au moins tenu d'une obligation naturelle ; ce qui lui fermait l'exercice de la *condictio indebiti*, pour le cas où il viendrait ensuite à payer volontairement (L. 9, D. *De condict. indebiti*, 12-6).

meltait également d'éviter l'emprisonnement pour dettes, *vincula privata;* enfin elle lui accordait pour l'avenir le bénéfice de compétence (*Gaius*, II, 154. — L. 11, C. *Ex quibus causis*, 2-12; L. 1, C. *Qui bonis cedere*, 7-71. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 40).

Les créanciers au profit desquels la cession de biens a été consentie ne deviennent pas propriétaires des biens abandonnés ; ils sont mandataires du débiteur et à ce titre, tenus de procéder eux-mêmes à la vente en détail. Le débiteur peut donc, jusqu'au moment de la vente, révoquer le mandat et reprendre ses biens en satisfaisant ses créanciers. Lorsque la vente a eu lieu, le débiteur n'est libéré que jusqu'à concurrence du prix touché par ses créanciers; en conséquence ceux-ci, sans distinguer s'ils sont antérieurs ou postérieurs à la cession conservent la faculté d'agir de nouveau contre le cédant s'il vient à réaliser des acquisitions de quelque importance, *idoneum emolumentum*. Mais alors, le débiteur pourra se prévaloir de l'exception : *nisi bonis cesserit*, ce qui réduira la condamnation à ses ressources actuelles; *inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari* (L. 2 ; L. 4, C. *Qui bonis cedere*, 7-71. — L. 6; L. 7, D. *De cess. bon.*, 42-3. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 40. — *Conf.*, C. C. art. 1269, 1270).

CHAPITRE XXVI

DES PLAIDEURS ET DE LA REPRÉSENTATION EN JUSTICE.

(*Inst.* L. IV, t. X, *De iis per quos agere possumus.*)

Des plaideurs. — La personne investie du droit de figurer en justice s'appelait *legitima persona standi in judicio*. En thèse générale, cette faculté manquait à l'esclave. Il en était probablement de même, à l'origine, de toute personne placée sous la puissance d'autrui. Mais on permit de bonne heure d'actionner un fils de famille, et bientôt il lui fut permis à lui-même d'actionner par une formule *in factum*. Les femmes ne purent introduire un *legitimum judicium* qu'avec l'autorisation de leur tuteur, tant qu'elles restèrent en tutelle. Les pérégrins furent toujours admis à plaider ; mais on ne leur donnait les actions civiles qu'à titre de fictices, *ficto cive* (*Gaius*, I, 184; IV, 37. — *Ulpien*, R. t. XI, § 24, 27. — L. 53, D. *De judiciis*, 5-1).

Bref, dans la législation classique et sous Justinien, ne peut ester personnellement en justice (*postulare*) que le plaideur capable de s'obliger ; car le procès entraîne l'obligation de se soumettre au jugement qui interviendra. La capacité de plaider est de plus refusée aux mineurs de dix-sept ans et aux sourds. Le plaideur incapable est assisté par son tuteur ou curateur ; s'il n'en a pas, le magistrat lui nomme un curateur *ad hoc* (L. 1, § 3, D. *De postulando*, 3-1 ; L. 1, § 2, 3, 4, D. *De adm. tut.*, 26-7 ; L. 7, § 1, D. *De bon. poss.*, 37-1. — L. 11, C. *Qui dare tutores*, 5-34. — *Inst.* L. I, t. XXIII, *De curat.*, § 2).

Entre deux personnes dont l'une a l'autre *in potestate*, aucune action en justice n'est possible, si bien que l'instance déjà engagée se dissout de plein droit par la chute de l'un des plaideurs sous la puissance de l'autre (L. 11, D. *De judiciis*, 5-1).

Représentation en justice. — Examinons maintenant l'organisation de la représentation en justice sous les divers systèmes de procédure.

Il faut d'abord éviter de confondre, avec les *procuratores ad litem* ou représentants des parties, leurs avocats ou défenseurs, qui ne font qu'assister la partie en cause mais qui ne la représentent pas dans l'instance.

Sont de tout temps inhabiles à représenter une partie en justice les personnes incapables de plaider en leur propre nom, ensuite les femmes, les soldats et les personnes notées d'infamie ; ces dernières ne peuvent pas non plus constituer procureur. Justinien atteste et confirme la désuétude où est tombée dans sa législation la double incapacité attachée à l'*infamia* (*F. V.* § 324. — *Paul*, S. L. I, t. II, § 1. — *Inst.* L. IV, t. XIII, *De exceptionibus*, § 11).

Procédure des actions de la loi. — Sous les actions de la loi, règne le principe qu'on ne peut agir par représentant : *nemo alieno nomine lege agere potest.* Chacun doit en personne, et pour son propre compte, accomplir le rite solennel et prononcer les paroles consacrées. Ce n'était là que l'application aux actes judiciaires d'une règle également acceptée pour les actes extrajudiciaires (L. 123, D. *De regulis juris*, 50-17. — *Suprà*, p. 431).

Certaines exceptions furent néanmoins consacrées de très bonne heure; Gaius et Justinien les indiquent. Ainsi l'on plaidait valablement au nom d'autrui : 1° *pro populo ;* c'est la représentation d'une ville ou province (*populus*) par un agent ou syndic; 2° *pro libertate ;* c'est le cas déjà connu de l'*assertor libertatis ;*

3° *pro tutelâ;* c'est probablement l'hypothèse où le tuteur agit pour le pupille *absens* ou *infans;* on sait qu'il se bornait ordinairement, si le pupille était présent et sorti d'*infantia*, à lui fournir son *auctoritas*, sans le représenter directement dans la cause; 4° une loi Hostilia, de date inconnue, permettait à quiconque le voulait d'intenter l'action *furti*, soit au nom des captifs ou des personnes absentes pour service public, soit au nom de leurs pupilles; 5° il faut remarquer enfin que le *vindex*, qui prend la cause d'une personne actionnée et s'oblige à payer pour elle dans certaines circonstances déjà mentionnées, est par là même autorisé à participer pour autrui aux actions de la loi (*Gaius*, IV, 82. — L. 1, § 1, D. *Quod cujusc. univers.*, 3-4; L. 1, § 2, 3, D. *De adm. et peric. tut.*, 26-7. — *Inst.* L. IV, t. X, *De iis per quos agere*, pr.).

Telles furent les principales exceptions qui finirent par amener l'infirmation du principe.

Système formulaire. — Le système formulaire renverse l'ancienne règle qui devait être fort gênante en pratique et admet la représentation en justice; *nunc admonendi sumus*, nous dit Gaius, *agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno* (*Gaius*, IV, 82).

C'est que l'organisation de la formule s'y prête sans la moindre peine. En effet, le représentant est-il demandeur? L'*intentio* de la formule sera conçue au nom du représenté, et posera la question de savoir s'il est investi du droit; mais la *condemnatio* sera conçue au nom du représentant, c'est-à-dire donnera mission au juge de prononcer la sentence à son profit; il en poursuivra lui-même l'exécution sauf à rendre compte au représenté. A l'inverse, le représentant joue-t-il le rôle de défendeur, le nom du représenté figurera dans l'*intentio* de l'action, si elle est *in personam;* mais la *condemnatio* indiquera le représentant comme passible de la condamnation, qui s'exécutera contre lui (*Gaius*, IV, 35, 55, 86, 87).

Successivement apparurent, au temps des formules, diverses espèces de représentants, dont les principaux furent le *cognitor* et le *procurator* (*Gaius*, IV, 82).

Différences de formes entre le cognitor et le procurator. — Le *cognitor* était constitué au moyen de paroles solennelles, en présence de l'adversaire, probablement *in jure*. On n'exigeait pas que le *cognitor* lui-même fût présent; mais en son absence, sa qualité ne lui était acquise qu'à partir de son acceptation. La constitution du *cognitor*, comme les autres *actus legitimi*, mancipation, acceptilation, etc.,

ne comportait aucune modalité expresse (*F. V.* § 318, 329. — *Gaius*, IV, 83).

Comme on le voit, ces conditions étaient gênantes et souvent impraticables. Telle fut sans doute la cause qui fit inventer, sous le nom de *procuratores in litem*, d'autres représentants judiciaires dont la constitution était plus facile et par conséquent toujours possible. Il n'y fallait pas de paroles consacrées ; on établissait un *procurator* par simple mandat, en l'absence comme à l'insu de l'adversaire. Était même admis à ce rôle quiconque s'y offrait de bonne foi, sans justifier d'une procuration formelle (*Gaius*, IV, 84).

Différences de pouvoirs entre le cognitor et le procurator. — La principale différence entre ces deux représentants, c'est que le *cognitor* s'identifie avec le représenté, tandis que le *procurator* ne s'identifie pas avec le *dominus litis*.

C'est qu'en effet le mandat du *cognitor* a le double avantage de la certitude et de la publicité. Dès lors, ce qui est jugé avec le *cognitor* lie le représenté, seul investi ou passible de l'action *judicati* (1). Du même coup, il devient naturel que le *cognitor* ne soit, en cette qualité, astreint à fournir aucune caution. D'ailleurs, une fois l'instance engagée avec le *cognitor* par la *litis contestatio*, on ne voit pas comment serait possible la révocation de ce mandataire; peut-être, en cas de besoin, recourait-on à la *translatio judicii* (*Gaius*, IV, 97, 98).

Quant au *procurator*, par une conséquence naturelle de l'incertitude qui pouvait régner sur son mandat, ce qui était jugé avec lui ne liait pas le mandant, au moins d'un lien direct. C'était le *procurator* qui se trouvait investi ou passible de l'action *judicati*. Aussi devait-il donner caution que le maître accepterait le résultat du procès (*satisdare rem ratam dominum habiturum*). Cette caution *de rato*, étrangère au représenté, ne l'empêchait pas nécessairement de recommencer le procès ; mais elle l'en détournait par la crainte du recours que le *procurator*, poursuivi lui-même en vertu de sa promesse, aurait pu exercer contre le mandant au moyen de l'action *mandati contraria* (*F. V.* § 317. — *Gaius*, IV, 98. — *Inst.* L. III, t. XVIII, *De divisione stip.*, § 4 ; L. IV, t. XI, *De satisd.*, pr.).

Outre le *procurator* et le *cognitor*, le droit classique connaissait encore le *defensor* ; on nommait de ce nom celui qui sans mandat

(1) Il en serait autrement, s'il s'agissait d'un *cognitor in rem suam*, c'est-à-dire ud bénéficiaire d'une cession d'actions (*Suprà*, p. 540).

plaidait pour autrui; c'était un véritable *negotiorum gestor*. Ordinairement le *defensor* ne pouvait représenter que le défendeur; de là sans doute son nom. D'ailleurs, le *defensor* ne s'identifiait pas avec le *dominus litis* et l'action *judicati* se donnait contre lui; aussi était-il tenu de fournir la caution *ratam rem dominum habiturum* (*Inst.* L. IV, t. XI, *De satisdationibus*, § 5).

Mais dès le temps de Papinien, les différences entre le *cognitor* et le *procurator* tendirent à s'effacer. On mit d'abord à part les *procuratores* dont le mandat n'était pas susceptible de contestation; tels furent le *procurator præsentis*, c'est-à-dire constitué par une personne présente, et le *procurator* constitué *apud acta*, ou dont la nomination avait été notifiée à l'adversaire par lettre du mandant. On les assimila au *cognitor*, en ce sens qu'ils furent dispensés de la caution *de rato* (*F. V.* § 317, 331. — *Inst.* L. IV, t. XI, *De satisd.*, § 3).

Représentants judiciaires sous Justinien. — Ce travail de fusion entre les *cognitores* et les *procuratores* s'accentua de plus en plus jusqu'à Justinien. La législation de cet empereur n'est, en général, que la reproduction des règles qui avaient fini par prévaloir à la fin de l'époque classique. Il n'y a plus de *cognitor*. Le *procurator præsentis*, et même le *procurator absentis* muni d'un mandat publiquement constaté, représentent pleinement le mandant; car ils ne fournissent plus la caution *de rato*, et l'action *judicati* se donne pour ou contre le *dominus* (*Inst.* L. IV, t. X, *De iis per quos*, § 1).

Il n'existe plus qu'exceptionnellement des représentants non identifiés avec le représenté; ce sont : le *procurator absentis*, le *procurator in rem suam* et le *defensor* (*Inst.* L. IV, t. XI, *De satisd.*, § 3, 5).

Remarque. — Tout au moins dans la doctrine des grands jurisconsultes, le tuteur représente pleinement, comme un *cognitor* ou comme un *procurator præsentis*, le pupille que son âge ou son absence empêchent de plaider lui-même *cum auctoritate*. Il en est autrement du tuteur qui prend bénévolement le rôle de plaideur dans les cas où il suffirait d'autoriser le pupille. C'est d'après cette distinction fondamentale qu'est délivrée l'action *judicati* (L. 1, § 2; L. 2; L. 23, D. *De adm. et peric. tut.*, 26-7. — *Inst.* L. IV, t. X, *De iis per quos agere*, § 2).

Les mêmes principes semblent applicables dans la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans. Mais aucune action n'est possible pour ou contre les fous; par suite, leur curateur seul exerce ou subit

l'action *judicati* pendant toute la durée de ses fonctions (L. 4, pr., D. *De in jus vocando*, 2-4 ; L. 2, D. *De condict. furt.*, 13-1 ; L. 5, D. *Quando ex facto*, 26-9).

CHAPITRE XXVII

DES SURETÉS A FOURNIR EN JUSTICE.

(*Inst.* L. IV, t. XI, *De satisdationibus.*)

On sait déjà que les préteurs, en accordant une action, contraignent souvent l'une des parties à donner des *satisdationes*, c'est-à-dire à contracter par stipulation des engagements qui sont garantis par des *adpromissores* (*Suprà*, p. 342).

Ce genre de précautions est principalement usité dans les instances où l'un des adversaires plaide au nom d'autrui; aussi cette matière n'est-elle, pour ainsi dire, qu'une continuation de la précédente. Nous nous placerons successivement à une époque antérieure à Justinien et dans le dernier état du droit (*Inst.* L. IV, t. XI, *De satisd.*, pr.).

Période antérieure à Justinien. — Distinguons entre l'action réelle et l'action personnelle.

Actions réelles. — Aucune caution n'est exigée, dans ces actions, du demandeur qui plaide pour lui-même, ou comme *cognitor* ou *procurator præsentis*. Mais le simple *procurator* doit, comme on l'a déjà vu, fournir la caution *de rato* (*Inst.* L. IV, t. XI, *De satisd.*, pr.).

Le défendeur *suo nomine vel alieno nomine*, en sa qualité de possesseur, contractait, dans la procédure *per sponsionem*, la *stipulatio pro præde litis et vindiciarum* (*Suprà*, p. 781).

Dans la procédure *per formulam petitoriam*, on lui imposait la caution *judicatum solvi*, qui avait en général trois chefs : 1° elle assurait la restitution de la valeur du litige (*de re judicatâ*) ; 2° elle contraignait le défendeur à rester dans l'instance jusqu'à la *litis contestatio* (*de re defendendâ*) ; 3° elle prévenait les dégradations dolosives qu'il aurait pu, durant le procès, commettre sur l'objet litigieux (*de dolo*). Faute par le défendeur de fournir cette garantie, la possession était transférée au demandeur, pourvu qu'il donnât lui-même la sûreté (*Gaius*, IV, 89, 91, 94, 97, 98. — *Paul*, S. L. I, t. XI, § 1. — *Inst.* L. IV, t. XI, *De satisd.*, pr.).

Actions personnelles. — Ici, le demandeur reste soumis aux règles posées pour les actions réelles. Quant au défendeur, Gaius est plus riche en détails que les Institutes (*Gaius*, IV, 101, 102. — *Inst.* L. IV, t. XI, *De satisd.*, § 1).

Le défendeur agit-il *proprio nomine*, la caution *judicatum solvi* n'est exigée de lui qu'en certains cas exceptionnels : 1° tantôt *propter genus actionis ;* c'est le cas des actions *depensi*, *judicati*, etc. ; 2° tantôt *propter personam, quia suspecta sit ;* c'est le cas de l'héritier que le préteur juge suspect, ou du débiteur qui a fait banqueroute (*decoxit*), etc. (*Gaïus*, IV, 102).

Le défendeur agit-il *alieno nomine*, la caution *judicatum solvi* est nécessaire sans exception, *quia nemo defensor in alienâ re sinè satisdatione idoneus esse creditur*. Si le représentant est un *cognitor*, la caution est fournie par le *dominus* ou représenté ; si le représentant est un *procurator*, c'est lui-même qui la fournit (*Gaius*, IV, 101).

Droit de Justinien. — Dans le dernier état de la législation, le demandeur ou le défendeur *proprio nomine* est contraint seulement, sur toute espèce d'actions, à prendre l'engagement de rester dans l'instance jusqu'au bout, *usque ad terminum litis*. Suivant le rang et la dignité du plaideur, on se contente à cet égard d'une simple promesse (*nuda promissio*), ou l'on exige, soit un serment (*cautio juratoria*), soit des fidéjusseurs (*satisdatio*). Ces diverses combinaisons sont prévues par les Institutes (*Inst.* L, IV. t. XI, *De satisdat.*, § 2).

Si l'action est intentée par un *procurator* dont les pouvoirs ne sont pas authentiquement constatés, il doit donner la caution *de rato* (*Inst.* L. IV, t. XI, *De satisdat.*, § 3).

Le *procurator* remplit-il enfin le rôle de défendeur, la caution *judicatum solvi* devient indispensable. Mais le *procurator absentis* la fournit lui-même, non plus seulement du chef *de re defendendâ*, comme le défendeur *suo nomine*, mais aussi *pro litis æstimatione*. Au contraire, quand il s'agit d'un *procurator præsentis*, c'est le *dominus* ou représenté qui fournit la caution, en y joignant une hypothèque générale sur ses biens (*Inst.* L. IV, t. XI, *De satisd.*, § 3, 4, 5, 6, 7).

CHAPITRE XXVIII

EXCEPTIONS.

(*Inst.* L. IV, t. XIII, *De except.*, t. XIV, *De replicat.*)

La théorie proprement dite des exceptions est postérieure aux actions de la loi (*Gaius*, IV, 108).

Les exceptions furent en effet une conséquence naturelle de la procédure par formules et du partage de l'instance entre le magistrat qui fixait les questions de droit ou de fait et le juge qui les tranchait. Aussi la véritable nature n'en apparaît-elle qu'à l'époque du système formulaire; c'est pour ce temps qu'on a déjà distingué dans la *formula* des *partes* ou parties principales et des *adjectiones* ou parties accessoires. On sait que les *adjectiones* appelées *exceptiones* et *præscriptiones ex parte rei* ont fini par se confondre sous le nom général d'exceptions (*Gaius*, IV, 133, — *Suprà*, p. 758).

Bien que le caractère des exceptions soit dénaturé dans le troisième système de procédure, l'intérêt au fond n'en persiste pas moins. Il est donc indispensable de les étudier soigneusement.

§ I

Notions générales sur les exceptions.

Dans le langage juridique, on entend par *defensio* tout moyen qu'emploie le défendeur pour résister à la demande. A ce point de vue général, l'exception est une défense (*Gaius*, IV, 116. — *Inst.* L. IV, t. XIII, *De except.*, pr.).

Nature de la défense. — Mais, lorsque le moyen mis en cause par le défendeur tend directement à contredire la prétention du demandeur, il constitue une défense dans le sens technique du mot. Par exemple, c'est une défense que de contester sur la revendication la propriété du demandeur; c'est une défense que d'affirmer, sur l'action personnelle, que le demandeur n'a jamais été créancier, ou qu'il a cessé de l'être, etc. Dans ces divers cas, à la question posée dans l'*intentio* le demandeur et le défendeur font deux réponses contradictoires.

Nature de l'exception. — Au contraire, lorsque le moyen mis en cause par le défendeur ne combat pas de front la prétention du

demandeur, et ne doit qu'en paralyser indirectement les effets, il constitue une exception. Par exemple, c'est une exception que d'alléguer, sans nier la créance du demandeur, l'existence d'un pacte qui en a fait remise.

