Les obligations en droit romain / par P. Van Wetter,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Van Wetter, Polynice Alfred Henri (1844-1925). Les obligations en droit romain / par P. Van Wetter,.... 1883-1886.

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

LES

OBLIGATIONS EN DROIT ROMAIN.

8° F
332

Déposé conformément à la loi.

LES

OBLIGATIONS

EN

DROIT ROMAIN,

ACADEMIE
N° 94.860

PAR

P. VAN WETTER,

PROFESSEUR ORDINAIRE A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

TOME TROISIÈME.

GAND,
AD. HOSTE, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
rue des Champs, 49.

PARIS,
A. DURAND et PEDONE-LAURIEL,
rue Cujas, 9.

1886.

GAND, IMP. C. ANNOOT-BRAECKMAN, AD. HOSTE, SUCCr.

IX. Du mandat.

I. 3, 26, *de mandato*. — D. 17, 1, *mandati vel contra*. — C. 4, 35, *mandati*.

Heimbach (G. E.), *Weiske's Rechtslexikon* VII, p. 12-62, Leipzig, 1847.

§ 134. *Notion et conditions.*

Le mandat (*mandatum*(1)) est le contrat par lequel une personne s'oblige à gérer gratuitement l'affaire d'une autre personne. Les Romains le considéraient comme un acte d'obligeance, comme un service de la part du mandataire; il avait son fondement dans les liens d'amitié existant entre parties(2). Le mandant s'appelle *man-*

(1) De *manum dare*. Ces mots semblent devoir être entendus dans le sens de ' donner pouvoir ', *manus* équivalant à *potestas* (Maynz, II, § 220 initio). On a aussi voulu leur attribuer la signification de ' confier une affaire aux mains d'autrui ' (Unterholzner, cité, II, § 618, note a initio) ou bien y voir une allusion à une poignée de mains que se seraient donnée primitivement le mandant et le mandataire lors de la conclusion du contrat (arg. Plaute, *Captiv*. II, 3, v. 82-86, et Isidore, *Origines* V, 24 i. f., et en ce sens Ortolan, III, n° 1553 initio). Cf. Schilling, III, § 318, note b initio.

Le mot *mandatum* désigne encore l'acte unilatéral par lequel on charge quelqu'un de gérer gratuitement une affaire; ainsi s'expliquent les expressions *mandatum dare* (D. *h. t.*, L. 36, § 2 i. f.) et *mandatum suscipere* (I. *h. t.*, § 11 initio; D. *h. t.*, L. 22, § 11 initio, L. 27, § 2 initio, L. 36, § 2 i. f.).

(2) D. *h. t.*, L. 1, § 4 initio; Cicéron, *pro Roscio Amerino* 39. Par là le mandat

dans(3), *mandator*(4) ou *dominus*(5) et le mandataire *procurator*(6); le mot *mandatarius* est d'origine moderne(7). Le mandat suppose le concours des conditions suivantes :

I. Les deux parties doivent être capables de s'obliger; car le mandat est un contrat synallagmatique imparfait(8).

se séparait de l'ordre (*jussum*) que le chef de famille donnait à ses esclaves ou à ses enfants sous puissance. UNTERHOLZNER, cité, II, § 618, note a.

(3) I. *h. t.*, § 1 initio et 2 initio; D. *h. t.*, L. 3, pr., L. 5, § 5 initio.

(4) surtout lorsque le mandat intervient dans l'intérêt d'un tiers (D. 46, 1, *de fidejussoribus et mandatoribus;* C. 8, 40 (41, édition Kriegel), *eod.;* cf. ci-dessus T. 1, § 36), rarement à l'occasion d'un autre mandat (voyez cependant les I. *h. t.*, § 11, et le D. *h. t.*, L. 22, § 11, L. 46, L. 49).

(5) D. *h. t.*, L. 6, § 6 initio, L. 7, L. 10, § 5 initio et 10 i. f. On rencontre encore la circonlocution *is qui mandavit* (I. *h. t.*, § 10 initio; D. *h. t.*, L. 8, § 6 initio, L. 12, § 17 i. f., L. 41 i. f., L. 53).

(6) principalement dans le cas d'un mandat *ad litem* (I. 4, 10, *de his per quos ag. poss.*, § 1 i. f.; D. *h. t.*, L. 8, pr., § 1 et 3 i. f.; D. 3, 3, *de procur. et defensor.;* C. 2, 12 (13, édition Kriegel), *de procur.*), mais assez souvent aussi lorsqu'il s'agit d'un autre mandat (D. 3, 3, *de procur.*, L. 1, pr.; D. 46, 7, *judic. solvi*, L. 3, § 2; D. *h. t.*, L. 6, § 6 initio, L. 10, pr. initio, § 3, 5 initio, 7, 8 initio et 10 initio).

On nomme de préférence *actores* ou *syndici* les administrateurs publics (D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 1, § 1 i. f., L. 2 initio, L. 6, § 1 i. f., 2 initio et 3, L. 10. Cf. D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 25 (L. 26, édition Kriegel)), et *actores* ou *adjutores* des représentants spéciaux institués parfois à côté des tuteurs ou curateurs (I. 1, 23, *de curat.*, § 6; D. 26, 7, *de admin. et peric. tut. et curat.*, L. 24, pr., L 32, § 7. — D. 26, 1, *de tut.*, L. 13, § 1).

(7) Fort souvent nos sources désignent le mandataire par les périphrases *is cui mandatum est* ou *is qui mandatum suscepit* (I. *h. t.*, § 10 initio; D. *h. t.*, L. 12, § 7 et 17 initio, L. 27, § 2 initio et 3 initio; D. 46, 3, *de solut.*, L. 12, pr.).

(8) Cf. ci-dessus T. II, § 87.

Des incapacités spéciales frappent les décurions (C. 4, 65, *de loc.*, L. 30), les soldats (C. *eod.*, L. 31; I. 4, 13, *de except.*, § 11 initio; D. 3, 3, *de procur.*, L. 8, § 2 initio, L. 54, pr.; C. 2, 12 (13, édition Kriegel), *de procur.*, L. 7. Cf. D. *eod.*, L. 8, § 2 i. f., et C. *eod.*, L. 9), ainsi que les ecclésiastiques (Nov. 123, c. 6), et en outre au point de vue du mandat *ad litem* les femmes (I. 4, 13, *de except.*, § 11 initio; D. 3, 3, *de procur.*, L. 54, pr.; C. 2, 12 (13, Kriegel), *eod.*, L. 18. Cf. PAUL, I, 2, § 2, C. 2, 12, *de procur.*, L. 4, et D. 3, 3, *eod.*, L. 41), les sourds (D. 3, 3, *de procur.*, L. 43, pr.; arg. D. 3, 1, *de postul.*, L. 1, § 3 i. f.), les muets (D. 3, 3, *de procur.*, L. 43, pr.) et les aveugles (arg. D. 3, 1, *de postul.*, L. 1, § 5, vis Casum : dum cæcum.....). Dans le droit classique, les infâmes étaient aussi généralement exclus du mandat *ad litem* (PAUL, I, 2, § 1, et *Vatic. fragm.* 324 initio, cbn. avec D. 3, 1, *de postul.*, L. 1, § 5 initio et 6-11, L. 2-5), mais plus dans le nouveau droit romain (I. 4, 13, *de except.*, § 11 i. f.)

II. D'après la théorie générale des conventions(9), l'affaire dont le mandataire se charge, doit présenter de l'intérêt pour le mandant, être suffisamment déterminée et être possible.