Par son recours à l'exception, le défendeur n'attaque plus de face l'*intentio;* soit qu'il en ait reconnu de prime abord la vérité, soit que les preuves aient été décisives, il renonce désormais à la contester et transporte la question sur un autre terrain. En d'autres termes, le défendeur qui invoque une exception, allègue un droit rival et indépendant de manière à paralyser ou à restreindre les prétentions du demandeur. On donne donc de l'exception une notion très exacte, quand on la définit une condition négative qui s'ajoute à la condition positive de la vérification du droit du demandeur, pour suspendre la condamnation du défendeur (L. 22, pr. D. *De exceptionibus*, 44-1. — *Gaius*, IV. 119).

Forme et procédure de l'exception. — A l'époque classique, l'exception était ordinairement inscrite dans la formule, à la suite de l'*intentio*, sous la forme d'une condition négative : *si non convenit ne pecunia peteretur*, ou *nisi dolo malo factum sit*, *condemna*, etc. (*Gaius*, IV, 119) (1).

En règle générale, les exceptions doivent être proposées *in jure* et mentionnées par le magistrat dans la formule; sinon, le juge ne saurait les prendre en considération. L'action délivrée sans exception s'appelle *judicium purum*. Après la disparition du système formulaire, il est clair que la confusion des qualités de magistrat et de juge dans la même personne lui donne le droit d'admettre *de plano* l'exception.

Il y avait cependant certaines exceptions énergiques et vivaces que le défendeur pouvait omettre impunément *in jure*, et qui étaient utilement invoquées même sur l'action *judicati*. Telles étaient les exceptions des sénatus-consultes Velléien et Macédonien, et probablement toutes celles qui constituaient des bénéfices dont on n'avait pas le droit de se démettre (L. 23, § 3, D. *De condict. indebiti*, 12-6 ; L. 11, D. *De senat. Maced.*, 14-6).

Preuve de l'exception. — Pour obtenir une condamnation, le

(1) Mais, lorsque l'exception avait pour but de diminuer la condamnation, elle s'insérait dans la *condemnatio ;* ainsi en était-il par exemple du bénéfice de compétence. Le magistrat après avoir donné au juge l'ordre de condamner ajoutait : *duntaxat in id quod facere possit* (L. 7, D. *De except.*, 44-1).

demandeur doit faire la preuve de l'*intentio*, c'est-à-dire, en termes plus larges, de sa prétention. Mais, une fois l'*intentio* prouvée, c'est au défendeur à faire la preuve de l'exception, puisque c'est lui qui veut s'en prévaloir : *reus in excipiendo actor est*. Toutefois, on sait déjà que le défendeur, qui invoque l'exception *non numeratæ pecuniæ* en temps utile, n'a aucune preuve à fournir ; c'est au demandeur à établir que la numération d'espèces a eu réellement lieu (L. 1, D. *De exceptionibus*, 44-1. — L. 3, C. *De non numerata pecun.*, 4-30. — *Suprà*, p. 353).

Réplique, duplique, etc. — La *replicatio* n'est qu'une seconde exception opposée par le demandeur à l'exception du défendeur. De même que l'exception suppose l'*intentio* vérifiée et lui est étrangère, de même la *replicatio* implique la preuve préalable de l'exception et se tire d'un fait extrinsèque. Entre autres exemples, il faut citer la *replicatio rei venditæ et traditæ*, qui paralyse l'exception *justi dominii* opposée par le défendeur à la Publicienne (*Suprà*, p. 793).

De même, quand un débiteur invoque à titre d'exception un pacte de remise (*pactum de non petendo*), le créancier peut à son tour opposer en réplique un pacte ultérieur qui lui a rendu le droit de poursuivre (*pactum de petendo*) — (*Gaius*, IV, 126. — *Inst.* L. IV, t. XIV, *De replicat.*, pr.).

A la *replicatio* répond quelquefois une *duplicatio* du défendeur ; à celle-ci une *triplicatio* du demandeur, etc. Chacune d'elles est avec celle qui la précède dans le même rapport que l'exception avec l'*intentio* (*F. V.* § 259. — *Gaius*, IV, 127-129. — *Inst.* L. IV, t. XIV, *De replic.*, § 1, 2, 3).

§ II

Exceptions civiles ou prétoriennes

Par leur origine, les exceptions sont civiles ou prétoriennes. *Aliæ vel ex legibus, vel ex his quæ legis vicene obtinent substantiam capiunt, vel ex jurisdictione prætoris proditæ sunt* (*Gaius*, IV, 118. — *Inst.* L. IV, t. XIII, *De except.*, § 7).

Toutes les exceptions primitives eurent sans doute leur fondement dans l'édit du préteur, puisqu'elles furent inventées pour tempérer la rigueur du vieux droit civil. Le préteur trouva ainsi dans l'exception un des moyens principaux dont il se servit pour étendre ou pour corriger le droit civil. Il suffira de citer les exceptions *doli*

mali, *metus causa*, *pacti conventi*, *juris-jurandi*, etc. (*Inst.* L. IV, t. XIII, *De except.*, pr. § 1).

Mais le droit prétorien n'est pas la seule sonrce des exceptions, il en est aussi que créèrent successivement la jurisprudence, les lois, les sénatus-consultes et même les constitutions impériales.

1° La jurisprudence, c'est-à-dire le *jus civile*, dans son acception la plus technique, a lui-même organisé l'exception *justi dominii* que le véritable propriétaire peut opposer à la l'action Publicienne.

2° Les lois ont également créé plusieurs exceptions, telles sont : l'exception *legis Cinciæ* relative aux donations et l'exception *nisi bonis cesserit* établie par la loi Julia sur la cession de biens.

3° Parmi les exceptions dérivant des sénatus-consultes, on peut citer : l'exception du sénatus-consulte Trébellien (*exceptio restitutæ hereditatis*); l'exception du Velleien et l'exception du Macédonien.

4° Enfin, comme exemples d'exceptions provenant des constitutions impériales, nous indiquerons l'exception de division, *si non et illi solvendo sint* que l'empereur Adrien introduisit en faveur des fidéjusseurs et l'exception *doli mali* que l'empereur Marc-Aurèle appliqua aux *judicia stricti juris* pour contraindre le demandeur à y subir la compensation.

Il semble étrange que le législateur romain, au lieu d'abolir simplement les règles antérieures qui lui déplaisaient, ait pu se contenter souvent de les paralyser par des exceptions et de suivre ainsi la voie plus modeste des préteurs. Mais ce n'est là que l'application d'un système dont l'esprit nous est déjà connu, et qui a bien sa grandeur. Rome ne voulait pas jeter la perturbation dans son droit antique; tout en organisant les moyens d'en éluder l'application pour des besoins nouveaux, elle en conservait de son mieux la lettre et l'ensemble. Elle aménageait à nouveau l'intérieur du vieil édifice, sans en altérer la façade (*Gaius*, II, 103, *in fine*).

§ III

Exceptions in factum ou générales.

Les exeptions ne peuvent être, à l'instar des actions, les unes *in jus* et les autres *in factum*; car les moyens tirés du droit civil constituent presque toujours de véritables défenses au fond. Mais, comme au nombre des actions prétoriennes, qui sont *in factum* en thèse générale, il y en a qu'on appelle plus spécialement *in factum*, pour

les opposer d'ordinaire à l'action de dol, de même il est des cas où l'exception s'appelle techniquement *in factum*, par opposition à d'autres exceptions plus larges. C'est en ce sens que Gaïus nous dit: *Exceptiones autem alias in edicto prætor habet propositas, alias causa cognita accommodat* (*Gaius*, IV, 118).

L'exception est dite *in factum* lorsque le préteur la rédige *causa cognita*, suivant les circonstances de la cause et d'après les besoins de l'affaire ; elle précise le fait allégué par le défendeur, sans attacher à ce fait un caractère de fraude ; par exemple : *nisi de non petendo pactum sit, condemna.* Dans cette hypothèse, le juge a pour toute mission de vérifier l'existence ou l'inexistence du fait lui-même.

D'autres fois, le libellé de l'exception ne précise aucun fait particulier : la formule s'en trouve arrêtée d'avance dans l'édit, *in albo proposita*. Par exemple, *nisi quid contrà legem Cinciam factum sit, condemna ;* le juge doit alors rechercher s'il a été commis une violation quelconque de cette loi. Ou bien, *si in eâ re nihil dolo malo factum sit, neque fiat, condemna ;* le juge doit ici, non seulement vérifier les faits allégués par le défendeur, mais encore en apprécier la moralité et la gravité. Comme on le voit, l'*exceptio doli mali* comprend, et le dol qui a pu entacher la conduite antérieure du demandeur, et le dol qui peut entacher sa poursuite actuelle.

L'intérêt du défendeur à choisir l'une ou l'autre de ces deux formes variait avec les circonstances. Quand l'exception reposait sur un fait bien précis et d'une preuve facile, mieux valait pour lui qu'elle fût rédigée *in factum*. Quand l'exception reposait moins sur tel ou tel fait déterminé que sur un ensemble de circonstances, mieux valait qu'elle fût conçue en termes généraux, notamment *de dolo*. L'appréciation du juge sur la pertinence et l'honnêteté des faits était indifférente dans le premier cas, décisive dans le second.

Mais le défendeur n'avait pas toujours l'option entre les deux formes. Car, on lui refusait l'exception de dol contre les personnes qu'il n'aurait pu poursuivre par l'action de dol ; c'était entre autres son ascendant ou son patron. En face d'un tel adversaire, qui avait droit à sa *reverentia*, il devait se contenter d'une exception *in factum*, parce que l'exception de dol eût été infamante pour le demandeur (L. 4, § 16, D. *De doli mali*, 44-4).

Il fallait pareillement recourir à l'exception *in factum*, quand le demandeur avait ignoré le fait qui lui était opposé (L. 2, § 5, D. *De doli mali*, 44-4).

Les exceptions *in factum*, puisqu'elles énoncent toujours une circonstance précise et particulière, ne sauraient figurer nominativement dans l'Édit, et ne se donnent que *causâ cognitâ* (*Gaïus*, IV, 118) (1).

D'ailleurs, le préteur pouvait aussi, grâce à un changement de rédaction dans la formule, appliquer une exception générale contenue dans l'édit à un cas spécial pour lequel elle n'avait pas été créée primitivement ; l'exception était alors dite *utilis* (L. 21, D. *De præscriptis verbis*, 19-5) (2).

§ IV

Exceptions rei vel personæ cohærentes.

En se plaçant au point de vue de leur étendue d'application, les exceptions sont *rei cohærentes ou personæ cohærentes.*

L'exception est *in rem* ou *rei cohærens*, lorsque, dégagée de toute considération de personnes, elle affecte directement le droit du demandeur, sans se restreindre à telle personne déterminée. Pour préciser, on la dit *in rem* passivement, quand elle est opposable à à tout demandeur (L. 7, § 1, D. *De except.*, 44-1).

A l'inverse, dans le langage des textes, l'exception est *in personam* ou *personæ cohærens* lorsqu'elle provient de quelque considération exclusivement propre à la personne du défendeur. Elle est *in personam* activement, quand elle n'est invocable que par la personne même de tel défendeur ou par ses héritiers, non par ses coobligés. L'exception est au contraire *personæ cohærens* passivement, quand elle n'est opposable qu'à tel demandeur ou ses héritiers, non à ses créanciers.

Dès lors, il est visible que la même exception peut être *in rem* par un côté, et *in personam* par l'autre.

Exemples. — Ainsi l'exception *quod metûs causâ* est *in rem* aux deux points de vue. L'exception *doli mali* est *in rem* activement, *in personam* passivement; au contraire, l'exception *nisi bonis cesserit* est in *rem* passivement, *in personam* activement (L. 7, § 1, D. *De*

(1) Il y a là une distinction analogue à celle de la *bonorum possessio edictalis* et de la *bonorum possessio decretalis* (*Suprà*, p. 703).

(2) Le mot *utilis* avait encore un autre sens bien différent; il se disait aussi d'une exception susceptible de réussir *in judicio* parce qu'elle n'était point paralysée par une *replicatio* du demandeur (L. 16, D. *De except.*, 44-1).

except., 44-1 ; L. 2, § 1, 2; L. 4, § 33, D. *De doli mali*, 44-4.)

L'exception résultant du pacte *de non petendo* consenti à tel débiteur, et le bénéfice de compétence, sont essentiellement *personæ cohærentes ;* ils vont même jusqu'à n'être pas transmissibles aux héritiers de l'obligé (L. 25, § 1, D. *De pactis*, 2-14 ; L. 7, pr., D. *De except.*, 44-1).

Ce n'est que l'étude attentive de chaque exception qui en révèle clairement le degré d'énergie. Si l'on veut poser néanmoins une règle à peu près générale, on peut dire que le caractère habituel de l'exception est d'être *in rem* activement. En d'autres termes, née dans la personne d'un obligé, elle est le plus souvent invocable par ses fidéjusseurs ou coobligés (L. 32, D. *De pactis*, 2-14 ; L. 7, § 1, D. *De except.*, 44-1 ; L. 2, § 2, D. *Quarum rerum actio*, 44-5). — *Inst.* L. IV, t. XIV, *De replicat.*, § 4).

§ V

Exceptions fondées ou non sur l'équité.

Gaius et Justinien donnent une idée trop étroite des exceptions en leur assignant pour unique raison d'être et pour objet immuable le désir de sauvegarder l'équité (*Gaius*, IV, 116. — *Inst.* L. IV, t. XIII, *De except.*, pr.).

La plupart des exceptions ont en effet cette destination et c'est ainsi d'ailleurs qu'on explique leur introduction dans la procédure romaine ; mais il en est quelques-unes, tout aussi légitimes, qui reposent sur des nécessités d'un autre ordre et qui ont été établies dans un autre but. Telle est notamment la célèbre exception *rei judicatæ* (*Infrà*, p. 898) ; telles sont encore les exceptions du sénatus-consulte Macédonien, *jurisjurandi*, *justi dominii*.

On connaît déjà le principal intérêt de cette distinction. Les exceptions fondées sur l'équité se trouvent sous-entendues dans les actions *bonæ fidei ;* car l'*intentio* de la formule, en prescrivant au juge de statuer *ex æquo et bono*, lui soumet naturellement l'appréciation du dol, qui est incompatible avec la bonne foi. Dans toute autre action, ces exceptions ne sont pas sous-entendues et doivent s'exprimer. Il en est ainsi même des actions réelles, malgré leur nature d'arbitraires, lorsque le possesseur veut arguer du dol ou de la violence (*Gaius*, IV, 117. — L. 21, D. *Soluto matr.*, 24-3 ; L. 3, D. *De rescind. vend.*, 18-5. — *Inst.* L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 30, 32, 33, 34).

Quant aux exceptions non fondées sur l'équité, il est toujours nécessaire que le préteur les insère dans la formule.

Cette distinction tient surtout à la forme, et n'a toute son importance qu'au temps du régime formulaire.

§ VI

Exceptions perpétuelles ou temporaires.

Au point de vue de leurs effets, les exceptions sont perpétuelles et péremptoires ou temporaires et dilatoires; *dicuntur etiam exceptiones aut peremptoriæ aut dilatoriæ* (*Gaius*, IV, 120. — *Inst.* L. IV, t. XIII, *De except.*, § 8).

Est perpétuelle ou péremptoire (*perpetua et peremptoria*) l'exception qui permet à toute époque de repousser l'action. Est temporaire ou dilatoire (*temporalis et dilatoria*) l'exception qui n'a que durant un certain temps la force de repousser l'action (*Gaius*, IV, 121, 122. — *Inst.* L. IV, t. XIII, *De except.*, § 9, 10).

Il faut se garder ici d'une erreur facilitée par les souvenirs de la procédure française. Chez nous, l'exception péremptoire amène seule l'absolution du défendeur, et l'exception dilatoire n'a d'autre effet que de contraindre le juge à surseoir. Sous le régime formulaire, au contraire, toute exception, soit péremptoire ou perpétuelle, soit dilatoire ou temporaire, une fois insérée dans la formule conduisait à l'absolution totale ou partielle du défendeur et par conséquent à la ruine de l'action, puis qu'elle n'était pas renouvelable (*Suprà*, p. 761).

Ainsi, dans la langue classique des Romains, la différence ne venait pas des conséquences que l'exception devait produire *in judicio*, mais seulement du délai qui était ouvert pour l'invoquer utilement *in jure*. En deux mots, il serait exact de dire que toute exception était péremptoire; seulement le demandeur pouvait, en différant sa poursuite, se dérober aux effets destructifs de l'exception temporaire, tandis que l'exception perpétuelle lui barrait le passage à toute époque (*Gaius*, IV, 123).

Justinien modifia gravement ce point de droit, en étendant aux exceptions la constitution de Zénon relative à la *plus-petitio tempore* (*Inst.* L. IV, t. XIII, *De except.*, § 10. — *Suprà*, p. 872).

1° Le débiteur, s'il paye dans l'ignorance d'une exception perpétuelle qui existe à son profit, peut intenter la *condictio indebiti*. Le

même bénéfice ne s'attache pas à l'exception temporaire (L. 26, § 3, D. *De condict. indeb.*, 12-6).

2° Le magistrat répare ordinairement, par une *restitutio in integrum*, l'oubli du défendeur qui a négligé de réclamer l'insertion d'une exception perpétuelle dans la formule. Il est douteux que l'omission d'une exception temporaire donne droit au même recours (*Gaius*, IV. 125) (1).

Des principales exceptions perpétuelles et notamment de l'exception rei judicatæ. — Plusieurs exceptions perpétuelles nous sont déjà connues, et ne sauraient nous arrêter longtemps.

Telles sont les exceptions *doli mali*, *quod metûs*, *in factum*, accordées à la personne qui s'est obligée sous l'empire du dol, de la violence ou de l'erreur. On sait déjà que les deux premières ne font pas double emploi l'une avec l'autre (2); car il est possible d'invoquer l'exception *quod metûs* dans certains cas où l'exception *doli mali* serait inadmissible. Quant à l'erreur, lorsqu'elle n'est pas le résultat d'une manœuvre dolosive, elle n'engendre qu'une exception *in factum*. Encore faut-il que l'erreur ne soit pas destructive de tout consentement; car il n'y aurait alors ni obligation ni action, et conséquemment aucune exception ne serait nécessaire (*Inst.* L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 23; L. IV, t. XIII, *De except.*, § 1. — *Suprà*, p. 276).

Telle est l'exception *juris-jurandi*, dont il a été question à propos de l'action *de jurejurando*. L'emploi de cette exception suppose que le fait de la délation et de la prestation du serment est contesté devant le préteur. S'il n'y avait pas de débat sur ce fait, le magistrat refuserait l'action (L. 9, D. *De jurejurando*, 12-2. — *Suprà*, p. 824).

Telle est encore l'exception *rei in judicium deductæ*, qui se rattache à la théorie déjà présentée de la *litis contestatio*. On a vu que la *litis contestatio* éteint le droit du demandeur, *ipso jure* dans

(1) Faisons observer ici que l'exception tirée du pacte *de non petendo* (*Suprà*, p. 528) est perpétuelle ou temporaire, selon que le créancier a renoncé pour toujours à sa poursuite, ou seulement donné un délai à son débiteur (*Inst.* L. IV, t. XIII, *De except.*, § 10).

(2) Il n'est pas indifférent de se prévaloir du dol ou de la violence par le moyen de l'action ou par le moyen de l'exception ; car l'action est annale dans une certaine mesure, tandis que l'exception est perpétuelle. De là vient la règle *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (L. 5, § 6. D. *De doli mali*, 44-4).

les actions *in jus*, *in personam* et constitutives d'un *judicium legitimum*, dans tous les autres cas *exceptionis ope* (*Suprà*, p. 761).

Supposons que Titius et Séius soient mes débiteurs en qualité de *correi promittendi*. Je poursuis Titius ; mais avant la sentence et depuis la *litis contestatio*, je m'aperçois qu'il est insolvable, et je veux arrêter ma poursuite jusqu'à des temps meilleurs, ou me retourner contre Séius. Si ma première action réunissait les trois conditions précitées, le préteur m'en refusera une seconde ; dans le cas contraire, une seconde action me sera délivrée, mais affectée de l'exception qu'on appelle *rei in judicium deductæ* (*Gaius*, III, 181 ; IV, 106, 107, 121).

Après ces effets de la *litis contestatio* viennent les effets de la sentence ; ils produisent une exception beaucoup plus célèbre, l'exception *rei judicatæ*.