A) Elle doit offrir de l'intérêt pour le mandant(10). D'après cela :

1° Est nul le mandat donné dans l'intérêt du mandataire; c'est un simple conseil sans caractère juridique(11). Tel est le cas où l'on donne à quelqu'un le mandat de placer son argent à intérêts ou de l'employer à l'achat d'immeubles(12). Le mandant ne peut poursuivre l'exécution du mandat, faute d'intérêt(13), et le mandataire qui l'exécute volontairement, le fait à ses risques et périls; s'il éprouve un dommage, il est sans recours contre le mandant; le mandat étant nul ne saurait obliger le mandant(14). Le mandataire dispose seulement d'une action en dommages et intérêts contre le mandant :

a) si celui-ci a promis de l'indemniser, expressément(15) ou tacitement, par exemple en se portant garant de la bonté du conseil(16). Il y a lieu éventuellement à l'*actio mandati contraria;* en ce sens le mandat est réputé exister à raison de la clause accessoire(17).

b) si le conseil a été donné de mauvaise foi(18). Ce dol de l'auteur du conseil le soumet à l'*actio doli*(19).

c) si le conseil a été la cause déterminante de l'acte dommageable, c'est-à-dire si sans le conseil cet acte n'eût pas été fait(20). Par exemple quelqu'un est appelé à une hérédité d'une solvabilité

(9) Cf. ci-dessus T. II, § 88 à 92. — (10) D. *h. t.*, L. 8, § 6.

(11) Gaius, III, 156 initio; I. *h. t.*, pr. i. f. et § 6, vis Tua gratia..... non tamen tibi mandati tenetur; D. *h. t.*, L. 2, pr. i. f. et § 6.

(12) I. *h. t.*, § 6, vis citis à la note précédente; D. *h. t.*, L. 2, § 6. Voyez encore le D. 16, 3, *depos.*, L. 1, § 14, vis si vero suaseris mihi ..... gessi.

(13) I. *h. t.*, pr. i. f.; D. *h. t.*, L. 2, pr. i. f.

(14) I. *h. t.*, § 6, vis et ob id..... mandati tenetur; D. *h. t.*, L. 2, § 6, vis et ob id..... — (15) D. *h. t.*, L. 16.

(16) Cf. D. 16, 3, *depos.*, L. 1, § 14, vis Sed si mandasti mihi, ut periculo tuo « apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video... »; D. *h. t.*, L. 12, § 13-14. — (17) Textes cités aux deux notes précédentes.

(18) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 47, pr. Cf. D. *h. t.*, L. 10, § 7.

(19) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 47, pr. i. f. Cf. D. *h. t.*, L. 10, § 7 i. f.

(20) D. *h. t.*, L. 6, § 5.

douteuse, qu'il n'était pas disposé à accepter sans garantie; il l'accepte à la suite du mandat d'un tiers; ce mandat est la cause déterminante de son acceptation(21). Il en est de même si une personne donne, dans l'exercice de sa profession, le conseil de faire un acte dommageable qui n'eût pas été fait autrement(22). Le fondement juridique de cette responsabilité est la faute de l'auteur du conseil; il est tenu du dommage causé par sa faute; aussi sa responsabilité exige-t-elle une faute dûment établie. L'action ouverte contre lui est l'*actio mandati contraria;* à ce point de vue encore le mandat est censé exister(23).

2° On ne peut pas davantage donner un mandat dans l'intérêt d'un tiers(24), par exemple donner à A le mandat de prêter 1000 fr. à X(25). Un pareil mandat est nul pour le mandant faute d'intérêt, et pour le tiers parce qu'il n'est pas intervenu au contrat. Mais, comme il a été expliqué précédemment(26), il se parfait par son exécution volontaire de la part du mandataire; le mandant est censé avoir voulu, pour cette éventualité, intercéder en faveur du tiers; dans l'espèce indiquée ci-dessus, il a voulu cautionner X s'il empruntait les 1000 fr. de A(27).

D'un autre côté, le mandat est valable d'une manière absolue par cela seul que le mandant y a un intérêt quelconque; la circonstance que le mandataire ou des tiers y sont également intéressés n'empêche pas sa validité. La cession d'une créance à titre onéreux constitue un mandat dans l'intérêt du cédant et du cessionnaire, et

(21) D. *h. t.*, L. 32.

(22) Cf. D. 2, 2, *quod quisque jur. in al. stat.*, L. 2, et SCHILLING, III, § 319, note k i. f. — (23) D. *h. t.*, L. 6, § 5 i. f., L. 32 i. f.

(24) Arg. I. 3, 19, *de inutil. stipul.*, § 19 initio, et D. *h. t.*, L. 8, § 6.

(25) I. *h. t.*, § 3. — (26) T. I, § 36.

(27) THÉOPHILE, I. 3, 26, § 6 i. f.; arg. D. 46, 1, *de fidejussoribus et mandatoribus*, et C. 8, 40 (41, édition Kriegel), *eod.* La même idée se retrouve en définitive dans les Institutes de Gaius, III, 156, et de Justinien, *h. t.*, § 6, vis quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

Servius Sulpicius avait contesté la validité du mandat par lequel on chargeait quelqu'un de prêter de l'argent à un tiers, alors même que ce prêt s'était effectué. Mais l'opinion contraire de Sabinus l'emporta (GAIUS, III, 156 i. f.; I. *h. t.*, § 6 i. f.).

le mandat donné à l'*adjectus solutionis causa* intéresse à la fois le créancier mandant et le débiteur(28).

B) L'affaire qui fait l'objet du mandat, doit être suffisamment déterminée. On ne peut charger quelqu'un valablement d'acheter un immeuble en général(29). Mais le mandat a une détermination suffisante s'il porte sur l'administration de tous les biens du mandant(30) ou si nous donnons à quelqu'un le mandat, soit de nous acheter une chose sans fixation de prix(31), soit de prêter notre argent sans préciser les conditions du prêt(32).

C) L'affaire dont le mandataire se charge, doit être possible physiquement et juridiquement. Il y a impossibilité physique si le mandat porte sur l'achat de la propre chose du mandant ou bien sur un fait déjà accompli, par exemple si l'on donne à quelqu'un le mandat de prêter de l'argent à un tiers, alors que ce prêt est déjà effectué(33). Il y a impossibilité juridique si le mandat a pour objet soit des actes irréalisables en droit comme l'achat d'une chose hors du commerce, soit des actes illicites ou immoraux(34); le mandataire ne peut être contraint d'exécuter un pareil mandat(35) et s'il l'a exécuté, il est sans recours contre le mandant(36).

(28) Cf. ci-dessus T. I, § 5, I, 2°. Voyez encore les I. *h. t.*, § 2 et 4, et le D. *h. t.*, L. 2, § 3-4, L. 22, § 2 et 4, L. 45, § 7-8.

L'intérêt du mandant peut aussi être d'un ordre moral (D. *h. t.*, L. 54, pr. initio; voyez ci-dessus T. II, § 89, note 6). Contra MAYNZ, II, § 220, note 5 initio.

(29) D. *h. t.*, L. 48, § 2 i. f. Est encore nul le mandat de prêter de l'argent à un tiers non dénommé (L. 48, § 2, cit.), de même que la clause accessoire par laquelle on assume le risque d'un pareil prêt (L. 48, § 2, cit., vis periculum dumtaxat ad me pertineat).

Enfin est nul le mandat qui a pour objet la conclusion d'un contrat entre le mandant et le mandataire; car ce dernier est libre de ne pas consentir à ce contrat (C. 4, 36, *si servus se emi mandav.*, L. un., pr. (L. un. initio, édition Kriegel); D. *h. t.*, L. 54, pr. initio, cf. L. 10, § 4).

(30) D. 3, 3, *de procur.*, L. 1, § 1 initio. Cf. ci-après § 135.

(31) D. *h. t.*, L. 3, § 1, L. 35. — (32) D. *h. t.*, L. 48, § 1, cf. L. 46.

(33) D. *h. t.*, L. 12, § 14 initio. Mais on peut charger le prêteur de ne pas réclamer le remboursement du prêt (L. 12, § 14 i. f., cit.). Quant au mandat donné à quelqu'un d'acheter une chose dont il est copropriétaire, voyez le D. *h. t.*, L. 34, § 1, L. 35, L. 36. — (34) GAIUS, III, 157; I. *h. t.*, § 7 initio; D. *h. t.*, L. 6, § 3.

(35) Arg. des mêmes textes.

(36) I. *h. t.*, § 7 i. f.; D. *h. t.*, L. 12, § 11, L. 22, § 6.

Il en est de même si le mandat porte sur un acte n'admettant pas de représentation (37).

III. Le mandataire doit s'engager à gérer gratuitement l'affaire du mandant; la gratuité est de l'essence du mandat; les Romains l'envisageaient comme un acte d'obligeance et un salaire était incompatible avec ce point de vue (38). Non seulement le mandataire ne peut pas réclamer une rémunération si le contrat est muet à cet égard (39), mais la stipulation d'un salaire transforme le mandat en une autre convention (40), savoir en un louage d'ouvrage si l'on stipule un prix en argent monnayé pour des services mercantiles (41), ou bien en une convention relative à un contrat réel innomé si, pour les mêmes services, on stipule un prix autre que de la monnaie (42). Si quelqu'un se fait promettre des honoraires pour la prestation de services libéraux, il y a lieu à une *cognitio extraordinaria* (43). Il va de soi que si, après l'exécution du mandat, le mandant récompense spontanément le mandataire, cette circonstance de fait ne change en rien la nature juridique du contrat (44).

IV. La dernière condition du mandat est le consentement des parties. Il ne suffit donc pas qu'on ait chargé quelqu'un d'une

(37) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 123, pr.; C. 7, 1, *de vind.*, L. 3.

(38) D. *h. t.*, L. 1, § 4. « Mandatum nisi gratuitum nullum est : nam originem « ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces... ».

(39) I. *h. t.*, § 13, vis Et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta dederis « aut sarcinatori sarcienda nulla mercede constituta neque promissa, mandati « competit actio ». — (40) § 13 initio, cit.

(41) § 13 cit., vis nam mercede constituta..... intellegitur. Cf. ci-dessus T. II, § 128, I, 2°, et II. — (42) D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 5, § 2 initio.

(43) C. *h. t.*, L. 1; D. *h. t.*, L. 7. Cf. D. *h. t.*, L. 56, § 3, et C. *h. t.*, L. 17 (ci-dessus T. II, § 128, I, 2°). Il n'existe pas de mandat dans l'espèce; *non obstat* D. *h. t.*, L. 6, pr., passage qui sera expliqué à la note suivante. En ce sens GLÜCK, XV, § 955, IV (GLÜCK se trompe cependant en se prononçant pour un contrat innomé), UNTERHOLZNER, cité, II, § 618, n° II, cbn. avec § 504, et MAYNZ, II, § 220, 3°. Contra SCHILLING, III, § 318 initio.

(44) D. *h. t.*, L. 6, pr. « Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati « actio ». Ce texte signifie que l'action de mandat persiste bien que (*si* pour *etsi*) le mandataire ait reçu une récompense du mandant. Les Basiliques XIV, 1, c. 6, (HEIMBACH, II, p. 72) l'interprètent de la même manière; *si* y est traduit par Εἰ καὶ. Voyez GLÜCK, XV, § 955, n° IV, p. 286, et note 2.

affaire, ni qu'on ne soit offert à quelqu'un pour gérer son affaire; il faut en outre l'acceptation de la partie adverse; jusque-là il n'existe qu'une pollicitation non obligatoire. Il est d'ailleurs nécessaire que les parties aient voulu créer entre elles un lien juridique; l'on ne saurait considérer comme un mandat en faveur d'un tiers la simple recommandation de ce tiers à un ami, celui-ci eût-il accepté la recommandation; en recommandant quelqu'un, on n'entend nullement se porter caution pour lui(45). Mais comme le mandat est un contrat consensuel, il se parfait par le seul consentement des parties(46). Ce consentement peut être tacite. Tel est le cas où quelqu'un gère les affaires d'une autre personne, alors que celle-ci connaît la gestion et que, pouvant s'y opposer, elle s'abstient de le faire; un pareil silence implique un consentement tacite de la part du maître; s'il n'approuvait pas la gestion, il pouvait et devait parler; *qui tacet cum loqui potuit et debuit, consentire videtur*(47). Il s'ensuit que le maître sera obligé par la gestion même si elle est voluptuaire; il sera soumis comme tout mandant à l'action de mandat contraire, tandis que, si on admettait un simple quasi-contrat de gestion d'affaires, il n'y aurait pas lieu à l'action contraire de gestion d'affaires(48).

(45) D. *h. t.*, L. 12, § 12. « Cum quidam talem epistulam scripsisset amico suo : « ' rogo te, commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum ', non « obligabitur mandati, quia commendandi magis hominis quam mandandi causa « scripta est »; C. 4, 26, *quod cum eo qui in al. est pot.*, L. 13, § 1 (L. 13, édition Kriegel); D. 50, 14, *de proxenet.*, L. 2 initio.

(46) I. 3, 22, *de cons. oblig.*, pr., § 1-2; D. *h. t.*, L. 1, pr., § 1-2; PAUL, I, 3, § 1.

(47) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 60. « Semper qui non prohibet pro se intervenire, « mandare creditur... »; D. *h. t.*, L. 6, § 2, L. 18, L. 53 initio. La seule connaissance de la gestion est insuffisante (arg. D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 40 (L. 41 édition Kriegel). Cf. ci-dessus T. II, § 92, II, 1°.

(48) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 2. Cf. ci-après § 192, I, 3°. Le simple silence de la personne que l'on charge d'une affaire, n'implique pas acceptation tacite (arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 142, et D. 3, 3, *de procur.*, L. 8, § 1). *Non obstat* D. *eod.*, L. 15, pr., v^is^ sciente procuratore et non contradicente; ce passage doit être restreint au cas où l'on devait protester en cas de dissentiment. Cf. ci-dessus T. II, § 92, II, 1° i. f.

§ 135. *Des diverses espèces de mandats.*

1° On distingue un mandat spécial et un mandat général(1). Le premier (*mandatum speciale*(2)) est celui qui a pour objet une ou plusieurs affaires déterminées(3). Le mandat général (*mandatum generale*(4)) est celui qui porte sur un ensemble d'affaires, sans détermination de celles-ci(5); par exemple nous chargeons quelqu'un d'administrer pour notre compte un négoce, un établissement industriel(6), les biens que nous possédons dans telle province, etc. Le cas le plus important du mandat général est le mandat qui comprend l'administratiou de tous les biens du mandant(7) (*mandatum generale omnium bonorum*(8)). Il importe de préciser les pouvoirs du mandataire général. En principe, il a qualité pour faire toute sorte d'actes d'administration, mais non pour faire des actes de disposition; lorsque nous confions à quelqu'un le soin de nos affaires en général, nous n'entendons pas lui permettre de disposer de nos biens en maître. D'après cela, le mandataire général peut faire des réparations et louer les biens du mandant. Il peut aussi aliéner les choses, telles que les fruits, qui ne sont pas susceptibles d'être conservées(9), ou qui du moins sont naturellement destinées à être aliénées(10); l'aliénation de pareilles choses constitue un acte d'administration plutôt que de disposition. Pour un motif analogue, il est autorisé à faire(11) ou à recevoir(12) des payements, à prêter(13) et à conclure une nova-

(1) Cf. D. 3, 3, *de procur.*, L. 1, § 1 initio, et D. 46, 7, *judic. solvi*, L. 3, § 2.
(2) D. 3, 3, *de procur.*, L. 63; D. 4, 4, *de minor.*, L. 26, pr.
(3) D. 3, 3, *de procur.*, L. 1, § 1; D. 4, 4, *de minor.*, L. 25, § 1 initio.
(4) D. 3, 3, *de procur.*, L. 60 initio; D. 4, 4, *de minor.*, L. 25, § 1 i. f.
(5) Cf. D. 3, 3, *de procur.*, L. 1, § 1 initio, et D. 46, 7, *judic. solvi*, L. 3, § 2.
(6) Cf. D. 14, 3, *de institit. act.*, L. 1 initio, L. 5, § 11 et 13.
(7) D. 3, 3, *de procur.*, L. 1, § 1 initio; D. 46, 7, *judic. solvi*, L. 3, § 2.
(8) Cf. D. 4, 4, *de minor.*, L. 25, § 1 i. f., et D. 46, 7, *judic. solvi*, L. 3, § 2. Voyez PUCHTA, *Pand.*, § 53, 3°, b initio, et *Vorles.* I, § 53, 5° initio.
(9) D. 3, 3, *de procur.*, L. 63 i. f.
(10) Arg. C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 28, § 5.
(11) Arg. D. 46, 2, *de novat.*, L. 20, § 1, et I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2 i. f.
(12) D. 46, 3, *de solut.*, L. 12, pr. — (13) Arg. I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2.