De la res judicata en général. — On appelle chose jugée (*res judicata*) le jugement devenu irrévocable, c'est-à-dire qui n'est plus sujet à réforme par la voie de l'appel.

La chose jugée est réputée l'expression de la vérité ; elle fait droit entre les parties : *res judicata pro veritate habetur*, *jus facit*. Ce n'est point là un principe de raison pure et de parfaite équité ; c'est un principe d'ordre social, qui protège sans distinction les bons et les mauvais jugements. Car les procès doivent avoir une fin, et, du moment qu'on organise une autorité judiciaire, il faut de toute nécessité marquer une limite où ses décisions deviendront inattaquables (L. 25, D. *De statu hominum*, 1-5 ; L. 207, D. *De regulis juris*, 50-17. — *Conf.* C. C. art. 1350, 3° ; 1351).

Effets indirects de la chose jugée, et de l'exception rei judicatæ. — L'effet indirect de la chose jugée consiste dans l'impossibilité de la remettre en question ; chaque partie a le droit de s'en prévaloir en ce sens contre l'adversaire qui, par une action nouvelle, entreprendrait de ressusciter l'ancien débat. Comment cette règle entre-t-elle en pratique ?

Cas d'application de l'exception rei judicatæ. — A l'époque des *legis actiones*, l'action une fois intentée était épuisée. On ne pouvait donc pas la recommencer, et l'on n'avait nul besoin du secours des exceptions, qui n'étaient pas d'ailleurs en usage dans ce temps-là ; *qua de re semel actum erat, de ea postea ipso jure agi non poterat* (*Gaius*, IV, 108).

Sous le régime formulaire se présente une distinction qui nous

est familière. S'agit-il d'une action *concepta in jus*, *in personam* et déduite dans un *judicium legitimum*, alors, de même que la *litis contestatio* éteint l'obligation primitive et lui en substitue une seconde, de même la sentence éteint l'obligation née de la *litis contestatio ;* il ne survit donc aucun droit, l'action est consommée, et nulle exception n'est utile pour repousser une poursuite désormais impossible. Mais s'agit-il d'une action *in rem*, ou d'une action *in factum*, ou d'un *judicium imperio continens*, alors, pour des raisons déjà signalées à propos de la *litis contestatio*, il ne s'opère aucune novation du droit primitif ; le demandeur en reste donc investi théoriquement malgré la sentence, et l'exception *rei judicatæ* devient indispensable pour arrêter une nouvelle poursuite de sa part, s'il ose l'entreprendre (*Gaius*, IV, 106-107).

Toutes ces distinctions liées au système des formules, n'existent plus sous Justinien. Le principe des *judicia imperio continentia* l'emporte, et l'exception *rei judicatæ* est toujours nécessaire contre le renouvellement d'une action déjà tranchée par une sentence irrévocable (*Inst.* L. IV, t. XIII, *De except.*, § 5).

En résumé, la chose jugée pouvait opérer *ipso jure* dans le droit classique, mais opère toujours *exceptionis ope* à la fin de la législation romaine.

Conditions de l'exception rei judicatæ. — Pour que l'exception de chose jugée puisse être invoquée, il faut qu'une action nouvelle tente de recommencer l'ancien débat entre les mêmes parties. En d'autres termes, la *res judicata* n'est invocable qu'à trois conditions : il doit y avoir identité de parties, identité d'objet et identité de cause (L. 7, § 4 ; L. 27, D. *De except. rei judic.*, 44-2).

I. — *Il faut d'abord l'identité des parties* (*eadem conditio personarum*). — Les jugements, comme les conventions, ne produisent d'effet qu'entre ceux qui y ont pris part. Car, il va de soi qu'un plaideur ne doit ni profiter ni souffrir d'une sentence antérieure qui ne le concernait pas : *res inter alios judicata aliis nec nocet, nec prodest* (L. 63, D. *De re judicatâ*, 42-1. — *Conf.* C. C. art. 1351).

L'identité dont il s'agit ici n'est pas une identité physique, mais une identité juridique. C'est ainsi qu'un seul et même plaideur peut jouer successivement les rôles de deux parties différentes ; ainsi quand j'ai vainement revendiqué une chose en qualité de tuteur ou de mandataire, je suis admis, sans craindre l'exception *rei judicatæ*, à la revendiquer en mon nom propre, ou réciproquement.

A l'inverse, plusieurs plaideurs distincts peuvent ne former qu'une partie et se trouver liés par une sentence rendue précédemment contre l'un d'eux. Par exemple, le père de famille et les enfants sous sa puissance, ou le défunt et ses héritiers, ont une seule et même personnalité. Rentrent aussi dans cette règle tous les successeurs même particuliers, lorsque la sentence est antérieure à l'événement qui leur a fait recueillir le droit d'autrui; ainsi le créancier hypothécaire est tenu de respecter les jugements rendus contre le constituant avant la constitution d'hypothèque (L. 3, § 1, D. *De pignoribus*, 20-1; L. 11, § 3, 8, D. *De except. rei judic.*, 44-2. — *Inst.* L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 4).

En général, lorsqu'un procès a lieu par représentant, la véritable partie litigante est le représenté. De là résulte que le jugement rendu sur une action populaire produit effet à l'égard de tous les citoyens, parce que le demandeur y représente l'ensemble du corps social (L. 45, § 1, D. *De procurat.*, 3-3; L. 11, § 7, D. *De except. rei judic.*, 44-2; L. 3, pr. D. *De popul. act.*, 47-23).

Le principe que l'autorité de la chose jugée se restreint entre les parties reçoit pourtant quelques dérogations :

1° L'indivisibilité du droit en est le motif ordinaire. On se rappelle, en effet, la force absolue des sentences régulièrement intervenues sur une question d'état (*Suprà*, p. 833). Il en est de même de ce qui est jugé sur une servitude avec un des copropriétaires qui en sont investis ou tenus, sauf l'action *de dolo* pour l'hypothèse de collusion (L. 4, § 3, 4, D. *Si servitus vindicet.*, 8-5).

2° Le jugement qui reconnaît à quelqu'un la qualité d'héritier a force obligatoire à l'égard des légataires, créanciers ou débiteurs de la succession, réserve faite encore du cas de connivence. La raison en est que les créances et les dettes sont des éléments constitutifs de l'hérédité, comme les legs en sont la charge nécessaire; les uns et les autres doivent donc suivre l'héritier (L. 17, § 1; L. 18, D. *De inoff. test.*, 5-2; L. 5, § 1; L. 14, pr. § 1, D. *De appell.*, 49-1. — *Conf.* C. C. art. 800).

II. — *Il faut en second lieu l'identité d'objet* (*idem corpus, eadem quantitas*). — Autrement dit, une nouvelle demande entre les mêmes parties n'est repoussée par l'exception de chose jugée, qu'à la condition d'avoir le même objet que l'ancienne action.

Par suite de cette idée, la personne qui a échoué dans la réclamation d'une chose n'en peut plus demander une partie divise ou

indivise ; car l'ancien jugement, en refusant la chose au demandeur, la lui refuse nécessairement tout entière et dans chacune de ses parties, puisque les parties sont comprises dans le tout. Ainsi, je ne serai pas admis, après avoir inutilement revendiqué un champ, à réclamer les arbres coupés sur ce fonds, les alluvions, les îles nées dans le fleuve voisin, etc. (L. 7 pr. ; L. 21, § 1 ; L. 26, § 1, D. *De except. rei judic.*, 44-2).

Mais si l'on a commencé par demander sans succès une portion d'une chose, ou la propriété d'un fonds, on est encore admis à demander, dans le premier cas, la portion restante de la chose, dans le second cas, un droit réel à titre de servitude sur le fonds d'autrui, etc. De même, celui qui a succombé dans un procès sur la possession peut encore plaider sur la propriété ; celui qui a vainement réclamé l'*iter* peut encore demander l'*actus* (L. 11, § 6 ; L. 14, § 1, 3 ; L. 21, § 3, D. *De except. rei jud.*, 44-2).

III. — *Il faut enfin l'identité de cause* (*eadem causa petendi*). — La cause est la même, quand la seconde demande est fondée sur le même droit que la première ; dans cette hypothèse, il y a lieu à l'exception de chose jugée, malgré la diversité des poursuites successivement intentées. Souvent, en effet, à l'occasion d'un même droit, on a le choix entre plusieurs actions qui ne se cumulent pas ; par exemple, l'acheteur d'un animal entaché de vices rédhibitoires a l'option entre l'action *redhibitoria* et l'action *quanti minoris ;* le copropriétaire d'un fonds héréditaire a l'option entre l'action *familiæ erciscundæ* et l'action *communi dividundo*, etc. Dans ces circonstances, après la sentence rendue sur l'une des actions, il y a *res judicata* pour les autres (L. 8 ; L. 25, § 1, D. *De except. rei jud.*, 44-2).

Néanmoins, lorsque la seconde demande est fondée sur un droit différent, la cause n'est plus la même. Ainsi, la personne qui a vainement allégué la qualité de propriétaire dans une revendication, peut alléguer ensuite la qualité de créancier dans une *condictio ;* la personne qui a vainement invoqué une vente, peut invoquer ensuite une stipulation, etc. La justice se touve alors en présence de prétentions essentiellement différentes, et l'exception de chose jugée ne sera plus un obstacle (L. 14, § 2 ; L. 31, D. *De except. rei jud.*, 44-2).

A ce point de vue, les actions réelles se heurtent plus facilement que les actions personnelles à l'exception de chose jugée. L'action réelle est générale de sa nature, en ce sens qu'elle embrasse d'un coup toutes les causes d'acquisition du droit réel ; car, une fois pro-

priétaire, ou titulaire d'une servitude, on ne saurait le devenir davantage par un nouveau mode d'acquérir. Dès lors, en intentant une action réelle, on soumet à la fois au juge tous les titres qui la fondent; *omnes causæ una petitione adprehenduntur*. Aussi le jugement rendu contre le demandeur lui dénie absolument le droit réel, et la poursuite ultérieure de sa part irait à l'encontre de la sentence et renouerait un débat définitivement tranché (L. 14, § 2, D. *De except. rei jud.*, 44-2) (1).

Mais la règle cesse avec son motif : 1° lorsque le demandeur a soin, dans la première demande, d'agir *expressa causa*, c'est-à-dire d'indiquer nettement la cause d'acquisition sur laquelle il se fonde; cette indication de la *causa petendi* faisait probablement l'objet d'une *præscriptio*; 2° lorsque le demandeur invoque dans la seconde poursuite une cause d'acquisition postérieure à la *litis contestatio* du premier procès (L. 11, § 2, 4, D. *De except. rei jud.*, 44-2).

Pour conclure, il faut dire que l'exception de chose jugée nécessite, outre l'identité des parties, l'identité du débat dans ses deux éléments de l'objet et de la cause. Or, il y a identité du débat, toutes les fois qu'en admettant un jugement conforme à la nouvelle demande, ce jugement reproduirait ou contrarierait l'ancien.

Effets directs de la chose jugée, et de l'action judicati. — Les effets directs de la chose jugée sont l'*absolution* ou la *condamnation* du défendeur. La première laisse les parties dans le *statu quo*. La seconde crée, au profit du demandeur et à la charge de son adversaire, une obligation nouvelle, *judicatum facere oportere* (*Gaius*, III, 180 *in fine*. — *Suprà*, p. 767).

C'est à cette obligation nouvelle que correspond l'*actio judicati*. Distincte de l'action originaire du demandeur, et bien que celle-ci fût parfois intransmissible ou temporaire, elle passait toujours aux héritiers et durait trente ans (*Paul*, S. L. I, t. II, § 4; — L. 6, § 3, D. *De re judicatâ*, 42-1).

Elle offre les deux traits suivants : 1° le condamné jouit d'un délai de grâce de quatre mois pour exécuter la condamnation (*tempus judicati*) ; après ce délai, il doit les intérêts légaux au double ; 2° elle ne soumet au juge que la question de fait de savoir s'il y a chose jugée ; par suite le condamné, pour se défendre sur cette action, doit établir que le jugement est nul ou n'existe pas, que le

(1) C'est là sans doute ce qui nous oxplique l'absence habituelle de *demonstratio* dans la formule des *vindicationes*.

délai d'appel ou d'exécution n'est pas écoulé, ou que le demandeur a reçu déjà satisfaction (L. 75, D. *De judiciis*, 5-1 ; L. 4,§ 7; L. 7, D. *De re judicatâ*, 42-1.— L. 1 ; L. 2 ; L. 3, C. *De usuris rei judic.*, 7-54).

Principales exceptions temporaires. — Les exceptions peuvent être dilatoires *ex tempore* ou *ex personâ* (*Gaius*, IV, 124. — *Inst.* L. IV, t. XIII, *De except.*, § 11).

Ex tempore. — La plus célèbre des exceptions dilatoires *ex tempore* est l'exception *non numeratæ pecuniæ*, précédemment étudiée (*Suprà*, p. 353).

Comme on l'a vu, cette exception ne se rencontrait qu'à l'occasion du contrat littéral et de la stipulation, et visait une hypothèse où l'exception de dol aurait pu s'employer. Mais l'exception *non numeratæ pecuniæ* avait un double avantage. D'abord elle était *in factum*. Ensuite et surtout, par dérogation à la règle générale *reus in excipiendo fit actor*, le défendeur qui excipait du défaut de numération des espèces n'avait pas à justifier de ce fait négatif, et mettait le demandeur dans la nécessité de prouver qu'il avait compté les valeurs. On se rappelle aussi que le délai pour l'invoquer, porté d'un an à cinq ans par Dioclétien, fut restreint à deux ans par Justinien ; seulement le débiteur pouvait agir lui-même, avant ce terme, pour obtenir libération de la promesse qui lui avait été surprise. Dans le dernier état du droit, le défendeur qui élève l'exception *non numeratæ pecuniæ* est condamné au double, si le demandeur parvient à le convaincre de mensonge (L. 3; L. 9; L. 14, C. *De non numeratâ pecun.*, 4-30. — *Inst.* L. IV, t. XIII, *De except.*, § 2. — *Novelle*, 18, ch. 20).

Les exceptions *rei residuæ* et *litis dividuæ* sont également dilatoires *ex tempore*. Elles ont pour objet de mettre obstacle à la multiplication des procès, et d'amener les plaideurs à vider dans une même instance toutes leurs contestations actuelles (*Gaius*, IV, 122).

Le demandeur qui n'a réclamé qu'une partie de ce qui lui était dû ne peut réclamer le surplus durant la même préture, sous peine de briser son action contre l'exception *rei residuæ*. Le demandeur investi de plusieurs causes d'action contre une même personne, s'il ne les exerce pas toutes à la fois, devra pour les autres attendre une nouvelle préture; autrement sa poursuite serait écartée par l'exception *litis dividuæ*. L'exception *pacti* provenant d'un pacte *de non petendo intra tempus* est également une exception dilatoire *ex tempore* (*Gaius* IV, 122. — *Inst.* L. IV, t. XIII, *De except.*, § 10).

Ex personâ. — Les exceptions peuvent encore être dilatoires *ex personâ;* telles sont les *exceptiones cognitoria* et *procuratoria.* Elles sont dilatoires en ce sens que le demandeur les évite, non pas en agissant après un délai donné, mais en se faisant représenter par telle personne plutôt que par telle autre. Car la capacité de représenter autrui en justice, ou de constituer un représentant, n'appartenait pas au premier venu (*Suprà*, p. 884).

Si donc on avait fait choix d'un *cognitor* ou d'un *procurator* inhabile à remplir ce rôle, ou si le choix émanait d'un incapable, le défendeur opposait l'une ou l'autre de ces deux exceptions. Le demandeur s'y dérobait en plaidant lui-même ou choisissant un représentant régulier. Mais il fallait opérer ce changemeut *in jure ;* car, une fois la formule délivrée, l'effet de l'exception prouvée serait de produire une absolution totale et définitive (*Gaius*, IV, 124. — *Inst.* L. IV, t. XIII, *De except.*, § 11).

CHAPITRE XXIX

INTERDITS.

(*Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis.*)

Comme les actions proprement dites, les interdits classiques étaient aussi des formules (*formæ atque conceptiones verborum*) dont usait le magistrat pour mettre fin à des contestations entre particuliers. Mais on doit distinguer soigneusement les actions et les interdits (*Gaius*, IV, 139. — *Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, pr.).

§ I

Origine et nature des interdits.

Nature des interdits. — Le préteur n'a pas seulement la *jurisdictio*, c'est-à-dire la mission de procéder aux actes légaux de juridiction contentieuse ou gracieuse. Il a aussi dans une certaine mesure l'*imperium*, c'est-à-dire le pouvoir d'ordonner ou de prohiber. Ce pouvoir est mis en pratique, tantôt par l'émission d'ordres ou de prohibitions qui constituent un règlement porté pour tous à l'avance, tantôt par l'émission, dans telle affaire spéciale, d'un ordre ou d'une prohibition qui ne s'adresse qu'aux parties intéressées. Dans le premier

cas, le préteur fait ce qu'on appelle un édit, *edictum ;* dans le second cas, il fait ce qu'on appelle un interdit, *interdictum*, *dictum inter duos* (*Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 1. — *Gaius*, IV 139-140).

L'interdit se définit donc un décret rendu sur la demande d'une partie, à Rome par le préteur, en province par le gouverneur, pour ordonner ou prohiber quelque chose. L'interdit est pour ainsi dire un frère de l'Edit ; l'un et l'autre sont les sources du droit prétorien, et ne diffèrent que par l'étendue de l'application. Aussi Gaius nomme-t-il l'interdit *Edictum prætoris* (*Gaius*, IV, 141, 166).

Une fois l'interdit rendu, de deux choses l'une : 1° l'adversaire y obéit, et l'affaire est alors terminée; 2° l'adversaire refuse de l'exécuter, ou conteste les faits qui ont déterminé le préteur à le rendre; alors la partie qui l'avait obtenu réclame du magistrat une action, et le juge reçoit la mission de vérifier les faits et de condamner ou d'absoudre suivant les circonstances. Cette action est *in factum;* l'*intentio* en est naturellement conçue dans les termes mêmes de l'interdit qu'il s'agit d'appliquer, et l'on y admet sans doute des exceptions ou des répliques (*Gaius*, IV, 166).

Les interdits et les actions proprement dites peuvent donc aboutir souvent au même résultat; mais il existe entre eux de graves différences.

Dans son origine, l'interdit émane de l'*imperium mixtum* du préteur; l'action relève, au contraire, de la *jurisdictio*. Dans son objet, l'interdit est une disposition impérative ou prohibitive qui tranche le débat entre parties, soit en prévenant le procès quand elle est observée, soit en faisant la loi du procès quand il s'élève; l'action, au contraire, ne préjuge rien au fond, et pose seulement au juge une question qu'il lui faudra résoudre. Dans sa nature, l'interdit n'est pas l'action et n'en tient pas lieu, puisqu'il lui donne naissance et lui sert de base (*Gaius*, IV, 162, 163, 164, 165).

En résumé, l'interdit se traduit en un ordre actuel adressé à un individu déterminé pour lui imposer une obligation envers celui qui a sollicité et obtenu l'*interdictum*. Tel est le sens d'un fragment célèbre d'Ulpien : *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen personalia sunt* (L. 1, § 3, D. *De interdictis*, 43-1).

Tous les interdits sont donc *personnels*, alors même qu'ils figurent dans l'Édit sous forme de règles générales, *in rem concepta*. C'est qu'en effet l'interdit suppose toujours un ordre spécial, rendu *in personam*, contre une personne désignée, et constitue

ainsi à la charge de cette personne une véritable obligation.

Origine des interdits. — Il reste à se demander maintenant pourquoi le préteur suivait, dans certaines circonstences, le préalable de l'interdit avant de délivrer une action.

La délivrance d'une action suppose la violation d'un droit reconnu par une loi. Mais dans toutes les sociétés, surtout à leur début, il y a des relations importantes et respectables en elles-mêmes, que ne sanctionne pas la législation positive. Ainsi, lorsque la vieille Rome faisait aux patriciens des concessions de l'*ager publicus*, ils le tenaient à fermage et n'en obtenaient pas la propriété quiritaire ; dès lors, privés des actions inhérentes à la propriété, ils avaient besoin de l'intervention du préteur pour écarter le trouble et défier l'usurpation. De même, l'usage des *res communes*, *publicæ*, *universitatis*, établi en faveur de tous, ne constituait un droit proprement dit et distinct au profit de personne ; il ne pouvait donc engendrer une action privée. Enfin la possession, si digne de protection dans un État bien organisé, ne dut être, à l'origine, qu'un simple fait non juridique. Qu'on supppose ces intérêts en butte à des attaques ; faute de moyens légaux, ils n'auront d'autre défense que la force, et la guerre entre citoyens bouleversera la cité, si le magistrat n'interpose son autorité pour maintenir la paix publique (*Gaius*, IV, 139).