tion(14), bien que ces différents actes impliquent ou puissent impliquer une aliénation. Enfin, il peut accorder une remise de dette(15) et exercer des actions de toute nature(16). Mais le mandataire général ne peut pas aliéner les biens de son commettant(17), à moins que l'aliénation ne forme un acte d'administration comme dans les cas prémentionnés. Donc aussi il lui est interdit de transiger(18), car la transaction contient une aliénation(19). Et, par une conséquence ultérieure, il ne peut pas conclure un compromis; celui-ci constitue une transaction(20). Pour que le droit de faire des actes de disposition appartienne au mandataire général, il doit lui avoir été accordé d'une manière spéciale(21). Cette autorisation est tacite si l'on a donné au mandataire général la *libre* administration, mandat qui est connu dans l'école sous le nom de *mandatum generale cum libera* (*scilicet administratione*); c'est le seul moyen d'attribuer un effet à la clause accordant la liberté de l'administration(22). Et alors

(14) D. 46, 2, *de novat.*, L. 20, § 1.

(15) D. 2, 14, *de pact.*, L. 10, § 2 i. f., L. 11, L. 12.

(16) L. 12 i. f., cit.; D. 47, 10, *de injur.*, L. 17, § 16.

(17) D. 3, 3, *de procur.*, L. 63; C. 2, 12 (13, édition Kriegel), *eod.*, L. 16.

(18) D. 3, 3, *eod.*, L. 60. — (19) Cf. ci-après § 179, 1°.

(20) Cf. ci-après § 181, I, 1° initio. Mais il peut faire une convention relative à un serment extrajudiciaire et déférer le serment décisoire (D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 17, § 3), quoique ici également intervienne une transaction (cf. ci-après § 182, I); la délation du sermeni est réputée un acte d'administration (arg. D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 17, § 2). Maynz, II, § 220, note 15, professe erronément la doctrine opposée; le D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 17, § 3, est formel.

Le mandataire général n'est pas admis à réclamer la restitution en entier, cette poursuite pouvant entraîner une aliénation à charge du principal (D. 4, 4, *de minor.*, L. 25, § 1, cf. L. 26, pr.). Il lui est aussi interdit de provoquer le partage; qui poursuit le partage poursuit une aliénation (arg. C. 5, 71, *de præd. v. al. reb. minor.*, L. 17 initio; cf. ci-après § 162). Mais il peut se défendre à une action en partage; cette défense est un acte d'administration (arg. L. 17 i. f., cit.).

(21) D. 3, 3, *de procur.*, L. 63; C. 2, 12 (13, édition Kriegel), *eod.*, L. 16.

(22) D. 3, 3, *eod.*, L. 58. « Procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest exigere, novare, *aliud pro alio permutare* ».

D. 41, 1, *de A. R. D.*, L. 9, § 4. « Nihil autem interest, utrum ipse dominus per « se tradat alicui rem an voluntate ejus aliquis. Qua ratione, si cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur permissa fuerit et is ex « negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis ».

Arg. D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 41, § 1, et C. 4, 26, *quod cum eo qui in al. est pot.*, L. 10.

même qu'il est investi du droit de disposer, le mandataire général ne peut disposer à titre gratuit; car le droit de faire des libéralités avec les biens d'autrui ne saurait se présumer (23).

2° Une espèce particulière de mandat est celle que les modernes désignent par le nom d'*assignatio*. On appelle ainsi le mandat donné à une personne de faire un payement à une autre, à laquelle on donne en même temps le mandat de recevoir le payement (24). Le mandant s'appelle *assignans*, celui qui est chargé de payer *assignatus* et celui à qui le payement doit se faire *assignatarius*. L'*assignatus* est le plus souvent le débiteur de l'*assignans* et l'*assignatarius* le créancier de l'*assignans;* quelqu'un, qui est débiteur d'un côté et créancier de l'autre, charge son débiteur de payer son créancier. Mais ceci n'a rien d'absolu. L'*assignatus* n'a pas besoin d'être le débiteur de l'*assignans;* je puis charger un ami de payer ma dette. Et l'*assignatarius* n'est pas nécessairement le créancier de l'*assignans;* je puis charger mon débiteur de payer à un tiers, dans le but de lui faire une donation ou un prêt ou bien encore pour procurer des fonds à mon représentant. L'*assignatio* est dominée par le principe qu'elle renferme un double mandat de la part de l'*assignans* : l'un donné à l'*assignatus*, l'autre à l'*assignatarius*. Il s'ensuit qu'elle est révocable par la seule volonté du mandant en un double sens (25) et qu'elle prend fin au décès de l'une des

En ce sens Maynz, II, § 220, note 15 i. f. Contra Molitor, cité, II, n° 725 i. f. Le dernier auteur n'attache aucune importance au *mandatum generale cum libera;* il restreint arbitrairement le D. 41, I, *de A. R. D.*, L. 9, § 4, à un mandat qui aurait pour objet la gestion d'un négoce, et fait abstraction du D. 3, 3, *de procur.*, L. 58. Par contre, pour Puchta, *Pand.*, § 53, 3°, b i. f., et *Vorles.* I, § 53, 5°, p. 112-114, le *mandatum generale cum libera* serait le mandat général ordinaire, par opposition au mandat général dont le mandant a exclu certains actes; ce mandataire général *cum libera* aurait le pouvoir d'aliéner dans les limites de la volonté présumée du mandant. Il semble plus naturel d'entendre par la *libera administratio* dont parlent nos sources, une gestion déclarée libre en vertu du mandat.

(23) Arg. D. 39, 5, *de donat.*, L. 7, pr. « Filius familias donare non potest, neque « si liberam peculii administrationem habeat; non enim ad hoc ei conceditur « libera peculii administratio, ut perdat », et D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 3, § 2 i. f.

(24) Cf. D. *h. t.*, L. 34, pr., vis si a debitore meo jussero te accipere pecuniam, et D. 46, 3, *de solut.*, L. 106. — (25) L. 106 cit., et arg. de ce texte.

trois personnes qui y interviennent(26). Elle n'éteint en aucune façon ni la créance ni la dette du mandant; l'*assignatarius* qui n'est pas payé par l'*assignatus*, conserve son action contre le mandant. Sous tous ces rapports, l'*assignatio* se sépare de la dation en payement d'une créance par un débiteur à son créancier; cette dation en payement est une cession irrévocable, transmissible aux héritiers, et libère d'une manière définitive le payant de sa dette(27). Toutefois, si l'*assignatus* paye effectivement l'*assignatarius*, l'*assignans* étant à la fois créancier du premier et débiteur du second, ces deux obligations sont éteintes par un seul payement; l'*assignatus* est libéré envers l'*assignans* et celui-ci envers l'*assignatarius*.

§ 136. *Effets du mandat entre parties.*

Le mandat oblige nécessairement le mandataire; il peut aussi dans certains cas obliger le mandant; c'est un contrat synallagmatique imparfait(1). Le mandant a l'*actio mandati directa*, le mandataire l'*actio mandati contraria*(2).

I. *Obligations du mandataire.* 1° Le mandataire est tenu d'exécuter le mandat(3) d'après ses instructions(4) et en l'absence d'instructions spéciales, d'après la nature des choses(5); par déro-

(26) Cf. D. *eod.*, L. 108 i. f.

(27) L'*assignatio* est aussi bien distincte de l'*adjectio solutionis causa*. Celle-ci ne contient qu'un mandat unique donné par le créancier à l'*adjectus;* ce mandat est irrévocable (D. 46, 3, *de solut.*, L. 106), et ne prend pas fin à la mort du mandant, mais seulement à la mort du mandataire (D. *eod.*, L. 81, pr.). Cf. ci-dessus T. I, § 5, I, 2°.

(1) Cf. GAIUS, III, 155, I. 3, 22, *de cons. oblig.*, § 3 cbn. avec le pr., et D. *h. t.*, L. 3, § 1, L. 19.

(2) I. 4, 16, *de pœna temere litig.*, § 2 initio; D. *h. t.*, L. 6, § 1, L. 12, § 7.

(3) I. *h. t.*, § 11 initio; D. 13, 6, *commod.*, L. 17, § 3 i. f.; D. *h. t.*, L. 22, § 11 initio, L. 27, § 2 initio.

(4) I. *h. t.*, § 8 initio; D. *h. t.*, L. 5, pr., L. 46, vis Igitur commodissime..... non debeat; C. *h. t.*, L. 12 initio.

(5) D. *h. t.*, L. 46, vis at quotiens....., L. 60, § 4; C. 2, 12 (13, édition Kriegel), *de procur.*, L. 10 i. f. Le D. *h. t.*, L. 46 i. f., est ainsi amené à distinguer un *mandatum certum* et un *mandatum incertum*.

gation au droit commun, il répond de toute faute(6). S'il n'exécute pas le mandat ou bien s'il l'exécute irrégulièrement, il est soumis à des dommages et intérêts(7), et, comme il a été expliqué antérieurement(8), il n'est pas admis à opposer en compensation les bénéfices que par d'autres actes de gestion il a procurés au mandant(9). Quant à la gestion irrégulière du mandataire, elle n'oblige le mandant ni envers ce dernier, ni envers les tiers; le mandataire est censé avoir agi pour son compte personnel(10). Par exemple, le mandaire a acheté une chose à un prix plus élevé que celui fixé par le mandant(11) ou bien une chose autre que celle qu'il était chargé d'acheter, eût-elle une valeur égale ou supérieure(12); il a vendu une chose au-dessous du prix indiqué(13) ou bien à une personne autre que celle qui lui avait été désignée(14). Tous ces actes sont sans force obligatoire pour le mandant; ils sont exclusivement personnels au mandataire. Néanmoins, si le mandataire a dépassé la mesure prescrite par le mandat, notamment s'il a acheté une chose au-dessus du prix fixé(15), il a la faculté de rendre sa gestion obligatoire pour le mandant en prenant à sa charge ce qui dépasse son mandat, dans le cas prémentionné en payant de ses propres deniers l'excédent du prix

(6) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23 initio; C. *h. t.*, L. 11, L. 13. Application : D. *h. t.*, L. 30. Cf. ci-dessus T. I, § 14, I, 1° initio.

(7) D. *h. t.*, L. 5, § 1 i. f., L. 27, § 2 initio. — Paul, II, 15, § 3; Gaius, III, 161 initio; D. *h. t.*, L. 41.

Si, par suite d'une circonstance qui ne lui est pas imputable, le mandataire est empêché de remplir le mandat, il doit en informer le plus tôt possible le mandant, pour que celui-ci puisse sauvegarder ses intérêts (D. *h. t.*, L. 27, § 2, vis si vero intelleget.....)

(8) T. I, § 60, IV. — (9) Arg. D. 17, 2, *pro socio*, L. 23, § 1, L. 25, L. 26.

(10) D. *h. t.*, L. 5, § 1 initio; I. *h. t.*, § 8 initio; C. 2, 12 (13, édition Kriegel), *de procur.*, L. 10 initio, L. 16. — (11) I. *h. t.*, § 8 initio.

(12) D. *h. t.*, L. 5, § 2, cf. L. 3, pr.

(13) D. *h. t.*, L. 5, § 3-4; D. 21, 3, *de except. rei vend.*, L. 1, § 3.

(14) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 63, pr.

Pour d'autres applications voyez le D. *h. t.*, L. 36, § 2, le D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1, § 8-12, et le C. 8, 40 (41, édition Kriegel), *de fidejuss.*, L. 22. Cf. sur la dernière loi Glück, XV, § 954, p. 282-284.

(15) I. *h. t.*, § 8 initio.

d'achat(16). La raison de la règle est que moyennant ce sacrifice il rentre dans les limites de son mandat. C'était la doctrine proculéienne. Les Sabiniens enseignaient que si un mandataire, chargé d'acheter une chose à un prix déterminé, l'achetait à un prix supérieur, il ne pouvait pas forcer le mandant à l'accepter au prix fixé par le mandat. Ils se fondaient sur la considération que le mandant n'ayant pas le droit de réclamer la chose à ce prix, le mandataire ne devait pas avoir le droit de contraindre le mandant à l'accepter au même prix(17). Ce motif n'était pas concluant et Justinien se rallia à l'enseignement des Proculéiens(18). — Le mandataire ne peut s'écarter des termes de son mandat que conformément à la volonté présumée du mandant. S'il est chargé de payer un créancier du mandant, il lui est permis de s'obliger au lieu et place de ce dernier(19). S'il a reçu le mandat de cautionner une dette de 1000 contractée sous la condition : *si Stichum non dederis*, il lui est loisible d'acheter Stichus au-dessous de 1000 et de le donner au créancier(20). Enfin, si quelqu'un a été mis à la tête d'un navire dans un but commercial, avec la défense de s'adjoindre un tiers, il n'en a pas moins le droit de faire une pareille nomination en cas de nécessité évidente; le mandant ne pouvait prévoir tous les besoins de la navigation et, si la nomination du tiers était commandée par la nécessité, elle est conforme à la volonté présumée du mandant(21). Il va de soi que si le mandataire s'acquitte de son mandat en faisant une dépense moindre que celle indiquée dans ses instructions, par exemple s'il achète la chose au-dessous du prix fixé, il se conforme à son mandat(22).

2° Le mandataire doit rendre compte de sa gestion au man-

(16) I. *h. t.*, § 8, vis adeo quidem..... benignior est. Autres applications : 1° l. *h. t.*, § 8 initio, 2° D. *h. t.*, L. 5, § 3 i. f. et 4 i. f. cbn. avec § 3 initio et 4 initio; Paul, II, 15, § 3.

(17) Gaius, III, 161, vis Itaque si mandaverim..... placuit; I. *h. t.*, § 8, vis adeo quidem..... existimant; D. *h. t.*, L. 3, § 2, L. 4 initio.

(18) I. *h. t.*, § 8, vis quæ sententia sane benignior est; D. *h. t.*, L. 4.

(19) D. *h. t.*, L. 45, § 4. — (20) D. *h. t.*, L. 46.

(21) Arg. D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1, § 5 i. f. Pour une autre application voyez le D. *h. t.*, L. 62, § 1.

(22) Gaius, III, 161 i. f.; I. *h. t.*, § 8 i. f.; D. *h. t.*, L. 3, pr., L. 5, § 5.

dant (23) et lui faire avoir tout ce qu'il a acquis pour lui (24), donc livrer les choses corporelles et céder les créances acquises contre les tiers (25). Par application des principes généraux (26), le mandataire est obligé de payer les intérêts des fonds de son principal, lorsqu'il les a appliqués à son profit personnel (27), lorsqu'il les a laissés improductifs (28) ou qu'il a négligé de les faire rentrer (29). De plus, le mandataire doit les intérêts à partir de sa demeure (30).

S'il y a plusieurs mandataires et qu'ils commettent une faute dans l'exécution du mandat, ils sont tenus solidairement des dommages et intérêts, à raison de la communauté de faute. Cette solidarité existe de plein droit; elle n'a pas besoin d'être stipulée (31). Nous nous référons sur ce point à des explications antérieures (32).

Le mandataire condamné pour dol encourt l'infamie, parce qu'il a trompé la confiance que le mandant avait placée en lui. L'*actio mandati directa* appartient à la catégorie des actions infamantes (33).

II. *Obligations du mandant*. En général, le mandant doit réparer tout le préjudice que le mandat a causé au mandataire (34). En particulier :

(23) D. 2, 13, *de edendo*, L. 9, pr. initio; D. 3, 3, *de procur.*, L. 46, § 4 initio; D. *h. t.*, L. 56, § 2.