En définitive, quand le silence de la loi civile empêchait le préteur d'exercer entre particuliers sa *jurisdictio* ou mission judiciaire, il recourait à son *imperium* ou pouvoir de police et prononçait une injonction personnelle ; c'était l'interdit. Sans doute il s'enhardit peu à peu jusqu'à combler les lacunes de la loi proprement dite par cette sorte de loi prétorienne qu'on appelle l'Édit ; mais l'interdit n'en resta pas moins en usage dans les affaires où cette marche avait été précédemment observée.

Tels que nous venons de les concevoir, les interdits doivent remonter aux premiers temps de la procédure romaine, au système des actions de la loi. Il est impossible d'ailleurs de préciser en quoi ces vieux procédés juridiques différaient des interdits de l'époque suivante (Cicéron, *Pro Cœcina*, 16).

Transformation et désuétude des interdits. — A l'origine, le magistrat rendait un interdit spécial pour chaque affaire. Mais comme les occasions de recourir à cette voie de droit se reproduisaient souvent, les préteurs finirent par inscrire dans l'Édit, *in*

albo, la formule générale de tel ou tel interdit qu'ils promettaient de donner dans telle ou telle conjoncture. Alors, dans les cas ainsi prévus, on prit l'habitude de réclamer au magistrat, en vertu de la formule générale de l'Édit, l'action qu'il n'eût autrefois délivrée qu'à la suite d'un interdit spécial. En résumé, au lieu de venir deux fois à son prétoire, la première pour obtenir l'interdit, la seconde pour obtenir l'action contre le contrevenant, on demanda de prime abord le droit de poursuivre la personne qui violait l'injonction contenue dans l'Édit.

Plus tard, à l'époque où la *datio judicis* n'émana plus des préteurs, les parties portèrent directement devant la juridiction compétente leurs contestations de tout genre. Autrement dit, on s'adressait sans intermédiaire au juge pour obtenir la protection des droits que le magistrat d'autrefois aurait garantis par un décret particulier. Les interdits prirent donc un autre aspect; on dut y voir des dispositions de la législation prétorienne, qui s'étaient transformées en véritables actions (*Gaius*, IV, 139).

Aussi, grâce à ces transformations successives, les interdits proprement dits n'existaient plus au temps de Justinien; ils ont été remplacés par des actions véritables : *Sequitur ut dispiciamus de interdictis seu actionibus quæ pro his exercentur* (*Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, pr., § 8).

Divisions des interdits. — Les interdits reçoivent diverses classifications. Pour qui les examine de haut, les uns appartiennent au droit public ou sacré, les autres au droit privé. A la tête de ces derniers se trouvent les interdits possessoires ou quasi possessoires, qui nous offrent seuls un sérieux intérêt (L. 1; L. 2, D. *De interdictis*, 43-1).

Considérés de plus près, les interdits peuvent se diviser au point de vue de leur but, de leur procédure et de leur objet. Au point de vue du but poursuivi, ils sont : *prohibitoires*, *restitutoires*, *exhibitoires ;* au point de vue de la procédure, ils sont *simples* ou *doubles ;* enfin, au point de vue de leur objet, ils sont *possessoires*, *quasi-possessoires* ou *non possessoires.*

§ II

Interdits envisagés au point de vue de leur but.

Les interdits sont *prohibitoires*, *restitutoires*, *exhibitoires*. Cette division ne manquait pas d'importance sous le régime formulaire;

car on procédait toujours *per sponsionem* dans les premiers, tandis qu'on agissait dans les autres *per sponsionem* ou *per formulam arbitrariam*, au choix des parties (*Gaius*, IV, 140, 141, 142. — *Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 1).

Interdits prohibitoires. — Les interdits sont prohibitoires, quand ils contiennent une défense de faire quelque chose. La formule finale est d'ordinaire *fieri veto... veto ne fiat*. Jusqu'au jour où l'appellation d'*interdicta* fut devenue générique, elle convint à ceux-ci plus qu'aux autres, qu'on appelait *decreta* (*Gaius*, IV, 139-140).

Ici se manifeste avec évidence le caractère primitif des interdits, de n'être que des mesures de police prises en vertu de l'*imperium* du préteur. Car c'est aux matières spécialement placées sous la protection de l'autorité que le magistrat appliquait les interdits prohibitoires. Il en usait pour la sanction des ses *missiones in possessionem*, pour la protection des inhumations, pour le maintien de la libre jouissance et de la destination publique des *res sacræ*, *religiosæ*, *communes*, *publicæ*, etc.

Les principaux exemples de cette classe sont, en effet, les interdits *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est; de mortuo inferendo; ne quid in loco sacro fiat; ne quid in loco publico, flumine ripâve fiat*, etc. (L. 1, pr. D. *De mortuo inferendo*, 11-8; L. 1, pr. D. *Ne vis fiat*, 43-4; L. 1, pr. D. *Ne quid in loco sacr.*, 43-6; L. 2, pr. D. *Ne quid in loco public.*, 43-8).

Interdits restitutoires. — Les interdits sont restitutoires, quand l'une des parties y reçoit l'ordre de restituer quelque chose à l'autre; ils se terminent habituellement par le mot *restituas* (1).

Dans cette classe, les Institutes signalent en première ligne les interdits *adipiscendæ possessionis* et *recuperendæ possessionis*, qui feront bientôt l'objet d'un examen particulier (*Infrà*, p. 912).

Il y faut ranger aussi l'interdit fraudatoire, auxiliaire et supplément de l'action Paulienne (*Suprà*, p. 798). Enfin, à la plupart des interdits prohibitoires qui protègent les *res sacræ*, *religiosæ*, *publicæ*, correspondent des interdits restitutoires, dont le but est la destruction de ce qui a été fait contrairement à la prohibition (L. 20, pr. D. *De operis novi nunc.*, 39-1; D. L. 43, t. 6, 7, 8, 10, 11, 13. — — *Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 1).

(1) Le terme latin *restituere* est beaucoup plus large que le terme français *restituer*; car il désigne aussi bien une acquisition nouvelle que le recouvrement d'une acquisition perdue.

Interdits exhibitoires. — Les interdits sont exhibitoires, quand ils enjoignent d'exhiber, *exhibeas*. Justinien nous en fournit divers exemples relatifs aux personnes. Ils ne font pas double emploi avec l'action *ad exhibendum ;* car on ne la donne qu'aux individus pécuniairement intéressés à l'exhibition, tandis que ces interdits servent à la protection de tout autre intérêt (L. 13, D. *Ad exhibendum*, 10-4).

Mentionnons d'abord l'interdit perpétuel *de homine libero exhibendo*, ouvert à tout citoyen pour demander la représentation immédiate et publique de la personne indûment retenue, dont la liberté n'est pas litigieuse. Vient ensuite l'interdit *cujus de libertate agitur*, applicable à la personne dont la liberté est litigieuse et qu'on veut revendiquer, soit *in libertatem*, soit *in servitutem ;* comme on y peut avoir un intérêt pécuniaire, l'action *ad exhibendum* n'est pas fermée dans cette hypothèse. L'interdit *de liberis exhibendis* procurait au chef de famille l'exhibition de son enfant détenu ou caché par quelqu'un, afin de pouvoir le revendiquer ensuite. Un interdit probablement nommé *de liberto exhibendo* s'accordait au patron qui demandait l'exhibition de l'affranchi, pour lui réclamer les services dont il avait fait la condition de l'affranchissement. Enfin l'interdit *de tabulis exhibendis* permettait de réclamer l'exhibition des tablettes d'un testament que l'on prétendait déposées chez un tiers (*Gaius*, IV, 162. — L. 12 ; L. 13, D. *Ad exhib.*, 10-4 ; L. 1, pr. D. *De tabulis exhib.*, 43-5 ; L. 1, pr. D. *De homine lib. exh.*, 43-29 ; L. 1, pr. D. *De lib. exhib.*, 43-30).

L'intérêt pratique de cette division se manifestait, ainsi qu'on le verra, au point de vue de la procédure ; dans les interdits prohibitoires, on procédait toujours *per sponsionem ;* dans les interdits restitutoires et exhibitoires, ou procédait tantôt *per sponsionem* et tantôt *per formulam arbitrariam* (*Gaius*, IV, 141).

§ III

Interdits envisagés au point de vue de la procédure.

Les interdits sont *simples* ou *doubles ; tertia divisio interdictorum in hoc est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia* (*Gaius*, IV, 156. — *Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 7).

Sens de cette division. — On appelait interdits simples ceux dont l'injonction ne s'adressait qu'à l'une des parties; elle seule pouvait donc y contrevenir et subir une condamnation : il y avait deux rôles distincts, l'un de demandeur, l'autre de défendeur. Etaient qualifiés de doubles les interdits dont l'injonction s'adressait simultanément aux deux parties ; chacun des plaideurs pouvait donc y contrevenir et subir une condamnation, et se trouvait ensemble demandeur et défendeur (*Gaius*, IV, 157-160).

Mais il n'y avait pas d'interdits doubles parmi les restitutoires et les exhibitoires; on conçoit malaisément, en effet, un ordre qui enjoindrait aux deux adversaires d'exhiber ou de restituer un même objet. Les interdits doubles ne se rencontraient que dans la classe des interdits prohibitoires; ces derniers eux-mêmes n'offraient pas fréquemment ce caractère, et l'on ne le connaît bien qu'à l'égard des interdits *uti possidetis* et *utrubi* (*Infrà*, p. 916, 918).

En résumé, les *interdicta simplicia*, d'une part, *duplicia* (*vel mixta*), d'autre part, ne formaient qu'une subdivision des interdits prohibitoires; tous les autres étaient simples sans distinction (*Gaius*, IV, 157, 158).

Procédure des interdits. — La procédure des interdits paraît assez compliquée. Le tableau qu'en avait tracé Gaius a reçu du temps de nombreuses mutilations, et ne mérite pas un long examen. On sait déjà que l'instance s'organise toujours *per sponsionem* et *restipulationem* dans les interdits prohibitoires. Pour les autres, il est loisible aux parties de réclamer au préteur *in jure* la nomination d'un *arbiter*, ce qui donne à l'action la nature d'arbitraire ; mais si les plaideurs n'ont pas fait cette demande, la *sponsio* et la *restipulatio* seront encore la procédure employée. Elles sont pénales, et non préjudicielles (*Suprà*, p. 752).

Dans l'interdit double, les gageures réciproques sont au nombre de quatre ; car chaque partie fait une *sponsio* et une *restipulatio*. Puis les parties procèdent à la *fructuum licitatio*, c'est-à-dire à la mise aux enchères du droit de posséder le fonds débattu et d'en percevoir les fruits durant le procès. Si le non-possesseur est battu, il ne paye que la *sponsio* et la *restipulatio*. Si le possesseur vient à succomber, il doit en outre restituer la chose litigieuse et les fruits perçus. Cette restitution lui était réclamée par une action appelée *judicium secutorium* (parce qu'elle suivait une action précédente) ou *Cascellianum* (du nom du préteur qui l'avait intro-

duite). Quelquefois les plaideurs avaient fait de cette restitution l'objet d'une stipulation spéciale; il y avait lieu dans ce cas à l'action qu'on appelait *judicium fructuarium* (*Gaius*, IV, 161-170).

Il ne faut donc pas croire que la procédure des interdits eut rien de sommaire et d'abrégé. Tout au plus en est-il ainsi, lorsqu'on obéit au décret du préteur et qu'on n'en arrive pas au procès.

§ IV

Interdits possessoires et quasi possessoires.

La plus importante classification des interdits est relative aux interdits d'intérêt privé (*quæ ad rem familiarem spectant*). Ce sont les interdits possessoires qui constituent de sérieux avantages attachés à la possession juridique. Au point de vue des précédentes divisions, ils sont les uns prohibitoires, les autres restitutoires.

On en distinguait quatre catégories : 1° interdits *adipiscendæ possessionis ;* 2° *retinendæ possessionis ;* 3° *recuperandæ possessionis ;* 4° *tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis.* Ce sont pour ainsi dire les actions possessoires du droit romain (*Gaius*, IV, 143-155. — *Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 2-6) (1).

L'expression d'interdits possessoires (*interdicta possessoria*) n'a dans les textes latins ni valeur techique ni portée générale ; un seul jurisconsulte l'emploie et d'une manière fort incidente (L. 20, D. *De servitutibus*, 8-1).

D'ailleurs, pour qui veut même aller au fond des choses, il est

(1) Il serait intéressant de comparer les *interdicta possessoria* du droit romain avec nos actions possessoires actuelles (*complainte, réintégrande, dénonciation de nouvel œuvre*); on verrait combien ces moyens possessoires diffèrent profondément entre eux.

Ainsi, pour ne citer que les différences essentielles et qui s'aperçoivent à première vue, on peut au moins indiquer les quatre dissemblances qui suivent : 1° Tandis que les interdits portent indistinctement sur les meubles ou les immeubles, nos actions possessoires se réfèrent uniquement aux immeubles. 2° Les interdits possessoires ne tendent pas seulement à conserver ou à faire recouvrer la possession, ils la font aussi acquérir (interdits *adispicendæ possessionis*); les actions possessoires ne font jamais obtenir une possession qu'on n'a pas eue. 3° Pour triompher sur un interdit, il suffit d'avoir une possession qui ne soit pas vicieuse *ab adversario ;* pour réussir sur une action possessoire, il faut, en général, avoir une possession qui soit exempte de vices *erga omnes.* 4° Enfin tandis que la loi française n'accorde en principe les moyens possessoires qu'à ceux qui ont une possession annale ; le droit romain ne requiert, sauf pour l'interdit *Utrubi*, aucune durée de possession (*Conf.* C. C. art. 2229 ; C. Proc. art. 23. — Loi du 25 mai 1838).

visible que les interdits *retinendæ possessionis* sont les seuls qui méritent la qualification de possessoires, dans le sens moderne et scientifique du mot. Car si l'action réelle est celle qui tend à la reconnaissance d'un droit actuel de propriété, de servitude ou d'hypothèque, et si l'action de créance est celle qui tend à la reconnaissance d'une obligation existante, de même on ne doit appeler interdits possessoires que les interdits fondés sur la possession présente du demandeur, c'est-à-dire qui le supposent effectivement investi de la possession. Les interdits *adipiscendæ* ou *recuperandæ possessionis* ne sont donc pas possessoires, puisque le demandeur, en s'y efforçant d'acquérir ou de recouvrer la possession, reconnaît par là même qu'il ne l'a pas ou ne l'a plus ; ils ne poursuivent en réalité que l'exécution d'une obligation.

Par conséquent, la distinction romaine des trois ou quatre classes d'interdits possessoires n'a pas la signification qu'on y attacherait aujourd'hui. Mais, cette remarque une fois comprise, l'usage de l'antique division n'offre aucun inconvénient.

Interdits adipiscendæ possessionis. — Les interdits *adipiscendæ possessionis* ont pour objet de procurer au demandeur la possession d'une chose qu'il n'a pas encore possédée (*Gaius*, IV, 144. *Inst.* L. IV, t. XV, *De interd.*, § 3).

Ces interdits ne sont pas très nombreux ; on n'en cite guère que six, dont les deux principaux seulement ont trouvé place dans les Institutes (*Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 3).

Les interdits *adipiscendæ possessionis* qu'a négligés Justinien sont : 1° l'interdit *quod legatorum*, donné à l'héritier pour obtenir la restitution des choses appréhendées, à titre de legs, sans sa participation ; 2° l'interdit *possessorium*, donné à l'*emptor bonorum* pour entrer en possession des biens par lui achetés, et les usucaper ; 3° l'interdit *sectorium*, de même nature que le précédent, et donné dans le même but aux acquéreurs (*sectores*) de biens mis en vente par l'État ; 4° l'interdit *quo itinere* donné à l'acheteur d'un fonds pour lui faire obtenir la possession des servitudes de passages comprises dans la vente (*Gaius*, IV, 145-146 ; L. 2, § 3, D. *De interdictis*, 43-1 ; L. 1 pr. § 1, 2, D. *Quod legat.*, 43-3 ; L. 1 pr. D. *De itinere.*, 43-19).

Interdit quorum bonorum. — L'interdit *quorum bonorum* est accordé aux héritiers prétoriens (*bonorum possessores*), pourvu qu'ils aient fait *agnitio bonorum*, c'est-à-dire manifesté dans le délai voulu l'intention de profiter de leur vocation (*Suprà*, p. 702) On n'exa-

mine pas s'ils y joignent ou non la qualité d'héritiers civils (L. 1, pr, D. *Quorum bonorum*, 43-2.)

Comme la pétition d'hérédité dont il se rapproche fort, cet interdit ne s'intente qu'envers les possesseurs *pro herede* ou *pro possessore* des choses héréditaires. Le sens de ces deux titres de possession nous est déjà connu (*Suprà*, p. 787). Il est bon d'observer qu'à l'époque classique, l'expression *pro herede* pouvait comprendre, non seulement l'individu qui se croyait héritier sans l'être, mais encore le véritable héritier civil. C'est le résultat qui se produisait lorsque, dans l'ordre successoral des préteurs, ce dernier ne venait qu'après le *bonorum possessor ;* telle était, par exemple, l'hypothèse où l'enfant émancipé agissait contre un agnat. Au temps de Justinien, le droit civil et le droit prétorien ne font qu'un ; nul n'est *heres* sans être en même temps *bonorum possessor*, et réciproquement. Il n'y a donc plus de *bonorum possessio sine re*, et l'interdit *quorum bonorum* ne dépossède jamais un héritier (*Suprà*, p. 720).

En définitive, la loi romaine ouvre aux successibles trois routes pour arriver à l'hérédité ; ce sont : la *petitio hereditatis* proprement dite, la *possessoria hereditatis petitio*, et l'interdit *quorum bonorum*. 1° La première, fondée sur le titre civil d'héritier, en exige la preuve. Elle fait succéder à l'universalité civile du défunt, c'est-à-dire à la propriété quiritaire, aux créances et dettes, en un mot, à tous les droits actifs ou passifs et transmissibles. Par voie de conséquence, elle procure la possession des objets héréditaires. 2° La seconde présente les mêmes caractères dans le domaine prétorien. Le demandeur doit prouver qu'il est appelé par le préteur de préférence à son adversaire ; cette démonstration faite, il obtient *in bonis* les objets corporels, se met par l'appréhension *in causâ usucapiendi*, et se trouve *utiliter* investi ou tenu des obligations. 3° Quant à l'interdit, il n'embrassait pas l'*universum jus* du défunt ; son unique résultat immédiat et direct, c'était de rendre possesseur de tous les corps héréditaires, envisagés comme un seul objet complexe (L. 2, D. *Quorum bon.*, 43-2) (1).

D'ailleurs, l'interdit *quorum bonorum* n'était qu'un moyen provisoire, se référant uniquement à la possession et réservant tout dé-

(1) *Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores* (L. 2, D. *Quor. bon.*, 43-2). On sait au contraire que la *petitio hereditatis* civile ou prétorienne peut s'intenter contre les *juris possessores* (L. 18, § 1, D. *De hered. pet.*, 5-3 ; L. 2, D. *De poss. her. pet.*, 5-5).

bat ultérieur sur le fond du droit par la voie pétitoire (L. 1, § 1, D. *Quorum bon.*, 43-2. — L. 1, C. *Quorum bon.*, 8-2) (1).

Même à l'époque de Justinien, lorsqu'il n'y a plus qu'une seule espèce de *petitio hereditatis*, l'interdit *quorum bonorum* conserve une utilité particulière. Car il donne à la personne qui l'obtient l'avantage de jouer le rôle de défendeur sur la pétition d'hérédité (*Gaius*, IV, 144. — *Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 3).

Interdit Salvien. — L'interdit Salvien était ouvert au bailleur d'un fonds rural, pour entrer en possession des objets affectés par le fermier au payement des fermages (*Gaius*, IV, 147. — *Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 3, *in fine*).