(24) D. *h. t.*, L. 8, pr., § 5 et 10, L. 10, § 2, L. 20, pr. initio, L. 27, § 1, L. 43, L. 45, pr. i. f., L. 55, L. 59, pr.; D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 49, § 2. Il doit restituer les intérêts provenant des capitaux prêtés (D. *h. t.*, L. 10, § 3 initio), alors même qu'il aurait été chargé de les placer gratuitement (D. *h. t.*, L. 10, § 8), sauf s'il a fait le placement à ses risques et périls (D. *h. t.*, L. 10, § 8).

(25) D. *h. t.*, L. 8, § 5 et 10 i. f., L. 43, L. 45, pr. i. f., L. 59, pr.; D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 49, § 2. — (26) Cf. ci-dessus T. I, § 62, I, B, 2°.

(27) D. *h. t.*, L. 10, § 3 i. f., sans préjudice de l'*actio furti* (D. *h. t.*, L. 22, § 7).

(28) contrairement à la volonté présumée du mandant (D. 22, 1, *de usur.*, L. 13, § 1; D. *h. t.*, L. 12, § 10). — (29) Arg. D. 26, 7, *de admin. et peric. tut.*, L. 15.

(30) D. *h. t.*, L. 10, § 3 initio. Cf. C. *h. t.*, L. 19. — (31) D. *h. t.*, L. 60, § 2.

(32) T. I, § 51, II, D, 2°.

(33) Gaius, IV, 182 initio; I. 4, 16, *de pœna temere litig.*, § 2 initio; D. 3, 2, *de his qui not. infamia*, L. 1, L. 6, § 6 initio et 7, cf. § 5.

L'infamie suppose-t-elle le dol du mandataire? Oui d'après les uns (Glück, XV, § 955, n° VI, p. 302-303. — Maynz, II, § 221 i. f.), non selon les autres (Marezoll, *Ueber die bürgerliche Ehre*, Giessen, 1824, p. 148-153, cf. p. 153-155. — Schilling, III, § 260, *Zusatz* 2).

(34) D. *h. t.*, L. 15, vis mandati tibi obligatus ero, ne damno adficiatur is qui

1° Le mandant est tenu de rembourser au mandataire les dépenses faites par celui-ci d'après la volonté présumée du mandant(35). Cette obligation existe alors même que le mandat n'a pas atteint le but proposé, par exemple si le mandataire *ad litem* a perdu le procès(36). Il est aussi indifférent que le mandat ait seulement été exécuté en partie(37). Le mandant ne peut pas davantage alléguer que personnellement il aurait géré l'affaire à moindres frais; cette circonstance est indifférente, elle n'exclut pas la légitimité des dépenses du mandataire(38). Le mandataire a en outre droit aux intérêts légaux de ses débours à partir du jour où ils ont été effectués(39). Il y a plus : déjà avant l'exécution du mandat, le mandataire peut, selon les circonstances et surtout s'il a préparé l'exécution du mandat, exiger du mandant l'avance des frais nécessaires à sa gestion(40). En ce qui concerne les dépenses non conformes à la volonté présumée du mandant, le mandataire ne joint que d'un droit d'enlèvement(41).

2° Le mandant doit indemniser le mandataire des pertes que lui a causées l'exécution du mandat; en effet, c'est le mandant qui par ses ordres a amené ces pertes(42). Mais il faut que le

« suscipit mandatum », L. 20, pr., vis sicuti nec damnum pati debet... »; D. 47, 2, *de furt.*, L. 62 (L. 61, édition Kriegel), § 5, vis multo tamen æquius esse « nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi « causa susceperit, damnosum esse... ».

(35) C. *h. t.*, L. 4. « Etiamsi contrariam sententiam reportaverunt, qui te ad « exercendas causas appellationis procuratorem constituerunt, si tamen nihil culpa « tua factum est, *sumptus, quos in lite probabili ratione feceras*, contraria mandati « actione petere potes »; D. *h. t.*, L. 12, § 9 initio, L. 27, § 4 initio, L. 56, § 4. Applications : D. *h. t.*, L. 10, § 9, L. 12, § 9 initio; Paul, II, 15, § 2 initio.

(36) C. *h. t.*, L. 4, transcrite à la note précédente. Nous supposons l'absence d'une faute de la part du mandataire, sinon celui-ci est passible de dommages et intérêts (cf. L. 4 cit.). — (37) D. *h. t.*, L. 56, § 4, L. 36, § 3, cf. § 2.

(38) D. *h. t.*, L. 27, § 4. Le mandataire supporte naturellement les frais du mandat s'il s'y est engagé (D. *h. t.*, L. 12, § 7, vis si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum.., L. 26, § 8 i. f., cf. L. 10, § 9 i. f.).

(39) Paul, II, 15, § 2 i. f.; D. *h. t.*, L. 12, § 9, vis Nec tantum id.....; C. *h. t.*, L. 1. Cf. ci-dessus T. I, § 62, I, B, 2°. — (40) D. *h. t.*, L. 12, § 17 i. f.

(41) D. *h. t.*, L. 10, § 10.

(42) Arg. D. *h. t.*, L. 26, § 6 i. f., et D. 47, 2, *de furt.*, L. 62 (L. 61, édition Kriegel), § 5 i. f.

dommage ait été réellement causé par le mandat; il doit exister un lien de *causalité* entre le dommage et le mandat(43). Tel est le cas où une chose vicieuse ayant été confiée par le mandant au mandataire ou bien achetée par ce dernier d'après ses instructions, le vice cause un dommage au mandataire, sans qu'une imprudence lui soit imputable; il y aurait imprudence de sa part s'il avait été prévenu du vice par le mandant et qu'il n'eût pas pris les précautions commandées par les circonstances(44). Par contre, le

(43) Cf. ci-dessus T. I, § 60, II initio.

(44) D. 47, 2, *de furt.*, L. 62 (L. 61, édition Kriegel), § 5. AFRICANUS *libro VIII quæstionum.* « Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num æque « dicendum sit omni modo damnum præstari oportere, et quidem hoc amplius « quam in superioribus causis servandum, *ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum « hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere « cogatur.* Justissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum pas- « surum, si id mandatum non suscepisset : idque evidentius in causa depositi « apparere. Nam licet alioquin æquum videatur non oportere cuiquam plus damni « per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen æquius esse « nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi « causa susceperit, damnosum esse, et sicut in superioribus contractibus, vendi- « tione locatione pignore, dolum ejus, qui sciens reticuerit, puniendum esse « dictum sit, *ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius « damnosam esse debere. Nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi « sibi mandaverit, et similiter ejus qui deponat, quod non fuerit diligentior circa « monendum, qualem servum deponeret* ».

Contra D. *h. t.*, L. 26, § 7. PAULUS *libro XXXII ad edictum.* « Sed cum servus, « quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait mandati actione « te consecuturum, ut servus tibi noxæ dedatur, si tamen sine culpa tua id acci- « derit : quod si ego scissem talem esse servum nec prædixissem, ut possis « præcavere, tunc quanti tua intersit, tantum tibi præstari oportet ».

Dans le dernier passage, Paul refuse positivement l'*actio mandati contraria* en dommages et intérêts contre le mandant de bonne foi; il le soumet seulement à l'action noxale. On a proposé de restreindre la décision de Paul à un mandat portant sur l'achat d'un esclave indéterminé (MOLITOR, cité, II, n° 731 i. f.). Mais le *servus, quem mandatu meo emeras*, paraît bien être un esclave déterminé. De plus, en parlant d'un mandant qui connaissait le vice de l'esclave et qui n'en avait pas averti le mandataire, le jurisconsulte suppose clairement un mandat d'acheter un esclave déterminé. Molitor objecte que celui qui a donné l'ordre d'acheter un esclave en général, peut être informé après coup du vice de l'esclave déterminé acheté par le mandataire. Il est difficile d'admettre que Paul ait en vue une hypothèse aussi spéciale. Nous pensons donc qu'il y a antinomie entre les deux lois et nous préférons la doctrine d'Africain comme étant la plus conforme

mandant n'est pas obligé de réparer les pertes que le mandataire a éprouvées par suite d'accidents ; car chacun doit supporter les accidents qui le frappent(45). Par exemple, en voyageant pour l'exécution du mandat, le mandataire a contracté une maladie ; les frais de guérison sont à sa charge; on ne saurait considérer le mandat comme la cause de la maladie; celle-ci est un accident(46). Il en est de même si le mandataire a été dévalisé en route ou bien s'il a fait naufrage; les pertes ainsi subies sont encore causées par un accident plutôt que par le mandat(46). La maladie, le vol et le naufrage ne donnent lieu à une réparation de la part du mandant que si le mandataire y était exposé par la nature de son mandat, à raison des lieux où il devait l'exécuter; alors c'est le mandat qui en a été la cause(47).