Il ne faut pas le confondre avec l'action Servienne, dont il a été déjà question. En effet, tandis que cette action, nominalement propre au *dominus fundi*, finit en réalité, sous l'appellation peu déguisée de quasi-Servienne, par sanctionner tout pacte d'hypothèque, il n'y a pas au contraire de texte assez clair ni d'induction assez nette pour étendre l'*interdictum Salvianum*, à tous les créanciers hypothécaires. La situation privilégiée que le préteur avait attribuée au bailleur de fonds rural par la constitution de l'hypothèque, peut-être a-t-il voulu la lui conserver par l'interdit Salvien, qui lui procurait la possession immédiate et provisoire. Cet interdit s'intente contre tout détenteur, sans distinction (L. 1 pr. § 1 ; L. 2, D. *De Salv. interd.*, 43-33. — Théophile, § 3, *De interdictis*) (2).

L'interdit Salvien diffère de l'action Servienne à plusieurs égards. Il a d'abord le mérite d'assurer au bailleur le rôle de défendeur sur l'action hypothécaire, et de réduire au rôle de demandeurs les autres créanciers munis d'hypothèques ; cette faveur pouvait être sérieuse, en les forçant à démontrer la priorité de leur droit. De plus, la preuve à faire n'était pas la même sur l'action Servienne et

(1) Une opinion qui compte de nombreux partisans consiste à dire que le demandeur à l'interdit *quorum bonorum*, avait simplement à démontrer que les choses réclamées avaient été possédées par le défunt, tandis que la *petitio* eût exigé la preuve d'un droit de propriété civile ou prétorienne chez le *de-cujus*. Mais cette distinction ne paraît pas établie ; les textes prouvent au contraire que le défendeur à la pétition d'hérédité devait restituer non seulement les choses dont le défunt était propriétaire, mais encore celles sur lesquelles il n'avait qu'un droit de possession ou même de détention (L. 13, § 11 ; L. 19, pr. § 2, D. *De hered. pet.*, 5-3) (*Suprà*, p. 787).

(2) Certains auteurs, se fondant sur une constitution de Gordien, ont pensé que l'interdit Salvien n'était accordé que contre le fermier ou ses héritiers (L. 1, C. *De precar. et Salvi.*, 8-9).

sur l'interdit Salvien. Le *dominus jundi* devait bien, dans l'un et l'autre cas, justifier de l'existence d'un pacte d'hypothèque consenti par le *colonus ;* mais sur l'interdit, comme il ne demandait que la possession, il se contentait d'établir que le fermier l'avait eue au moment de la constitution ; sur l'action, il aurait dû démontrer que le fermier avait la propriété à ce même instant (*Suprà*, p. 812) (1).

Interdits retinendæ possessionis. — Les interdits *retinendæ possessionis*, par eux-mêmes et dans leur application primitive, ont pour objet de protéger le possesseur contre certains actes de nature à troubler sa possession. Ils visent en conséquence deux hypothèses principales : 1° le trouble imminent, dont le possesseur veut se préserver ; 2° le trouble déjà réalisé, dont il réclame la cessation et la réparation.

Mais ces interdits ont une troisième utilité, qui a fini par devenir prépondérante, si bien que Justinien semble y voir la cause originaire de l'organisation de ces formes de procéder. Ils servent à fixer le rôle des plaideurs au pétitoire, autrement dit à déterminer, entre adversaires prêts à débattre une question de propriété, lequel doit avoir la position préférable de défendeur (L. 1, § 2, 3, D. *Uti possidetis*, 43-17. — *Gaius*, IV, 148. — *Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 4) (2).

Parmi ces interdits, les deux principaux sont : l'interdit *uti possidetis* applicable aux fonds de terre et aux maisons et l'interdit *utrubi* applicable aux choses mobilières. Ils sont ainsi appelés à cause des premiers mots de leurs formules (*Gaius*, IV, 149-153. — *Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 5).

Interdit uti possidetis. — L'interdit *uti possidetis* est double, et concerne exclusivement la possession des choses immobilières (*Gaius*, IV, 149. — L. 1, pr. § 1, D. *Uti possid.*, 43-17).

Conditions de l'interdit uti possidetis. — Les conditions en sont faciles à préciser. Il faut que celui qui a recours à l'interdit ait la possession juridique ; pas n'est besoin qu'il ait juste titre ou bonne foi. D'ailleurs cet interdit n'a trait qu'à la possession présente ; en d'autres termes, la victoire appartient à celle des parties qui possède au moment où l'interdit est rendu, l'autre eût-elle possédé aupara-

(1) La vérité force à convenir que ces différences sont plus ou moins conjecturales.

(2) On retrouverait là, sous une apparence nouvelle, les anciennes *vindiciæ* de l'*actio sacramenti* (*Suprà*, p. 744).

vant. Mais le possesseur actuel ne l'emporte sur le possesseur antérieur qu'autant qu'il ne lui a pas enlevé la possession par surprise, et qu'il ne l'a pas reçue de lui à titre de précariste. Dans la langue des textes, cette règle s'exprime en disant qu'il faut, pour triompher sur cet interdit, ne posséder *nec vi*, *nec clàm*, *nec precario ab adversario*. Ainsi compris, le principe qui fait prévaloir la possession présente sur la possession passée est de la plus évidente justice (L. 1, § 9 ; L. 2, D. *Uti possidetis*, 43-17).

Du reste, cet interdit ne se donne pas à l'occasion d'un trouble quelconque, et suppose un débat sur la possession. De là résulte que le fait dont se plaint le demandeur doit être de ceux qui impliquent dans leur auteur l'*animus possidendi ;* quelle qu'en soit la nature, s'il contredit la possession, il donne lieu à l'interdit. Mais lorsque le trouble, quoique gênant pour notre possession, ne tend pas à la contester, l'interdit *uti possidetis* n'est pas ouvert, et nous devons recourir, suivant les cas, à l'action négatoire, à l'*actio injuriarum*, à l'*actio legis Aquiliæ*, à l'interdit *quod vi aut clàm*, etc. (L. 3, § 2, 3, 4, 5, D. *Uti possidetis*, 43-17).

L'interdit *uti possidetis* est annal en ce sens qu'il doit être exercé dans l'année du trouble ou de la violence à partir du moment où l'on a pu agir. Cependant on serait encore admis après l'année, à poursuivre l'auteur du trouble par une action *in factum* pour lui réclamer ce dont il s'est enrichi (L. 4, D. *De interdictis*, 43-1).

Effets de l'interdit uti possidetis. — Quels sont les effets de l'interdit *uti possidetis ?* Le juge a le droit évidemment d'adjuger la possession à la partie gagnante, et d'ordonner la cessation du trouble pour l'avenir. Mais en outre, suivant l'opinion la plus probable, la condamnation peut comprendre le dommage antérieur. Car si le contradicteur eût renoncé à sa prétention sur la simple menace ou dès l'ouverture de l'interdit, le préteur aurait délivré à son encontre une action *in factum*, pour réparer le préjudice causé jusqu'alors par son fait. Or il ne saurait échapper, pour avoir suivi jusqu'au bout une lutte téméraire, à la réparation qu'il n'eût pas évitée en déclinant le combat dès le début (L. 1, pr. ; L. 3, § 11, D. *Uti possidetis*, 43-17).

Des auteurs modernes assignent même à l'interdit *uti possidetis* une troisième fonction, qui est d'imposer au vaincu la promesse de s'abstenir de tout nouveau trouble (caution *de non amplius turbando*). Mais cette dernière conséquence n'a pas laissé de traces dans les

textes, et ce n'est pas sans injustice qu'on l'attacherait, en principe, à l'insuccès d'un unique débat sur la possession.

Au point de vue de la preuve, celle des deux parties qui se présente la première devant le juge est sans aucun doute demanderesse. A tous autres égards, l'interdit est double et chaque plaideur reste exposé à la condamnation, selon que le défendeur a la possession actuelle, ou que le demandeur n'a qu'une possession vicieuse envers son adversaire (*ab altero*) (L. 3, § 1, D. *Uti possidetis*, 43-17).

Interdit utrubi. — L'interdit *utrubi*, double comme le précédent, était pour les meubles la contre-partie de l'interdit *uti possidetis* pour les immeubles (L. 1, pr. § 1, D. *Utrubi*, 43-31).

Il exigeait les mêmes conditions, hormis une différence essentielle dans le droit classique. C'est qu'il faisait prévaloir, non pas la possession présente, mais celle qui, sans vices (*nec vi, nec clàm, nec precario*), avait duré le plus longtemps dans l'année immédiatement antérieure au litige. Pour le considérer comme *retinendæ possessionis*, il fallait donc une fiction qui réputât actuelle la possession *majoris partis anni*. Du reste, il jouait souvent le rôle d'interdit *recuperandæ possessionis* car il tenait lieu pour les meubles de l'interdit *undè vi* (*Gaius*, IV, 151, 152. — *Paul*, S. L. V, t. VI, § 1. *Infrà*, p. 919).

Cette différence entre les interdits *uti possidetis* et *utrubi* subsistait encore au temps de Dioclétien. Mais, dans le droit de Justinien, on ne prenait plus en considération pour l'un et l'autre que la possession actuelle (*F. V.* § 293. — L. 1, D. *Utrubi*, 43 31. — *Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 4, *in fine*) (1).

Interdits recuperandæ possessionis. — Les interdits *recuperandæ* (ou *reciperandæ*) *possessionis* ont pour objet de procurer le recouvrement de la possession à qui l'a perdue par un fait indépendant de sa volonté (*Gaius*, IV, 154. — *Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 5).

Dans leur nombre figure l'interdit *de precario*, dont il a été question à propos du précaire (L. 2, pr.; L. 4, § 1, D. *De precario*, 43-26. *Suprà*, p. 366).

Un texte mentionne aussi l'interdit *de clandestinâ possessione ;* il ne concernait sans doute que les choses immobilières, et dut tomber en désuétude le jour où l'on admit que la possession d'un immeuble ne se perdait point par une occupation consommée en l'absence

(1) Le texte d'Ulpien qui forme la loi 1. D. *Utrubi*, 43-31, a été altéré pour être mis par les compilateurs en harmonie avec la législation de leur époque.

du possesseur, tant que cette usurpation ne lui était pas connue (L. 7, § 6, D. *Communi divid.*, 10-3. — *Suprà*, p. 153).

Interdit undè vi. — Le plus important des interdits *recuperandæ possessionis* est sans contredit l'interdit *undè vi*, propre aux immeubles (L. 1, pr. § 6, D. *De vi*, 43-16) (1).

Conditions de l'interdit undè vi. — Pour l'obtenir, deux conditions sont requises : 1° il faut avoir eu la possession juridique, de bonne ou de mauvaise foi ; la simple détention est insuffisante ; 2° il faut l'avoir perdue, soi-même ou dans la personne d'un représentant, par l'effet d'une *dejectio* ou d'un fait qui y est assimilé, c'est-à-dire d'une violence physique ou morale. Dans le droit classique, on distinguait la violence ordinaire ou simple, et la violence à main armée, *vis armata.* L'interdit fondé sur la première échouait contre le *dejiciens*, s'il n'avait fait que reprendre par la force une possession infectée à son égard de l'un des trois vices déjà signalés (*vi, clàm aut precario*); au contraire, l'exception *vitiosæ possessionis* n'était pas admise dans l'interdit *de vi armatâ.* Mais ces deux cas sont confondus à l'époque de Justinien ; il n'y a plus qu'un seul interdit *undè vi*, qui triomphe toujours contre le *dejiciens*, alors même que la *dejectio* aurait son excuse dans un vice de la possession du *dejectus* (*Gaius*, IV, 155. — L. 1, § 9, 10, 22, 23, 29 ; L. 12 ; L. 18, D. *De vi*, 43-16. — *Inst.* L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 6) (2).

Né du fait délictueux d'une *dejectio*, l'interdit *undè vi* n'est ouvert qu'à l'encontre de l'auteur ou du complice de ce délit, et durant une année seulement. Après ce délai, ou contre les héritiers du coupable, il ne se donne que jusqu'à concurrence du profit retiré de la *dejectio*. Il est donc perpétuel contre le spoliateur saisi de la chose. Les héritiers du *dejiciens* y ont naturellement les mêmes droits que leur auteur. Dans le Bas-Empire, la prescription annale ne court pas contre l'absent qui a subi la *dejectio* dans la personne de son représentant (L. 1, pr. § 13, 48 ; L. 7, D. *De vi*, 43-16. — L. 1, C. *Si per vim*, 8-5).

Effets de l'interdit undè vi. — L'interdit *undè vi* a des effets justement rigoureux. Le spoliateur est tenu de restituer la chose, et

(1) La possession des meubles était suffisamment protégée contre la violence, soit par l'interdit *Utrubi*, soit par les actions *furti*, *vi bonorum raptorum* et *ad exhibendum* (L. 1, § 6, D. *De vi*, 43-16).

(2) La différence disparut probablement lors des mesures prises par Théodose et Valentinien contre les violences privées (*Suprà*, p. 488).

tous les fruits qu'il a perçus ou dû percevoir depuis la *dejectio*. De plus, le *dejectus* a droit à la réparation de tout le préjudice qu'il a subi (*omnis causa*). Il n'est pas besoin de rappeler que le *dejiciens*, obligé à raison d'un délit, n'est libéré ni par la perte fortuite de la chose, ni par le fait qu'il ne possède plus (L. 1, § 31, 35, 36, 41 ; L. 15, D. *De vi*, 43-16. — L. 4, C. *Undè vi*, 8-4).

Mais ici s'élève une question. Supposons que Titius dépossède violemment Séius ; ce dernier peut recourir à l'interdit *uti possidetis*, et la victoire lui est assurée, puisque l'adversaire quoique possesseur actuel, n'a qu'une possession vicieuse à son égard (*vi*). Dès lors, quel besoin avait-on de créer l'interdit *undè vi ?* La réponse est des plus simples. Dans la pratique, l'interdit *uti possidetis* n'était le plus souvent employé que par la personne simplement troublée dans sa possession, et non investie de l'interdit *undè vi*. Quant au *dejectus*, il avait l'option entre l'un et l'autre. L'interdit *undè vi* lui offrait d'ordinaire des avantages sérieux ; car, en sa qualité d'interdit simple, il jouissait d'une procédure moins compliquée ; de plus, il procurait des restitutions plus amples et survivait à la chose périe par cas fortuit. D'ailleurs, il n'est pas impossible que le *dejectus* ait un grand intérêt à se prévaloir plutôt de l'interdit *uti possidetis ;* on n'a qu'à le supposer *in causâ usucapiendi*. Dans ce cas, en recourant à l'interdit *undè vi* qui est *recuperandæ possessionis*, il admet l'interruption de sa possession, et partant de son usucapion. Au contraire, s'il exerce l'interdit *uti possidetis* qui est *retinendæ possessionis*, sa possession est considérée comme légalement continuée, et son usucapion comme ininterrompue. C'est donc au *dejectus* de choisir entre ces deux procédés, qui ont bien l'un et l'autre leurs utilités propres (L. 1, § 40, D. *De vi*, 43-16).

Interdits tàm adipiscendæ quàm recuperandæ possessionis. — Il est parlé de ces interdits dans un passage de Paul, qui restait inexplicable pour les anciens interprètes (L. 2, § 3, D. *De interdictis*, 43-1. — Cujas, *Opera omnia*, t. III, p. 96) (1).

Mais un fragment d'Ulpien, découvert en 1836 par M. Endlicher dans la bibliothèque du palais impérial de Vienne, a levé la difficulté. Il s'y rencontre, en effet, deux exemples de ces interdits ; un troisième est cité dans les *Vaticana Fragmenta*. Ce sont les interdits

(1) Cujas tenait pour incontestable que le texte de Paul avait dû être altéré et mettait au défi tous les savants de découvrir un interdit qui pût être *tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis* (Cujas, *Opera*, t. III, p. 96).

quem fundum, *quam hereditatem*, *quem usumfructum* (*Ulpiani Institutiones*, L. II, *Ex laciinis Vindobonensibus*. — *F. V.* § 92).

Pour comprendre le rôle des interdits *tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis*, il faut se rappeler que, sous le système formulaire tout défendeur à une action réelle doit fournir la caution *judicatum solvi*. S'il refuse cette satisfaction, le préteur, au moyen de l'interdit *quem fundum*, en cas de revendication, de l'interdit *quam hereditatem*, en cas de pétition d'hérédité, ou de l'interdit *quem usumfructum*, en cas d'action confessoire d'usufruit, fait passer la possession de la chose litigieuse au demandeur. Ce dernier *acquiert* ainsi la possession s'il ne l'a jamais eue ; il la *recouvre*, s'il l'a eue autrefois (*Suprà*, p. 888) (1).

Ces interdits étaient tombés en désuétude au temps de Justinien, qui n'en a conservé dans ses recueils que des vestiges méconnaissables.

Interdits quasi-possessoires. — Les interdits *uti possidetis*, *utrubi*, *undè vi*, protecteurs de la possession proprement dite qui correspondent à la propriété, furent étendus, *utilitate suadente*, à la quasi-possession des servitudes personnelles, usufruit, usage, habitation. On se contenta d'en adapter à ce nouvel usage les formules primitives, en leur faisant subir d'importantes modifications (*F. V.* § 90-93).

Quant à la quasi-possession des servitudes prédiales, les textes font une distinction. S'agit-il de servitudes négatives, elles ne constituent qu'une qualité des fonds, et sont à ce titre comprises dans l'application directe de l'interdit *uti possidetis*. S'agit-il de servitudes positives, elles sont alors garanties, tantôt par le même interdit *uti possidetis* employé *utiliter*, tantôt par des interdits spécialement créés pour les plus importantes ; on peut citer en exemple les interdits *de itinere actuque privato*, *de aquâ cottidianâ et æstivâ*, *de rivis*, *de fonte*, *de cloacis*, etc. (L. 8, § 5, D. *Si servitus vindic.*, 8-5 ; L. 1, pr. § 1, D. *De itinere*, 43-19 ; L. 1, pr. § 1, 2, D. *De aquâ cott.*, 43-20 ; L. 1, pr. D. *De rivis*, 43-21 ; L. 1, pr. § 1, D. *De fonte*, 43-22 ; L. 1, pr. D. *De cloacis*, 43-23) (2).

Ces interdits sont appelés, *quasi possessoria* ou *veluti possessoria*.

(1) Un interdit de la même espèce devait, probablement aussi, être donné en matière de servitudes prédiales (L. 15, D. *De operis novi nunc.*, 39-1 ; L. 45, D. *De danno infecto*, 39-2).

(2) L'interdit de *superficiebus* appartient à la même catégorie (L. 1, pr. § 1, 2, D. *De superficiebus*, 43-18. — *Suprà*, p. 415).

CHAPITRE XXX

RESTITUTIONES IN INTEGRUM.

Dans un sens large, on pourrait qualifier de *restitutio in integrum* toute voie de droit fondée sur l'équité, et destinée à rétablir dans l'état de choses antérieur une personne qui a subi un dommage par la rigueur des principes. Mais dans l'acception restreinte et technique, une telle voie de droit ne constitue une *restitutio in integrum* qu'à la condition d'être d'origine prétorienne, et d'impliquer l'intervention immédiate et directe du magistrat.

Ce dernier trait est le caractère saillant de la *restitutio in integrum*. Un magistrat inférieur ne saurait la prononcer à l'époque classique ; car elle est *magis imperii quàm jurisdictionis*. Sous le Bas-Empire, elle devint de la compétence d'un magistrat ou juge quelconque, à l'exception des magistrats municipaux (L. 26, pr. § 1, D. *Ad. municip.*, 50-1. — L. 3, C. *Ubi et apud quem*, 2-47).

§ I

Conditions de la restitutio in integrum.

La *restitutio in integrum* requiert trois conditions principales. Il faut d'abord que le demandeur éprouve un préjudice sérieux, ensuite qu'il n'ait pas d'autre moyen juridique pour se faire indemniser, enfin qu'il puisse invoquer une *justa causa restitutionis*.

I. — **Dommage sérieux.** — Il faut d'abord que le demandeur ait subi un préjudice de quelque importance ; sinon la rigueur des principes doit suivre son cours. Telle est peut-être la vraie signification de l'adage fameux *de minimis non curat prætor* (L. 4, D. *De in integr. rest.*, 4-1 ; L. 9, pr.; L. 49, D. *De minoribus*, 4-4).