3° Le mandant est tenu de libérer le mandataire des obligations que celui-ci a contractées conformément au mandat(48). Cette libération peut se faire de deux manières : le mandant peut payer le

aux principes généraux du droit. En ce sens GLÜCK, XV, § 956, p. 308-310, et MAYNZ, II, § 221, note 17.

(45) Arg. D. *h. t.*, L. 26, § 6 i. f.

(46) L. 26, § 6, cit. « Non omnia, quæ inpensurus non fuit, mandatori imputabit (telle est la leçon Kriegel; Mommsen lit : *inpensurus non fuit mandator, imputabit;* ce qui donne difficilement un sens acceptable), veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adprehensus « quædam erogaverit : nam hæc magis casibus quam mandato imputari oportet. »

(47) En ce sens GLÜCK, XV, § 956, p. 313-315. Quelques interprètes (MOLITOR, cité, II, n° 731, p. 125-126. — MAYNZ, II, § 221, note 17) accordent un recours général au mandataire du chef de vol, naufrage ou maladie, comme pour la gestion des affaires sociales (D. 17, 2, *pro socio*, L. 52, § 4). Mais la décision relative à la société se fonde sur ce que la communauté du but social doit entraîner celle des pertes dont la société a été la cause ou l'occasion pour l'un de ses membres (cf. ci-après § 154, I, 3° i. f.), et ce motif est complètement étranger au mandat. Dès lors il faut s'en tenir au D. *h. t.*, L. 26, § 6 (transcrit à la note précédente), le seul texte qui s'occupe de la question. Molitor essaye de plier ce passage á sa doctrine en le restreignant aux sommes dont le mandataire *n'avait pas à faire emploi pour l'exécution du mandat;* c'est ainsi qu'il explique les mots *quæ inpensurus non fuit.* Seulement, si ces mots avaient ce sens, Paul déciderait que le mandataire ne peut pas se faire restituer *toutes* (*omnia*) les sommes qu'il ne devait pas employer à l'exécution de son mandat, et Molitor reconnaît que ces sommes ne sont sujettes à restitution ni en tout, ni en partie.

(48) D. *h. t.*, L. 45, § 3 et 5.

tiers créancier ou bien, avec son consentement, s'obliger envers lui à la place du mandataire(49). Le mandataire a le droit de poursuivre sa décharge aussitôt qu'il est devenu débiteur(50), à moins que le mandat n'ait eu précisément pour objet de lui faire contracter une obligation, par exemple comme fidéjusseur(51) ou comme mandataire *ad litem*(52); dans ce cas, le mandataire n'a un recours contre le mandant qu'après l'entière exécution du mandat(53).

Plusieurs mandants sont tenus solidairement en vertu de la loi(54).

§ 137. *Du droit du mandataire de se substituer un tiers.*

Le mandataire peut en général se substituer un tiers pour l'exécution du mandat; car le plus souvent le mandant n'a pas en vue les qualités personnelles du mandataire(1). La substitution n'est interdite que lorsque le mandat a été confié au mandataire à raison de ses aptitudes spéciales, comme dans le cas d'un mandat *ad litem*(2). Au reste, en la supposant permise, la substitution constitue

(49) D. *h. t.*, L. 45, pr. et § 2 initio. Le mandant peut aussi, d'après les circonstances, se borner à fournir au mandataire la caution de le défendre contre la poursuite du tiers créancier (L. 45 cit., § 2 i. f.).

(50) L. 45 cit., pr., § 2 initio et 3.

(51) C. *h. t.*, L. 10 initio. — (52) D. *h. t.*, L. 45, § 1.

(53) Arg. L. 45, § 1 i. f., cit. Applications : 1° C. *h. t.*, L. 10 initio; D. *h. t.*, L. 38, § 1 (cf. ci-dessus T. I, § 34, 1° i. f.), 2° D. *h. t.*, L. 45, § 1, 3° L. 45 cit., § 4.

(54) D. *h. t.*, L. 59, § 3. — Cf. ci-dessus T. I, § 51, II, D, 4° initio.

En général l'*actio mandati contraria* n'est pas infamante (I. 4, 16, *de pœna temere litig.*, § 2 initio ; D. 3, 2, *de his qui not. infamia*, L. 1, L. 6, § 7 initio), parce qu'il n'y s'agit pas de confiance trompée (L. 6, § 7 i. f., cit.). Cependant, la règle cesse avec son motif si le mandant est condamné pour avoir manqué à la foi donnée; c'est ce qui arrive lorsqu'une fidéjussion ayant eu lieu à la suite d'un mandat du débiteur principal, celui-ci se laisse condamner envers son fidéjusseur à l'*actio mandati contraria* (L. 6, § 5, cit.). En ce sens POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 3, 2, *de his qui not. inf.*, n° 15, notes *d* et *e*. Cf. GLÜCK, XV, § 957, p. 320-322, MAREZOLL, *Ueber die bürgerliche Ehre*, p. 168-170, SCHILLING, III, § 321, note v, et MAYNZ, II, § 221 i. f.

(1) D. *h. t.*, L. 8, § 3.

(2) L. 8, § 3 i. f., cit.; C. 2, 12 (13, édition Kriegel), *de procur.*, L. 8. D'après le D. *h. t.*, L. 8, § 3 i. f., le D. 49, 1, *de appell.*, L. 4, § 5, et le C. 2, 12 (13, Kriegel), *de procur.*, L 11, § 2 (L. 11 i. f., Kriegel), L. 23 i. f., cette défense cesse après la *litis contestatio*, parce que celle-ci rend le *procurator ad litem* partie au procès,

pour le mandant une *res inter alios acta;* le mandataire continue de répondre vis-à-vis du mandant de la bonne exécution du mandat; les fautes du substitué lui sont imputées comme s'il les avait commises lui-même(3). Le seul effet de la substitution est de créer un nouveau rapport de mandat entre le mandataire primitif et son substitué; celui-ci doit remplir le mandat qu'il a accepté(4). Le mandataire ayant ainsi acquis une action contre le substitué à l'occasion du mandat principal, doit la céder à son mandant, si celui-ci en fait la demande(5). La responsabilité du mandataire qui s'est donné un substitué, est tempérée dans deux hypothèses :

1° S'il a été autorisé par le mandant à se faire remplacer par un tiers de son choix, il ne répond que du mauvais choix du substitué. Dès qu'il a fait un bon choix, il est dégagé envers le mandant; il doit seulement lui céder les actions acquises contre le substitué. Telle a été la volonté des parties.

2° Si le mandant a permis au mandataire de se substituer un tiers déterminé, cette substitution fait cesser toute espèce de responsabilité du mandataire envers le mandant, sauf la même cession d'actions; car le choix du tiers a été approuvé à l'avance par le mandant.

On a soutenu que le mandataire qui fait une substitution non prohibée, ne répond jamais que du choix du substitué(6). Cette opinion ne saurait se justifier(7).

dominus litis (D. 49, 1, *de appell.*, L. 4, § 5 i. f.; C. 2, 12, *de procur.*, L. 23 initio). Mais dans le droit de Justinien le mandant reste encore après le *litis contestatio* partie au procès; l'*actio judicati* se donne à lui et contre lui (D. 42, 1, *de re judic.*, L. 4, pr.; arg. D. 26, 7, *de admin. et peric. tut.*, L. 2, pr.). Dès lors nous pensons que la substitution est interdite au mandataire *ad litem* même après la *litis contestatio*. Contra SCHILLING, III, § 320, et note m.