II. — **Défaut de tout autre moyen.** — Il faut en second lieu que le demandeur ne puisse obtenir par aucune autre voie de droit la réparation du préjudice dont il se plaint. Car la *restitutio in integrum* est une ressource extraordinaire et qui par conséquent doit être subsidiaire, puisqu'elle s'attaque à des actes théoriquement valables (L. 16, pr. D. *De minoribus*, 4-4).

Cependant on a déjà rencontré et l'on va retrouver certaines dé-

rogations à cette règle, pour les deux cas de violence et de dol (L. 14, § 1; L. 21, § 6, D. *Quod metus*, 4-2; L. 1, § 6, D. *De dolo*, 4-3. — *Suprà*, p. 111).

III. — **Juste motif de restitutio in integrum.** — Il faut enfin un juste motif de restitution.

Cette condition suppose d'abord que le dommage ne provient, ni d'un cas fortuit, ni du dol ou de la faute du demandeur. La non-imputabilité est d'ailleurs moins rigoureusement exigée des mineurs de vingt-cinq ans (L. 7, pr. D. *De in integr. rest.*, 4-1; L. 9, § 2, 3, 5; L. 11, § 4, 5, D. *De minoribus*, 4-4. — *Paul*, S. L. I, t. IX, § 1. — L. 2, C. *Si adversus delictum*, 2-35).

Il doit y avoir ensuite une cause de restitution légalement reconnue. Ces causes, au nombre de six dans l'Édit, sont réduites à cinq sous Justinien. La plus importante et la plus ancienne est la minorité de la personne lésée. Quant aux majeurs, ils sont restituables contre des actes positifs pour violence, pour dol, pour erreur, dans le droit classique pour *capitis deminutio*, et enfin pour absence. Le préteur s'était en outre réservé par une clause spéciale de l'Édit, le pouvoir de prendre en considération d'autres circonstances encore : *Si qua alia mihi justa, causa videbitur, in integrum restitutam* (*Paul*, S. L. I, t. VII, § 2. — L. 1, § 1, D. *Ex quibus causis majores*, 4-6).

Indication des causes de restitution. — Quelques mots sur chacune des causes de *restitutio in integrum* prévues par l'Édit du préteur sont ici indispensables.

1° *Minorité.* — On se rappelle la gradation des mesures prises par le préteur dans l'intérêt du mineur de vingt-cinq ans; elles eurent leur germe dans une loi *Plætoria*, antérieure à l'année 570 de Rome. La plus énergique de ces mesures fut la *restitutio in integrum ob ætatem*. Elle protège les mineurs de vingt-cinq ans en leur seule qualité, abstraction faite du dol de l'autre partie. L'acte dommageable eût-il été réalisé par le père, le tuteur ou le curateur du mineur, ou par le mineur avec leur intervention, ou même sous l'homologation du magistrat, la minorité forme une cause absolue de restitution (L. 1, § 1; L. 44; L. 47, D. *De minoribus*, 4-4. — L. 11. C. *De prædiis minorum*, 5-71; L. 8, § 6, C. *De bonis quæ liberis*, 6-61. — *Conf.*, C. C. art. 1305-1314. — *Suprà*, p. 110).

Mais la règle ne concerne point les mineurs qui ont obtenu la *venia ætatis*, à moins qu'il ne s'agisse d'aliénations immobilières. Le mineur arrivé à la majorité peut d'ailleurs confirmer l'acte dom-

mageable et renoncer au bénéfice de la *restitutio* (*Paul*, S. L. I, t. IX, § 3. — L. 1; L. 3, C. *De his qui veniam*, 2-45. — *Suprà*, p. 108).

2° *Violence*. — Comme la minorité, la violence est une cause générale de restitution. Le plaignant est ici maître de choisir entre la *restitutio* et l'action *quod metûs*, sans doute à raison du caractère pénal de l'action. Mais la *restitutio* est plus avantageuse, parce qu'au lieu de n'attribuer à la victime qu'un simple droit de créance, elle remet dans son patrimoine la propriété ou les autres droits réels qu'on lui a extorqués par violence (L. 9, § 3, 4 ; L. 21, § 5, 6, D. *Quod metûs*, 4-2. —L. 3, C. *De his quæ vi*, 2-20. — *Conf.*, C. C. art. 1111-1115).

3° *Dol*. — D'après la doctrine aujourd'hui dominante, le dol ne donne lieu à la *restitutio in integrum* qu'en certains cas déterminés. Le plus saillant se réalise au profit des créanciers qui veulent obtenir la rescision des actes frauduleux de leur débiteur; ce procédé leur est plus favorable que l'action Paulienne personnelle, parce qu'il opère *in rem* et les investit de l'action Paulienne réelle (L. 7, § 1, D. *De in integr. rest.*, 4-1 ; L. 33, D. *De re judicatâ*, 42-1. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 6).

Du reste, la restitution en entier pour cause de dol s'accorde même avant l'action *de dolo*, qui a l'inconvénient d'être infamante (L. 1, § 6, D. *De dolo malo*, 4-3).

4° *Erreur*. — L'erreur, comme le dol, n'est une cause de *restitutio* que dans quelques circonstances spéciales et dignes d'intérêt. On confère notamment ce bénéfice aux personnes qui ont traité par erreur avec un non-tuteur (*falsus tutor*), ou qui ont demandé par erreur la séparation des patrimoines en qualité de créanciers, etc. La plupart des autres exemples se rapportent à la procédure (L. 1, § 6; L. 2 ; L. 3-5, D. *Quod falso tutore*, 27-6 ; L. 1, § 17 ; L. 3, § 2, D. *De separat.*, 42-6. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33).

5° *Capitis deminutio*. — Au temps classique, la *minima capitis deminutio* du débiteur éteignait ses dettes en général, et par suite formait une cause évidente et légitime de *restitutio in integrum*. Mais on a déjà vu que les dettes du *capite minutus* subsistent de plein droit à l'époque de Justinien; dès lors l'ancienne restitution n'eut plus d'objet (*Gaius*, IV, 38. — L. 2, § 1, D. *De capite minutis*, 4-5. — *Suprà*, p. 119).

6° *Absence*. — Cette sixième cause de restitution se produit, soit

en faveur de celui qui a perdu un droit ou une action pendant une absence légitime, *ob absentiam*, soit en faveur de celui qui a perdu une action ou un droit par suite de l'impossibilité où il s'est trouvé de l'exercer contre un absent. On a déjà vu des exemples de cette *restitutio in integrum* en traitant de la Publicienne rescisoire (L. 1, § 1, D. *Ex quibus causis majores*, 4-6. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 5. — *Suprà*, p. 795).

7° *Clausula generalis*. — Indépendamment des causes de restitution rigoureusement précisées et soigneusement délimitées, l'Édit contenait une clause générale, *clausula generalis*, qui donnait au préteur le moyen de parer à toutes les éventualités et qui lui permettait de prononcer la *restitutio in integrum* toutes les fois que l'équité l'exigeait (L. 1, § 1, D. *Ex quibus causis majores*, 4-6).

Cette disposition s'appliquait à toutes les omissions excusables qu'elle qu'en fût la cause, qu'elles provinssent d'une absence ou de tout autre empêchement quelconque : que l'absence fût nécessaire ou volontaire, occasionnée par un intérêt public ou par un intérêt privé. La *restitutio in integrum ob clausulam generalem* reçut en pratique l'interprétation la plus large; la seule restriction qu'y mettait le magistrat c'est que le préjudice ne fût pas imputable au réclamant; *non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis* (L. 16; L. 26, § 9; L. 28, pr. § 1, 2; L. 32; L. 34, § 1; L. 34-40, D. *Ex quibus causis majores*, 4-6).

§ II

Procédure des restitutiones in integrum.

Délai. — La demande de restitution en entier est soumise à une courte prescription, d'une année utile dans le droit classique, de quatre ans continus sous Justinien. Le délai ne commence à courir que du moment où cesse la cause de restitution. Plusieurs auteurs fixent néanmoins au jour de la lésion le point de départ de la *restitutio propter metum, propter dolum, propter errorem* (L. 19; L. 39, D. *De minoribus*, 4-4; L. 1, § 1, D. *Ex quibus causis majores*, 4-6. — L. 5; L. 7, C. *De temporibus in integr.*, 2-53. — *Conf.*, C. C. art. 1304).

Parties à la restitutio in integrum. — Le demandeur en restitution est la victime du dommage, et le défendeur est la personne qui en a retiré le profit direct; le droit se transmet activement et passivement à leurs héritiers; *item omnium qui ipsi potuerunt restitui in*

integrum, *successores in integrum restitui possunt* (L. 6, D. *De in integr. rest.*, 4-1).

En thèse générale, la *restitutio* est *in personam* et non *in rem ;* autrement dit, le bénéfice n'en est pas ordinairement étendu aux coobligés, et l'on ne peut la poursuivre contre les tiers détenteurs de la chose dont on a été privé, mais seulement contre l'auteur de la lésion. Par exception, il en est autrement lorsque : 1° la *restitutio* se fonde sur la violence, à raison du caractère *in rem* de l'action *quod metûs causâ* elle-même; 2° le tiers détenteur est de mauvaise foi; 3° le recours personnel contre l'auteur de la lésion ne suffit pas à la réparation complète du dommage éprouvé. Cette théorie est universellement acceptée de nos jours (L. 13, § 1, D. *De minoribus*, 4-4. — L. 7, C. *De in integr. rest.*, 2-22. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, 5-6).

Formes de la restitutio in integrum. — A l'époque des jurisconsultes classiques, la demande à fin de *restitutio in integrum* formait un cas de *persecutio extra-ordinem ;* le magistrat la jugeait en personne *causâ cognitâ*, sans renvoi devant un juge. Cette particularité n'a pu survivre à la procédure formulaire (L. 3, D. *De in integr. rest.*, 4-1 ; L. 11, § 3, D. *De minoribus*, 4-4) (1).

§ III

Effets de la restitutio in integrum.

La *restitutio in integrum*, comme toutes les actions rescisoires, tend à la reconstitution de l'état de choses antérieur. Par conséquent, le défendeur est obligé d'effacer tout le dommage qu'il a fait éprouver, et le demandeur de restituer au moins ce dont il s'est enrichi ; *restitutio autem ita facienda est ut unusquisque in integrum jus suum recipiat*. Dans ce but, le magistrat prononce sur une seule instance les condamnations nécessaires contre chaque plaideur (L. 7, § 11, 12; L. 24, § 4 ; L. 27, § 1, 2, 3 ; L. 33 ; L. 40, § 1. D. *De minoribus*, 4-4. — L. 1, C. *De reput. quæ fiunt*, 2-48. — *Conf.* C. C. art. 1312. — *Suprà*, p. 112).

Toutefois, lorsque le demandeur poursuivait la résurrection d'un droit éteint, le magistrat se contentait souvent d'en prononcer le

(1) Quelquefois cependant, le magistrat au lieu de statuer lui-même *extrà ordinem* se bornait à renvoyer les parties devant un juge, au moyen d'une formule d'action restitutoire ou rescisoire (L. 13, § 1, D. *De minoribus*, 4-4).

rétablissement par un décret, et de rendre au plaignant son action ou son exception perdue. L'action restituée était *utilis fictitia ;* nous en avons rencontré un exemple intéressant dans l'action *rescissoria in rem* faussement appelée contre-Publicienne. La doctrine l'oppose, sous le nom de *judicium rescissorium*, au décret restitutoire du magistrat qu'elle qualifie de *judicium rescindens ;* c'est le rescisoire et le rescindant de notre langage moderne (*Gaius*, IV, 38. — L. 28, § 6, D. *Ex quibus causis majores*, 4-6. — *Conf.*, C. Proc. art. 501, 503. — *Suprà*, p. 796).

Le préteur s'arrêtait vraisemblablement à ce second parti, quand le droit rétabli était litigieux, et qu'il n'en voulait pas connaître au fond. Il n'avait pas même d'autre marche à suivre, dans le cas où l'action qu'il rendait au demandeur n'était pas encore ouverte. Sous le régime de procédure extraordinaire, c'est uniquement dans cette dernière hypothèse que la *restitutio in integrum* peut encore occasionner une instance ultérieure.

CHAPITRE XXXI

MESURES CONTRE LES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES.

(*Inst.* L. IV, t. XVI, *De pœna temere litig.*)

Les Romains ont de tout temps songé à réprimer la mauvaise foi et l'esprit de chicane en frappant de peines diverses les plaideurs qui entreprennent ou soutiennent des procès mal fondés. Certaines peines frappent le demandeur ou le défendeur ; d'autres sont communes aux deux parties (*Inst.* L. IV, t. XVI, *De pœna tem.*, pr.).

Peines portées contre le demandeur. — On connaît déjà les pénalités spéciales qui frappent le demandeur coupable de *plus-petitio ;* il perdait au temps classique son procès et son droit (*Gaius*, IV, 53. — *Inst.* L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 33. — *Suprà*, p. 870).

Peines portées contre le défendeur. — D'autres pénalités restaient propres au défendeur : 1° condamné pour dol, il encourait l'infamie dans l'action *pro socio*, dans les actions directes *tutelæ*, *mandati*, *depositi*, et dans les actions *de dolo*, *furti*, *vi bonorum raptorum injuriarum ;* 2° condamné après avoir nié sa dette, il subissait une condamnation au double dans les actions qui croissent au double *per inficiationem*, et dont l'énumération nous est familière (*Gaius*, IV,

171, 172, 173. — *Inst.* L. IV, t. XVI, *De pœna temere litig.*, § 1, 2. — *Suprà*, p. 838).

Peines applicables aux deux plaideurs. — Enfin d'autres précautions étaient communes aux deux parties :

1° Chaque plaideur peut exiger de son adversaire et des avocats de ce dernier le serment qu'ils ne soutiennent pas le procès par esprit de chicane (*juramentum calumniæ*). Cette mesure préventive et purement morale remplace dans la législation de Justinien, différentes sanctions organisées par l'ancien droit contre les plaideurs téméraires de mauvaise foi et même de bonne foi (*Gaius*, IV, 174-180. — *Inst.* L. IV, t. XVI, *De pœna temere litig.*, § 1 ; L. 2, C. *De jurej. prop. cal.*, 2-59).

2° En règle générale, la partie vaincue est condamnée aux *dépens*, c'est-à-dire aux frais de procès ; la partie victorieuse obtient donc la restitution des frais qu'elle a payés. Cependant le juge a la faculté, en tenant compte des circonstances, de compenser les dépens et de mettre ainsi à la charge de chaque partie ses propres frais (L. 5, C. *De fructibus et litium expensis*, 7-51. — *Novelle* 82, ch. 10. — *Inst.* L. IV, t. XVI, *De pœna temere litig.*, § 1, *in fine*. — *Conf.* C. Proc. art. 130, 131)(1).

APPENDICE FINAL

THÉORIE DES OBLIGATIONS NATURELLES.

Le germe des difficultés de la théorie des obligations naturelles, les jurisconsultes n'appliquent pas tous cette même dénomination aux mêmes idées.

Certains entendent par obligation naturelle le devoir de conscience et de morale. Mais de telles dettes relèvent uniquement du for intérieur et n'ont rien de légal (L. 25, § 1, D. *De hered. pet.*, 5-3. — Pothier, *Obligations*, n^os^ 1 et s.).

(1) Il faut encore ajouter que le descendant ou l'affranchi qui citerait en justice son ascendant ou son patron, sans avoir obtenu l'autorisation préalable du magistrat, serait passible d'une amende de cinquante *solidi* (*Inst.* L. IV, t. XVI, *De pœna temere litig.*, § 3. — *Gaius*, IV, 183).

D'autres donnent ce nom à celles des obligations munies d'action qui dérivent du *jus naturale* ou du *jus gentium*. A ce point de vue, seraient naturelles toutes les obligations accessibles aux pérégrins, c'est-à-dire la plupart des obligations (L. 15, pr. D. *De cond. indebiti*, 12-6 ; L. 126, § 2. D. *De verb. oblig.*, 45-1. — L. 84, § 1, D. *De regulis juris*, 50-17. — *Conf.* C. C. art. 349).

Mais le sens technique de l'expression se trouve entre ces deux extrêmes. L'obligation naturelle, telle qu'on va l'étudier, est une obligation sans doute productive de quelques effets juridiques et partant reconnue par la loi, mais dépourvue d'action. C'est donc une obligation inférieure, imparfaite, souvent inerte, puisqu'elle manque au moins de la sanction suprême, qui est le droit de poursuite (*suprà*, p. 256).

Le fondement des obligations naturelles est toujours l'équité ; Papinien y voit un *vinculum æquitatis* (L. 95, § 4, D. *De solutionibus*, 46-3).

Mais elles ne supposent pas nécessairement une injustice du législateur. Car, s'il en est qui proviennent d'une réaction éclairée contre de vieux principes déraisonnables et rigoureux, il y en a qui tendent uniquement à tempérer en fait les conséquences de nécessités très justifiables en droit. Pour se rendre compte de cette nuance par un exemple, il suffit d'opposer l'une à l'autre l'obligation naturelle qui naît d'un simple pacte et l'obligation qui dérive pour le pupille du contrat qu'il a fait *sine tutoris auctoritate*.

Il ne faut pas d'ailleurs chercher, dans la jurisprudence romaine, ni un système homogène construit de toutes pièces ni des vues d'ensemble. On ne peut que rassembler les décisions éparses des jurisconsultes et coordonner leurs principales solutions (1).

PREMIÈRE SECTION

SOURCES DES OBLIGATIONS NATURELLES.

Les obligations naturelles appartiennent à l'une ou l'autre de deux grandes classes. Il y en a qui ont été dès l'origine des obligations parfaites civilement, et qui, dépouillées ensuite de leur force primitive, ont dégénéré en obligations naturelles. Il y en a d'autres qui sont imparfaites dès le début et qui naissent naturelles.

(1) On rencontre des difficultés de même nature en droit français ; car le Code civil n'a consacré incidemment qu'un seul article aux obligations naturelles (art. 1235).

§ I

Obligations naturelles par transformation.

Cette première classe est la moins nombreuse ; il nous suffira de citer les exemples suivants.

1° Le créancier institué héritier par son débiteur, et grevé d'un fidéicommis universel, voit sa créance s'éteindre par confusion, à la suite de son adition volontaire ou forcée. Mais il survit une obligation naturelle (L. 59, pr. D. *Ad senat. Trebell.*, 36-1).

2° Lorsqu'un mineur de vingt-cinq ans a obtenu du magistrat la *restitutio in integrum ob ætatem ;* on admet que, si l'obligation s'éteint civilement, l'incapable reste cependant encore tenu d'une obligation naturelle. Cette obligation peut en conséquence être garantie par des fidéjusseurs (L. 13, pr. D. *De minoribus*, 4-4. — *Conf.* C. C. art. 2012).

3° L'obligation civile se transforme encore en obligation naturelle à la suite d'événements judiciaires ou de vices de procédure qui épuisent ou éteignent le droit porté en justice. Il en est ainsi de la péremption d'instance après la *litis contestatio*, de la *plus-petitio*, des exceptions *procuratoria*, *litis dividuæ*, *litis residuæ*, et peut être aussi du bénéfice de compétence (*Gaius*, IV, 103-105. — *Suprà*, p. 762).

Quant à la prescription, c'est une question séculaire, et qui divise encore les auteurs, que celle de savoir si l'obligation prescrite ne subsiste pas au moins à titre d'obligation naturelle. L'affirmative nous paraît vraisemblable ; ainsi expliquerions-nous la survivance de l'action hypothécaire, alors que l'action personnelle est éteinte par l'expiration du délai de trente ans (L. 7, C. *De præsc. trig.*, 7-39. — *Suprà*, p. 858).

§ II

Obligations naturelles de naissance.

Parmi les obligations qui naissent naturelles, les moins intéressantes et les plus rares sanctionnent imparfaitement une dette morale que la loi n'a pas voulu consacrer tout à fait ; tel est le cas de l'affranchi qui fournit par erreur à son patron des *operæ* dont il se croyait tenu, et qu'on n'admet pas à les répéter (L. 26, § 12. D. *De cond. indeb.*, 12-6).

Mais, le plus souvent, la formation de ces obligations naturelles est due à quelque obstacle de droit qui les a empêchées de naître civiles. Or, cet obstacle peut tenir à trois causes diverses, ou au lien de puissance qui existe entre le créancier et le débiteur, ou à l'incapacité du débiteur, ou à l'inobservation des formes civiles.

Lien de puissance entre le créancier et le débiteur. — Abstraction faite de la théorie spéciale des pécules *castrense*, *quasi castrense* et *profectitium*, on sait déjà qu'entre deux personnes dont l'une est soumise à la puissance de l'autre, ou qui relèvent de la même puissance (*potestas dominica*, *patria*; *manus*, *mancipium*) les contrats n'engendrent pas d'obligations civiles (L. 11. D. *De judiciis*, 5-1).

Mais il en résulte au moins des obligations naturelles, dont les conséquences sont importantes dans les actions *de peculio* et *tributoria*. Les autres effets n'en sont d'ailleurs sensibles qu'après l'affranchissement de l'esclave ou l'émancipation du fils de famille. Tant que dure la *potestas*, ces obligations naturelles sont susceptibles de recevoir les garanties accessoires de la fidéjussion, du constitut, de l'hypothèque, si le chef de famille y joue le rôle de créancier; il en est autrement quand il y figure à titre de débiteur (*Gaius*, III, 119. — L. 38; L. 64, D. *De cond. indeb.*, 12-6).

Les délits entre personnes unies par le lien de puissance ne font pas naître non plus des obligations civiles; mais il est douteux qu'on doive même y voir une source d'obligations naturelles.

Incapacité du débiteur. — Le consentement des incapables a-t-il au moins la force de produire à leur charge une obligation naturelle? La négative est incontestable à l'égard des *infantes* et des fous, totalement dénués de volonté. L'affirmative prévaut au contraire pour les autres incapables.

1° *Esclave.* — Ainsi l'esclave, qui s'oblige civilement envers les *extranei* par ses délits, s'oblige naturellement envers le premier venu par ses contrats (L. 14, D. *De oblig. et act.*, 44-7. — *Inst.*, L. III, t. XX, *De fidejuss.*, § 1).

Cette obligation naturelle peut avoir tout de suite des conséquences pratiques, en ce sens qu'elle comporte une fidéjussion. Mais elle n'est efficace dans les rapports de l'esclave et du créancier qu'après l'affranchissement. Car, jusqu'à ce moment, l'esclave n'a pas de biens personnels et ne saurait la payer; en outre, son incapacité l'empêche de lui en substituer une autre plus efficace par le

moyen de la novation ou du constitut (*Gaius*, III, 119. — L. 19, § 4, D. *De donationibus*, 39-5).

2° *Fils de famille.* — En général, le fils de famille s'oblige civilement par les contrats qu'il passe avec les tiers. Cependant aux termes du sénatus-consulte Macédonien, le *filius-familias* qui emprunte de l'argent sans le consentement de son père n'est pas obligé *jure civili*; mais il reste tenu d'une obligation naturelle, ainsi que toutes les personnes qui interviennent pour lui. Il flotte néanmoins un nuage sur les effets qu'elle produit; peut-être faut-il lui attribuer plus ou moins d'énergie, suivant que le fils est devenu père de famille ou n'a pas changé de condition (L. 14, D. *De rebus creditis*, 12-1; L. 40, D. *De condict. indebiti*, 12-6; L. 9, § 1; L. 11; L. 20, D. *De senatus. Maced.*, 14-6).

3° *Pupille.* — Un pupille qui a dépassé l'*infantia* contracte *sine auctoritate tutoris*. S'est-il enrichi, il est passible d'une action jusqu'à concurrence de son profit. Dans le cas contraire, est-il au moins obligé naturellement? L'affirmative ne soulève aucun doute à l'époque de Justinien. Pour le droit classique, la question est discutée depuis les glossateurs. Mais, tout en avouant qu'il y eut controverse parmi les jurisconsultes romains, on doit tenir pour certain que la doctrine consacrée par Justinien prévalut de bonne heure, et qu'elle eut pour elle les princes de la science, Gaius, Pomponius, Marcien, Ulpien, Paul et Papinien (*Gaius*, III, 176. — L. 19, § 4, D. *De donationibus*, 39-5; L. 21, pr. D. *Ad legem Falcidiam*, 35-2; L. 44; L. 95, § 2, D. *De solutionibus*, 46-3. — *Inst.*, L. III, t. XXIX, *Quibus modis oblig. toll.*, § 3).

Cependant, pour sauvegarder le principe tutélaire de l'incapacité du pupille, il faut admettre que cette obligation naturelle ne valide jamais aucun acte d'exécution, volontaire ou forcé, de la part du pupille encore impubère; elle ne lui est opposable qu'à l'occasion de faits postérieurs à sa puberté. En attendant, on peut la considérer comme efficace à l'égard des tiers.

4° *Femme en tutelle.* — Dans l'ancien droit, la femme pubère *sui juris* qui contracte *sine tutore* s'oblige naturellement. Cette obligation n'était probablement nuisible qu'aux tiers qui l'avaient garantie, et non à la femme elle-même, lorsqu'elle se trouvait sous la tutelle d'un patron ou d'un ascendant qui en aurait souffert (*Gaius*, III, 119, 176).

Quant à la femme engagée contrairement au sénatus-consulte

Velléien, elle n'est tenue d'aucune obligation naturelle (L. 40, pr., D. *De condictione indebiti*, 12-6).

5° *Mineurs de vingt-cinq ans et prodigues-interdits.* — Les prodigues interdits, et les mineurs de vingt-cinq ans (dans la doctrine précédemment admise pour le dernier état du droit), ont une capacité pareille à celle du pupille. On est donc autorisé à leur appliquer les règles posées pour ce dernier (L. 25, D. *De fidujussoribus*, 46-1. — *Suprà*, p. 105, 107).

Inobservation des formes civiles. — Il est enfin des cas où l'obligation naturelle tient à l'inobservation des formes exigées pour constituer l'obligation civile.

Le principal de ces événements est le pacte nu ; car on sait déjà que les *pacta adjecta, prætoria vel legitima* ont fini par engendrer des actions. Quant au *pactum nudum*, c'est vainement qu'on a refusé d'y voir une source d'obligations naturelles. Les jurisconsultes romains expriment maintes fois l'idée que toute la valeur des pactes est dans l'équité ; or le principe fondamental en notre matière, c'est la proposition de Papinien, que l'équité soutient seule les obligations naturelles (L. 1, pr. D. *De pactis*, 2-14 ; L. 5, § 2 ; L. 95, § 4, D. *De solutionibus*, 46-3. — *Suprà*, p. 444).

Pour la même raison de l'inobservation des formes, il ne peut naître aussi que des obligations naturelles : 1° des stipulations *post mortem meam* ou *tuam*, *pridiè quàm moriar* ou *morieris ;* 2° des stipulations ou promesses faites par un pérégrin dans la forme *spondes spondeo*. A raison même du motif purement arbitraire et subtil qui leur faisait refuser la qualité d'obligations civiles, on doit penser que ces obligations naturelles produisaient tous les effets qu'il nous reste maintenant à déterminer (*Gaius*, III, 117, 119).

DEUXIÈME SECTION

EFFETS DES OBLIGATIONS NATURELLES.

Les effets de l'obligation naturelle sont variables et flottants. Les textes en indiquent plusieurs, sans les attacher tous ensemble à tous les cas. On peut donc les diviser en deux groupes : les uns se rencontrent nécessairement dans toutes les obligations naturelles, ce sont les effets *caractéristiques* ou essentiels ; les autres ne se rattachent qu'à certaines obligations naturelles seulement, on les qualifie d'effets *accidentels*.

§ I

Effets caractéristiques.

Les effets caractéristiques sont au nombre de deux :

1° Le premier effet essentiel est pour ainsi dire un effet *négatif*, l'obligation naturelle n'engendre pas d'action. Le *vinculum juris*, ainsi dépouillé de sa principale force, est assez imparfait pour expliquer la qualification d'*inutilis* ou *nulla* que les textes donnent souvent à l'obligation naturelle (L. 16, § 4, D. *De fidejuss.*, 46-1 ; L. 95, § 4, D. *De solut.*, 46-3).

2° Le second effet essentiel est *positif ;* l'obligation naturelle rend un payement possible. En d'autres termes, partout où la *condictio indebiti* manque à la personne qui a payé dans la croyance qu'on pouvait la poursuivre, et partout où la personne qui a payé en connaissance de cause ne fait pas une donation, il y a une obligation naturelle. C'en est là le *criterium* direct et la pierre de touche (L. 1, § 17, D. *Ad legem Falcid.*, 35-2 ; L. 16, § 4, D. *De fidejuss.*, 46-1 ; L. 94, § 3, D. *De solut.*, 46-3. — *Conf.*, C. C. art. 1235-2°).

§ II

Effets accidentels.

Aux effets caractéristiques et pour ainsi dire inséparables de l'obligation naturelle, il peut s'en joindre de moins ordinaires. Les textes signalent tantôt l'un, tantôt l'autre.

1° Ainsi, dès l'instant qu'on admet la possibité du payement, il faut en dire presque toujours autant des opérations ou garanties qui ont pour objet de l'assurer, telles que la fidéjussion, le constitut, l'hypothèque, le gage, etc. (L. 7 ; L. 8, § 2, D. *De fidejuss.*, 46-1 ; L. 1 § 7, D. *De pecun. const.*, 13-5 ; L. 5, pr. D, *De pignoribus et hypothecis*, 20-1. — L. 19, C. *Ad legem Falcid.*, 6-50).

2° L'obligation naturelle devient souvent le support d'une *adstipulatio ;* l'action refusée au créancier est alors accordée à l'*adstipulator*. De même, l'obligation naturelle donne un fondement valable à la novation, et suffit même à nover une obligation civile (L. 1, § 1, D. *De novationibus*, 46-2).

3° L'obligation naturelle peut quelquefois engendrer au profit du créancier le droit de rétention (L. 51, D. *De condict. indebit.*, 12-6).

4° Enfin, la conséquence la plus grave, mais probablement la plus rare, de l'obligation naturelle, c'est qu'elle peut servir de cause à la compensation (L. 6, D. *De compensationibus*, 16-2. — *Contrà*, C. C. art. 1291) (1).

Conclusion. — En résumé, la possibilité du payement et de la compensation aboutit à donner au créancier la faculté de se prévaloir de l'obligation naturelle par voie de rétention ; c'est l'explication du droit de préférence reconnu au père de famille dans l'action *de peculio* (*suprà*, p. 862). Accompagnée d'une *adstipulatio*, d'une sûreté, ou suivie d'une novation, l'obligation naturelle est la cause indirecte d'une action.

S'il fallait attacher toujours l'ensemble de ces divers effets à toutes les obligations naturelles, il serait exact de dire qu'elles n'ont d'autre infériorité sur l'obligation civile que le défaut d'action. Mais, à l'exception de la possibilité du payement, les autres conséquences n'ont rien de fixe et se groupent plus ou moins nombreuses autour de chaque hypothèse. Bien mieux, pour une même obligation naturelle, la concession de tel ou tel effet dépend des circonstances et des personnes. Il n'y a donc pas de règles générales, et les textes ne fournissent aucun moyen d'en établir.

Par conséquent, puisque ces obligations naturelles se présentent à des degrès divers d'énergie, on n'en saurait donner qu'une définition large et flexible. Ce sont des obligations dont le payement, non exigible par voie d'action, échappe à la *condictio indebiti* quand il est fait volontairement, et qui peuvent produire telles ou telles autres conséquences juridiques suivant les cas.

En un mot, l'obligation naturelle est une obligation civile plus ou moins imparfaite.

(1) Il faut encore remarquer que l'obligation naturelle s'éteint *ipso jure* par un simple pacte (L. 95, § 4, D, *De solut.*, 46-3. — *Suprà*, p. 443).



FIN.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉLIMINAIRES. — DÉFINITION ET DIVISIONS DU DROIT ROMAIN..... 1

PREMIÈRE PARTIE. — THÉORIE DES PERSONNES..... 6

Première division. — Personnes esclaves ou libres..... 7

CHAP. I. — Esclaves..... 8

Première section. — Constitution de l'esclavage..... 8
Deuxième section. — Condition des esclaves..... 11

CHAP. II. — Hommes libres..... 15

Première section. — Ingénus et affranchis..... 15
Appendice. — Colonat..... 27
Deuxième section. — Citoyens et non citoyens..... 29

Deuxième division. — Personnes *sui juris vel alieni juris*..... 32

CHAP. III. — Puissance paternelle..... 33
CHAP. IV. — Du mariage..... 38

Première section. — Conditions d'aptitude au mariage..... 39
Deuxième section. — Formation et preuve du mariage..... 45
Troisième section. — Effets du mariage..... 47
Quatrième section. — Dissolution du mariage..... 50
Appendice. — Unions légales autres que le mariage..... 53

CHAP. V. — Légitimation..... 56
CHAP. VI. — Adoption..... 60

Première section. — Adoption régulière..... 61
Deuxième section. — Adoption irrégulière..... 68

CHAP. VII. — Dissolution de la puissance paternelle..... 70
CHAP. VIII. — *Manus et mancipium*..... 74
CHAP. IX. — De la tutelle et de la curatelle en général..... 78
CHAP. X. — Tutelle des impubères..... 80

Première section. — Désignation du tuteur..... 80
Deuxième section. —Fonctions du tuteur..... 89
Troisième section. —Fin de la tutelle..... 97

CHAP. XI. — Tutelle des femmes pubères..... 101
CHAP. XII. — Curatelle..... 104
CHAP. XIII. — Règles communes à la tutelle et à la curatelle (garanties, incapacités ou excuses, exclusion ou destitution)..... 109
CHAP. XIV. — Causes d'extinction ou de transformation de la personnalité juridique (*capitis deminutio*)..... 116

DEUXIÈME PARTIE. — THÉORIE DES CHOSES..... 121

CHAP. I. — Définitions et divisions des choses..... 121
Première section. — Division tirée du rapport des choses avec les personnes (*choses in commercio, extra commercium*)..... 122
Deuxième section. — Divisions tirées de la nature des choses, (*choses corporelles, incorporelles, meubles, immeubles*)..... 131
Troisième section. — Division fondée sur une disposition de la loi (*res mancipi et nec mancipi*)..... 134
CHAP. II. — Définitions et divisions des droits..... 136

Première division. — Droits réels..... 139

CHAP. III. — Propriété..... 140
Première section. — Propriété quiritaire..... 140
Deuxième section. — Propriété prétorienne (*in bonis*)..... 144
CHAP. IV. — Possession..... 147
CHAP. V. — Occupation..... 153
CHAP. VI. — Tradition..... 156
CHAP. VII. — *Mancipatio, in jure cessio, lex*..... 162
CHAP. VIII. — Usucapion..... 168
Première section. — Usucapion classique..... 169
Deuxième section. — *Longi temporis præscriptio*..... 178
Troisième section. — Usucapion de Justinien..... 179
CHAP. IX. — Accession..... 183
Première section. — Accession naturelle..... 184
Deuxième section. — Accession artificielle..... 187
CHAP. X. — Servitudes..... 197
Première section. — Servitudes prédiales..... 199
Deuxième section. — Servitudes personnelles..... 211
CHAP. XI. — Pouvoir d'aliéner et d'acquérir les droits réels..... 221
CHAP. XII. — Donations..... 227
Première section. — Notions générales sur les donations..... 227
Deuxième section. — Donations entre vifs..... 229
Troisième section. — Donations à cause de mort..... 237
Quatrième section. — Donations entre époux..... 240
CHAP. XIII. — De la dot et des donations *propter nuptias*..... 242

Deuxième division. — Obligations..... 2
CHAP. XIV. — Caractères essentiels, divisions et sources des obligations..... 254

CHAP. XV. — Notions générales sur les contrats..... 258
CHAP. XVI. — Contrats verbaux. — Formes et conséquences générales de la stipulation..... 264
CHAP. XVII. — Éléments essentiels de la stipulation. — Contrats inutiles. 267

Première section. — Nullité qui tient à la capacité..... 268
Deuxième section. — Nullité qui tient au consentement..... 274
Troisième section. — Nullité qui tient à l'objet..... 277
Quatrième section. — Nullité qui tient à la *causa civilis*..... 286

Appendice. — Preuve de la stipulation..... 288

CHAP. XVIII. — Eléments accidentels de la stipulation..... 289

Première section. — Modalités (*terme*, *condition*, *stipulatio pœnæ*).. 289
Deuxième section. — Concours de plusieurs parties principales. Corréalité, solidarité..... 308
Troisième section. — Concours de plusieurs parties principales et accessoires (*adstipulatio*, *adpromissio*, *fidéjussion*)..... 321

Appendice. — *Fidejussio indemnitatis. Mandatum pecuniæ credendæ.* 337

CHAP. XIX. — Division des stipulations..... 342

Appendice. — Contrats verbaux autres que la stipulation..... 346

CHAP. XX. — Contrat *litteris*..... 348
CHAP. XXI. — Contrats réels. — *Mutuum*..... 355
CHAP. XXII. Commodat (*précaire*)..... 362
CHAP. XXIII. — Dépôt (*séquestre*)..... 368
CHAP. XXIV. — Gage..... 373
CHAP. XXV. — Contrats consensuels. — Vente..... 379

Première section. — Éléments constitutifs de la vente..... 379
Deuxième section. — Effets de la vente..... 384

§ I. — Obligations du vendeur..... 384
§ II. — Obligations de l'acheteur..... 393

Troisième section. Modalités principales de la vente..... 394
Quatrième section. — Risques dans la vente..... 401

Appendice. — Rescision de la vente pour lésion..... 404

CHAP. XXVI. — Louage..... 405

§ I. — Notions générales sur le louage..... 406
§ II. — Louage de choses..... 407
§ III. — Louage de services..... 412
§ IV. — Louage d'ouvrage..... 414
§ V. — Superficie et Emphyteose..... 415

CHAP. XXVII. — Société..... 418
CHAP. XXVIII. — Mandat..... 430
CHAP. XXIX. — Extension de la théorie des contrats. — Pactes. — Contrats innomés..... 442

Première section. — Pactes..... 443

§ I. — *Pacta nuda*..... 444
§ II. — *Pacta adjecta*..... 445

Deuxième section. — Contrats innomós..... 449

CHAP. XXX. — Deuxième source des obligations. — Quasi-contrats.. 455

Première section. — Indivision..... 456
Deuxième section. — Gestion d'affaires..... 459
Troisième section. — Payement de l'indu..... 463

CHAP. XXXI. — Théorie des fautes dans les contrats et quasi-contrats. 468
CHAP. XXXII. — Troisième source des obligations. — Délits..... 474

Première section. — *Furtum*..... 476
Denxième section. — *Rapina*..... 487
Troisième section. — Iojure..... 489
Quatrième section. — *Damnum legis Aquiliæ*..... 494

CHAP. XXXIII. — Quatrième source des obligations. — Quasi-délits.. 500
CHAP. XXXIV. — Notions générales sur l'extinction des obligations... 502
CHAP. XXXV. — Modes généraux d'extinction des obligations..... 504

Première section. — Payement..... 504
Deuxième section. — Novation..... 510
Troisième section. — Autres modes généraux d'extinction des obligations..... 519

CHAP. XXXVI. — Modes spéciaux d'extinction des obligations..... 521

Première section. — Acceptilation..... 522
Deuxième section. — *Coutrarius consensus*..... 530
Troisième section. — Perte de la chose due. — Demeure..... 532

CHAP. XXXVII. — Acquisition et transmission des obligations..... 536

Première section. — Acquisition des créances..... 536
Deuxième section. — Transmission des obligations. — Cession de créances..... 537

Troisième division. — Modes d'acquérir *per universitatem*..... 544

CHAP. XXXVIII. — Notions générales sur les successions..... 544
CHAP. XXXIX. — Définition et conditions extrinsèques du testament.. 547
CPAP. XL. — Capacité du testateur..... 558
CHAP. XLI. — Capacité de l'institué..... 562

§ I. — *Factio testamenti passive*..... 562
§ II. — Règles propres à l'institution des esclaves..... 564
§ III. — *Jus capiendi*..... 568

CHAP. XLII. — Mesures prises pour assurer l'hérédité à certaines personnes..... 569

Première section. — De l'institution ou de l'exhérédatiou des *sui heredes*..... 569
Deuxième section. — Plainte d'inofficiosité..... 578

Appendice. — Extension de la plainte d'inofficiosité aux donations.. 589

CHAP. XLIII. — Causes qui annulent un testament régulier..... 591
CHAP. XLIV. — Acquisition ou répudiation de l'hérédité. — Classification des héritiers..... 596

Première section. — Héritiers nécessaires (*jus separationis*)..... 597
Deuxième section. — Héritiers siens et nécessaires (*jus abstinendi*). 599
Troisième section. — Héritiers externes ou volontaires (*adition d'hérédité. Séparation des patrimoines. Bénéfice d'inventaire*)... 601
Quatrième section. — Répartition de l'hérédité entre les institués (*partage*)..... 610

CHAP. XLV. — Substitutions..... 613

§ I. — Substitution vulgaire..... 614
§ II. — Substitution pupillaire..... 617
§ III. — Substitution exemplaire ou quasi-pupillaire..... 621

CHAP. XLVI. — Charges imposées par le testateur à l'héritier..... 623

Première section. — Théorie des legs..... 624
Deuxième section. — Fidéicommis..... 656
Troisième section. — Parallèle des legs et des fidéicommis..... 663

CHAP. XLVII. — Codicilles..... 665
CHAP. XLVIII. — Droit d'accroissement..... 667

Première section. — Théorie de l'accroissement dans l'ancien droit romain..... 667
Deuxième section. — Lois caducaires..... 671
Troisième section. — Accroissement dans le droit de Justinien..... 677

Appendice. — Particularités du legs d'usufruit..... 678

CHAP. XLIX. — Testaments militaires..... 680
CHAP. L. — Successions *ab intestat* ou légitimes..... 683
CHAP. LI. — Succession aux ingénus..... 687

Première section. — Système des Douze Tables..... 687
Deuxième section. — Système prétorien (théorie des *bonorum possessiones*)..... 691
Troisième section. — Législation impériale..... 708

Appendice. — Succession laissée par un fils de famille ou par un émancipé..... 710

CHAP. LII. — Succession aux affranchis..... 712

Appendice. — *Adsignatio libertorum*..... 718

CHAP. LIII. — Tableau final de la succession légitime avant et après la Novelle 118..... 719
CHAP. LIV. — Indication rapide des autres modes d'acquérir *per universitatem*..... 724

TROISIÈME PARTIE. — THÉORIE DES ACTIONS..... 729

CHAP. I. — Notions générales sur les actions..... 729
CHAP. II. — Aperçu rapide sur l'organisation judiciaire et la compétence en matière civile..... 731

§ I. — Caractères généraux du pouvoir judiciaire..... 731
§ II. — Compétence..... 735

CHAP. III. — Notions générales sur les trois systèmes de procédure civile..... 738

CHAP. IV. — Système des actions de la loi..... 740

§ I. — Règles communes à toutes les actions de la loi..... 740
§ II. — Étude spéciale de chaque action de la loi..... 742

CHAP. V. — Système formulaire..... 750

§ I. — Origine et caractères distinctifs du système formulaire.... 750
§ II. — Procédure *in jure* sous le système des formules..... 753
§ III. — De la formule et de ses parties..... 755
§ IV. — *Litis contestatio*..... 759
§ V. — Procédure *in judicio*. — Sentence et voies d'exécution... 765

CHAP. VI. — Système extraordinaire..... 769
CHAP. VII. — Voies de recours sous les trois systèmes de procédure.. 771
CHAP. VIII. — Classification générale des actions. Première division, *in rem et in personam*..... 775
CHAP. IX. — Actions *in rem civiles*. — Revendication..... 779
CHAP. X. — Actions confessoire et négatoire..... 784
CHAP. XI. — Pétition d'hérédité..... 786

Actions *in rem* prétoriennes..... 789

CHAP. XII. — Action Publicienne..... 790
CHAP. XIII. — Action rescisoire..... 795
CHAP. XIV. — Action Paulienne..... 797
CHAP. XV. — Action Servienne et quasi-Servienne. — Théorie générale de l'hypothèque..... 802
CHAP. XVI. — Actions *in personam* civiles et prétoriennes..... 817

§ I. — Théorie du pacte de constitut..... 818
§ II. — Étude du serment..... 822

CHAP. XVII. — Actions mixtes *tam in rem quam in personam*..... 825
CHAP. XVIII. — Actions préjudicielles..... 829

§ I. — *Præjudicia* relatifs à un intérêt pécuniaire..... 830
§ II. — *Præjudicia* relatifs à l'état des personnes..... 831

CHAP. XIX. — Deuxième division des actions, *rei persecutoriæ, pœnales, mixtæ*..... 834
CHAP. XX. — Troisième division des actions, *in simplum, in duplum, in triplum*, etc..... 837
CHAP. XXI. — Quatrième division des actions, arbitraires, *stricti juris, bonæ fidei*..... 840

Première section. — Actions arbitraires..... 840
Deuxième section. — Actions de droit strict et de bonne foi..... 848

CHAP. XXII. — Cinquième division des actions, perpétuelles, temporaires..... 854
CHAP. XXIII. — Actions *adjectitiæ qualitatis et noxales*..... 858

Première section. — Actions *adjectitiæ qualitatis*..... 859
Deuxième section. — Actions *noxales*..... 864

CHAP. XXIV. — Inexactitudes dans la demande..... 869

§ I. — *Plus-petitio*..... 869

§ II. — *Minus petitio*..... 872
§ III. — *Aliud pro alio*..... 873

CHAP. XXV. — Condamnations inférieures à la demande..... 873

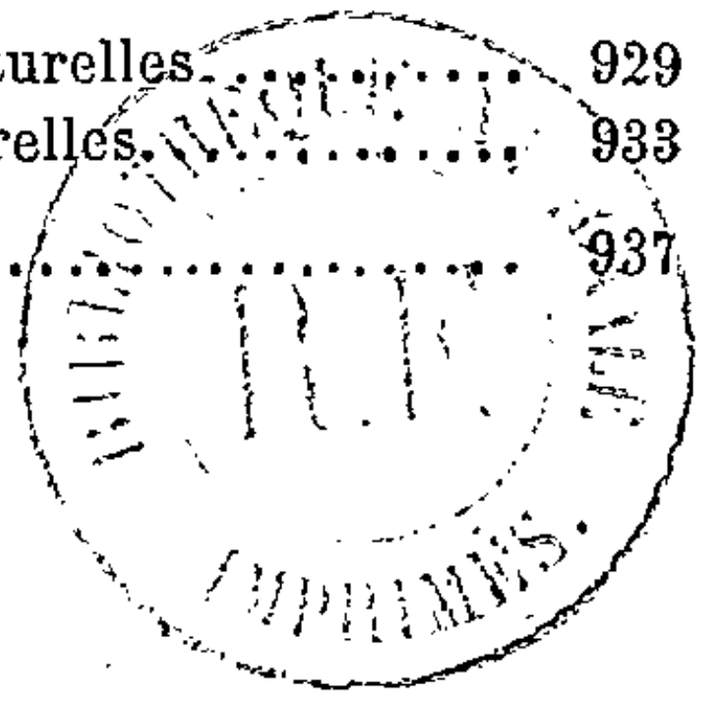
§ I. — Compensation..... 874
§ II. — Bénéfice de compétence..... 880
§ III. — Cession de biens..... 882

CHAP. XXVI. — Des plaideurs et de la représentation en justice..... 883
CHAP. XXVII. — Des sûretés à fournir en justice..... 888
CHAP. XXVIII. — Exceptions..... 890
CHAP. XXIX. — Interdits..... 905
CHAP. XXX. — *Restitutiones in integrum*..... 922
CHAP. XXXI. — Mesures contre les plaideurs téméraires..... 927

APPENDICE FINAL. — Théorie des obligations naturelles..... 928

Première section. — Sources des obligations naturelles..... 929
Deuxième section. — Effets des obligations naturelles..... 933

TABLE DES MATIÈRES..... 937



FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

4282-80. — CORBEIL, Imprimerie CRÉTÉ.

PRELIMINAIRES. - DEFINITION ET DIVISIONS DU DROIT ROMAIN
PREMIERE PARTIE. - THEORIE DES PERSONNES
Première division. - Personnes esclaves ou libres
CHAP. I. - Esclaves
Première section. - Constitution de l'esclavage
Deuxième section. - Condition des esclaves
CHAP. II. - Hommes libres
Première section. - Ingénus et affranchis
Appendice. - Colonat
Deuxième section. - Citoyens et non citoyens
Deuxième division. - Personnes *sui juris vel alieni juris*
CHAP. III. - Puissance paternelle
CHAP. IV. - Du mariage
Première section. - Conditions d'aptitude au mariage
Deuxième section. - Formation et preuve du mariage
Troisième section. - Effets du mariage
Quatrième section. - Dissolution du mariage
Appendice. - Unions légales autres que le mariage
CHAP. V. - Légitimation
CHAP. VI. - Adoption
Première section. - Adoption régulière
Deuxième section. - Adoption irrégulière
CHAP. VII. - Dissolution de la puissance paternelle
CHAP. VIII. - *Manus et mancipium*
CHAP. IX. - De la tutelle et de la curatelle en général
CHAP. X. - Tutelle des impubères
Première section. - Désignation du tuteur
Deuxième section. - Fonctions du tuteur
Troisième section. - Fin de la tutelle
CHAP. XI. - Tutelle des femmes pubères
CHAP. XII. - Curatelle
CHAP. XIII. - Règles communes à la tutelle et à la curatelle (garanties, incapacités ou excuses, exclusion ou destitution)
CHAP. XIV. - Causes d'extinction ou de transformation de la personnalité juridique *(capitis deminutio)*
DEUXIEME PARTIE. - THEORIE DES CHOSES
CHAP. I. - Définitions et divisions des choses
Première section. - Division tirée du rapport des choses avec les personnes *(choses in commercio, extra commercium)*
Deuxième section. - Divisions tirées de la nature des choses, *(choses corporelles, incorporelles, meubles, immeubles)*
Troisième section. - Division fondée sur une disposition de la loi *(res mancipi et nec mancipi)*
CHAP. II. - Définitions et divisions des droits
Première division. - Droits réels
CHAP. III. - Propriété
Première section. - Propriété quiritaire
Deuxième section. - Propriété prétorienne *(in bonis)*
CHAP. IV. - Possession
CHAP. V. - Occupation
CHAP. VI. - Tradition
CHAP. VII. - *Mancipatio, in jure cessio, lex*
CHAP. VIII. - Usucapion
Première section. - Usucapion classique
Deuxième section. - Longi temporis praescriptio
Troisième section. - Usucapion de Justinien
CHAP. IX. - Accession
Première section. - Accession naturelle
Deuxième section. - Accession artificielle
CHAP. X. - Servitudes
Première section. - Servitudes prédiales
Deuxième section. - Servitudes personnelles
CHAP. XI. - Pouvoir d'aliéner et d'acquérir les droits réels
CHAP. XII. - Donations
Première section. - Notions générales sur les donations
Deuxième section. - Donations entre vifs
Troisième section. - Donations à cause de mort
Quatrième section. - Donations entre époux
CHAP. XIII. - De la dot et des donations *propter nuptias*
Deuxième division. - Obligations
CHAP. XIV. - Caractères essentiels, divisions et sources des obligations
CHAP. XV. - Notions générales sur les contrats
CHAP. XVI. - Contrats verbaux. - Formes et conséquences générales de la stipulation
CHAP. XVII. - Eléments essentiels de la stipulation. - Contrats inutiles
Première section. - Nullité qui tient à la capacité
Deuxième section. - Nullité qui tient au consentement
Troisième section. - Nullité qui tient à l'objet
Quatrième section. - Nullité qui tient à la *causa civilis*
Appendice. - Preuve de la stipulation
CHAP. XVIII. - Eléments accidentels de la stipulation
Première section. - Modalités *(terme, condition, stipulatio poenae)*
Deuxième section. - Concours de plusieurs parties principales. Corréalité, solidarité
Troisième section. - Concours de plusieurs parties principales et accessoires *(adstipulatio, adpromissio, fidéjussion)*
Appendice. - Fidejussio indemnitatis. Mandatum pecuniae credendae
CHAP. XIX. - Division des stipulations
Appendice. - Contrats verbaux autres que la stipulation
CHAP. XX. - Contrat *litteris*
CHAP. XXI. - Contrats réels. - *Mutuum*
CHAP. XXII. Commodat *(précaire)*
CHAP. XXIII. - Dépôt *(séquestre)*
CHAP. XXIV. - Gage
CHAP. XXV. - Contrats consensuels. - Vente
Première section. - Eléments constitutifs de la vente
Deuxième section. - Effets de la vente
§ I. - Obligations du vendeur
§ II. - Obligations de l'acheteur
Troisième section. Modalités principales de la vente
Quatrième section. - Risques dans la vente
Appendice. - Rescision de la vente pour lésion
CHAP. XXVI. - Louage
§ I. - Notions générales sur le louage
§ II. - Louage de choses
§ III. - Louage de services
§ IV. - Louage d'ouvrage
§ V. - Superficie et Emphyteose
CHAP. XXVII. - Société
CHAP. XXVIII. - Mandat
CHAP. XXIX. - Extension de la théorie des contrats. - Pactes. - Contrats innomés
Première section. - Pactes
§ I. - *Pacta nuda*
§ II. - *Pacta adjecta*
Deuxième section. - Contrats innomés
CHAP. XXX. - Deuxième source des obligations. - Quasi-contrats

Première section. - Indivision
Deuxième section. - Gestion d'affaires
Troisième section. - Payement de l'indu
CHAP. XXXI. - Théorie des fautes dans les contrats et quasi-contrats
CHAP. XXXII. - Troisième source des obligations. - Délits
Première section. - Furtum
Denxième section. - Rapina
Troisième section. - Iojure
Quatrième section. - Damnum legis Aquiliae
CHAP. XXXIII. - Quatrième source des obligations. - Quasi-délits
CHAP. XXXIV. - Notions générales sur l'extinction des obligations
CHAP. XXXV. - Modes généraux d'extinction des obligations
Première section. - Payement
Deuxième section. - Novation
Troisième section. - Autres modes généraux d'extinction des obligations
CHAP. XXXVI. - Modes spéciaux d'extinction des obligations
Première section. - Acceptilation
Deuxième section. - Contrarius consensus
Troisième section. - Perte de la chose due. - Demeure
CHAP. XXXVII. - Acquisition et transmission des obligations
Première section. - Acquisition des créances
Deuxième section. - Transmission des obligations. - Cession de créances
Troisième division. - Modes d'acquérir *per universitatem*
CHAP. XXXVIII. - Notions générales sur les successions
CHAP. XXXIX. - Définition et conditions extrinsèques du testament
CPAP. XL. - Capacité du testateur
CHAP. XLI. - Capacité de l'institué
§ I. - *Factio testamenti passive*
§ II. - Règles propres à l'institution des esclaves
§ III. - *Jus capiendi*
CHAP. XLII. - Mesures prises pour assurer l'hérédité à certaines personnes
Première section. - De l'institution ou de l'exhérédatiou des *sui heredes*
Deuxième section. - Plainte d'inofficiosité
Appendice. - Extension de la plainte d'inofficiosité aux donations
CHAP. XLIII. - Causes qui annulent un testament régulier
CHAP. XLIV. - Acquisition ou répudiation de l'hérédité. - Classification des héritiers
Première section. - Héritiers nécessaires *(jus separationis)*
Deuxième section. - Héritiers siens et nécessaires *(jus abstinendi)*
Troisième section. - Héritiers externes ou volontaires *(adition d'hérédité. Séparation des patrimoines. Bénéfice d'inventaire)*
Quatrième section. - Répartition de l'hérédité entre les institués *(partage)*
CHAP. XLV. - Substitutions
§ I. - Substitution vulgaire
§ II. - Substitution pupillaire
§ III. - Substitution exemplaire ou quasi-pupillaire
CHAP. XLVI. - Charges imposées par le testateur à l'héritier
Première section. - Théorie des legs
Deuxième section. - Fidéicommis
Troisième section. - Parallèle des legs et des fidéicommis
CHAP. XLVII. - Codicilles
CHAP. XLVIII. - Droit d'accroissement
Première section. - Théorie de l'accroissement dans l'ancien droit romain
Deuxième section. - Lois caducaires
Troisième section. - Accroissement dans le droit de Justinien
Appendice. - Particularités du legs d'usufruit
CHAP. XLIX. - Testaments militaires
CHAP. L. - Successions *ab intestat* ou légitimes
CHAP. LI. - Succession aux ingénus
Première section. - Système des Douze Tables
Deuxième section. - Système prétorien (théorie des *bonorum possessiones*)
Troisième section. - Législation impériale
Appendice. - Succession laissée par un fils de famille ou par un émancipé
CHAP. LII. - Succession aux affranchis
Appendice. - Adsignatio libertorum
CHAP. LIII. - Tableau final de la succession légitime avant et après la Novelle 118
CHAP. LIV. - Indication rapide des autres modes d'acquérir *per universitatem*
TROISIEME PARTIE. - THEORIE DES ACTIONS
CHAP. I. - Notions générales sur les actions
CHAP. II. - Aperçu rapide sur l'organisation judiciaire et la compétence en matière civile
§ I. - Caractères généraux du pouvoir judiciaire
§ II. - Compétence
CHAP. III. - Notions générales sur les trois systèmes de procédure civile
CHAP. IV. - Système des actions de la loi
§ I. - Règles communes à toutes les actions de la loi
§ II. - Etude spéciale de chaque action de la loi
CHAP. V. - Système formulaire
§ I. - Origine et caractères distinctifs du système formulaire
§ II. - Procédure *in jure* sous le système des formules
§ III. - De la formule et de ses parties
§ IV. - *Litis contestatio*
§ V. - Procédure *in judicio.* - Sentence et voies d'exécution
CHAP. VI. - Système extraordinaire
CHAP. VII. - Voies de recours sous les trois systèmes de procédure
CHAP. VIII. - Classification générale des actions. Première division, *in rem et in personam*
CHAP. IX. - Actions *in rem civiles.* - Revendication
CHAP. X. - Actions confessoire et négatoire
CHAP. XI. - Pétition d'hérédité
Actions *in rem* prétoriennes
CHAP. XII. - Action Publicienne
CHAP. XIII. - Action rescisoire
CHAP. XIV. - Action Paulienne
CHAP. XV. - Action Servienne et quasi-Servienne. - Théorie générale de l'hypothèque
CHAP. XVI. - Actions *in personam* civiles et prétoriennes
§ I. - Théorie du pacte de constitut
§ II. - Etude du serment
CHAP. XVII. - Actions mixtes *tam in rem quam in personam*
CHAP. XVIII. - Actions préjudicielles
§ I. - *Praejudicia* relatifs à un intérêt pécuniaire
§ II. - *Praejudicia* relatifs à l'état des personnes
CHAP. XIX. - Deuxième division des actions, *rei persecutorioe, poenales, mixtoe*
CHAP. XX. - Troisième division des actions, *in simplum, in duplum, in triplum,* etc
CHAP. XXI. - Quatrième division des actions, arbitraires, *stricti juris, bonae fidei*
Première section. - Actions arbitraires
Deuxième section. - Actions de droit strict et de bonne foi
CHAP. XXII. - Cinquième division des actions, perpétuelles, temporaires
CHAP. XXIII. - Actions *adjectitiae qualitatis et noxales*
Première section. - Actions *adjectitiae qualitatis*
Deuxième section. - Actions noxales
CHAP. XXIV. - Inexactitudes dans la demande

§ I. - *Plus-petitio*
§ II. - *Minus petitio*
§ III. - *Aliud pro alio*
CHAP. XXV. - Condamnations inférieures à la demande
§ I. - Compensation
§ II. - Bénéfice de compétence
§ III. - Cession de biens
CHAP. XXVI. - Des plaideurs et de la représentation en justice
CHAP. XXVII. - Des sûretés à fournir en justice
CHAP. XXVIII. - Exceptions
CHAP. XXIX. - Interdits
CHAP. XXX. - *Restitutiones in integrum*
CHAP. XXXI. - Mesures contre les plaideurs téméraires
APPENDICE FINAL. - Théorie des obligations naturelles
Première section. - Sources des obligations naturelles
Deuxième section. - Effets des obligations naturelles
TABLE DES MATIERES
FIN DE LA TABLE DES MATIERES.