Le mandataire d'une ville était aussi censé avoir reçu un mandat purement personnel (D. 3, 3, *de procur.*, L. 74).

(3) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 20 (L. 21, édition Kriegel), § 3; D. *h. t.*, L. 8, § 3, vis quia et ipse tenetur (tenetur autem, quia agere potest)...; D. 11, 6, *si mensor fals. mod. dix.*, L. 2, § 1.

(4) D. *h. t.*, L. 8, § 3; D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 27 (L. 28, Kriegel).

(5) D. *eod.*, L. 21 (L. 20, Kriegel), § 3 initio.

(6) KOCH, cité, III, § 287, n° I initio. — SINTENIS, II, § 113, n° II, 1° i. f. — WINDSCHEID, II, § 410, 1° initio. — Cf. UNTERHOLZNER, cité, II, § 620, n° V.

(7) En notre sens MOLITOR, cité, II, n° 724 i. f., MAYNZ, II, § 221, A, 1° i. f., et NAMUR, II, § 290, 1° i. f.

§ 138. *Effets du mandat à l'égard des tiers.*

Les effets du mandat à l'égard des tiers ayant été expliqués d'une manière complète dans la partie générale des obligations, nous renvoyons à celle-ci (T. II, § 111, III).

§ 139. *Des actions des tiers contre le mandant.*

Les actions des tiers contre le mandant ne sont pas à vrai dire des actions spéciales; ce sont les actions que produisent en faveur des tiers les conventions conclues par eux avec le mandataire, donc les actions *venditi*, *empti*, *locati*, *conducti*, *mutui*, *præscriptis verbis*, etc. Les tiers ont donc la même action contre le mandataire et contre le mandant. Seulement le mandataire y est soumis en nom personnel, pour avoir contracté avec les tiers; le mandant, qui n'a pas contracté avec eux, n'y est soumis que comme mandant. C'est pourquoi, lorsque l'action du contrat est dirigée par les tiers contre le mandant, on ajoute au nom générique de l'action une qualification particulière, à l'effet d'indiquer que le mandant est poursuivi en cette qualité et non comme partie contractante; par exemple les actions *empti*, *locati*, *mutui* se donnent sous les noms d'*actio empti institoria*, d'*actio locati exercitoria*, d'*actio mutui Quod jussu*(1). De là aussi l'expression moderne d'*actiones adjecticiæ qualitatis*. Nos sources, simplifiant la désignation de ces actions, suppriment leur nom générique et les appellent par leur qualification spéciale. Les actions dont il s'agit sont les actions exercitoire, institoire, quasi-institoire, *Quod jussu*, *de peculio* et tributoire.

1° L'action exercitoire s'applique à une espèce unique mais importante du mandat commercial. Un armateur de navire, c'est-à-dire une personne qui exploite un navire à un titre quelconque, comme propriétaire, usufruitier, locataire(2), met quelqu'un à la tête du

(1) L'*intentio* de la formule de ces actions était conçue au nom du mandataire. (arg. D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1, § 24 initio) et la *condemnatio* au nom du mandant.

(2) L. 1 cit., § 15 i. f.

navire, soit en vue de faire des transports pour compte des tiers, soit en vue d'un négoce(3). Le mandataire, en exécutant ce mandat, conclut des contrats avec les tiers(4). Ceux-ci ont contre lui, d'après les circonstances, les actions *locati*, *empti*, *mutui*, etc., et contre le mandant les mêmes actions comme actions exercitoires, ou, pour employer l'expression romaine, l'*actio exercitoria* tout court(5). On remarquera que c'est le mandant qui donne son nom à l'action; l'armateur du navire s'appelle en effet *exercitor* (de *exercere navem*, exploiter un navire)(6). Le mandataire se nomme *magister navis*(7); c'est un agent commercial distinct du capitaine de navire (*nauta*)(8), bien que les deux qualités puissent être réunies sur la même tête(9) La condition essentielle de l'action exercitoire est que le préposé ait contracté avec les tiers en qualité de mandataire(10) et conformément à son mandat(11). S'il fait des emprunts ou des achats pour les besoins du navire, les tiers prêteurs ou vendeurs doivent s'assurer de la réalité de ces besoins; ils n'ont l'action exercitoire contre l'armateur que pour autant qu'ils ont prêté ou vendu dans les limites des besoins(12); mais ils ne sont pas astreints à surveiller l'emploi des fonds prêtés(13) ou des marchandises vendues(14). Aux contrats conclus avec le préposé nommé par l'armateur sont assimilés ceux qui ont été passés avec le substitué de l'agent, lorsque cette substitution s'est faite régulièrement(15); rappelons à ce sujet qu'en cas de nécessité évidente le préposé peut

(3) D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1, § 3. — (4) L. 1 cit., § 7 et 12.

(5) Gaius, IV, 71 initio; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 2 initio; D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1, pr., L. 5, § 1.

(6) Gaius, IV, 71, vis ideo autem exercitoria actio appellatur, quia exercitor vocatur is ad quem cottidianus navis quæstus pervenit; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 2, iisdem verbis; D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1, § 15 initio.

(7) L. 1 cit., § 1. « Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura « mandata est ». — (8) Cf. L. 1 cit., § 2.

(9) Arg. D. 14, 2, *de lege Rhodia*, L. 2, § 2 i. f. Le navire peut être d'une nature quelconque (L. 2 cit., § 6 et 12, vis Quædam enim naves.....).

(10) D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1, § 9 i. f.

(11) L. 1 cit., § 7, 8, 11 et 12, cf. § 5 initio.

(12) D. *eod.*, L. 7, pr. Voyez encore le § 1 de la même loi.

(13) D. *eod.*, L 1, § 9 initio. — (14) Cf. L. 1 cit., § 10. — (15) L. 1 cit., § 5 initio.

se substituer quelqu'un malgré la défense du mandant(16). Plusieurs armateurs sont obligés solidairement en vertu de la loi(17), par la raison que bien souvent les tiers n'en connaissent qu'un seul et contractent sur la foi de celui-ci(18). A l'origine, l'action exercitoire se restreignait au cas où le préposé était un esclave ou un enfant sous puissance de l'armateur(19); mais elle ne tarda pas à être étendue à la nomination d'une personne libre(20).

2° L'action institoire est la généralisation de l'action exercitoire pour tous les mandats commerciaux; elle s'applique à tous les cas où l'on a préposé quelqu'un à la gestion d'un établissement commercial ou industriel(21). Le facteur commercial s'appelle *institor*(22); c'est à lui, donc ici au mandataire, que l'action institoire emprunte son nom(22). Pour le surplus, la théorie de l'action est presque en tous points la même que celle de l'action exercitoire; plusieurs mandants sont de plein droit tenus solidairement(23), et le préposé

(16) D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1, § 5 i. f. — Cf. ci-dessus T. III, § 136, I, 1° i. f.

(17) D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1, § 25, L. 2, L. 3, L. 4, § 1.

(18) Voyez Maynz, II, § 223, note 8. Au contraire, si plusieurs armateurs exploitent le navire en personne et contractent avec les tiers, l'obligation se divise entre eux (D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 4, pr.).

(19) Gaius, IV, 71 initio; I. 4, 7, *quod cum ~~eo~~ qui in al. pot.*, § 2 initio. Il va de soi que le préposé esclave n'était soumis à aucune action.

(20) Gaius, IV, 71, v^is^ quin etiam..... redditur; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 2^a^ (§ 2 i. f., édition Kriegel); D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1, § 4 initio, cf. L. 5, pr.

(21) Gaius, IV, 71 i. f.; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 2 i. f. (§ 2, édition Kriegel); D. 14, 3, *de institit. act.*, L. 1 initio, L. 3, L. 4, L. 5, pr., § 1-7 et 9, L. 18. N'est pas soumis à l'action institoire celui qui s'est borné à nommer soit un contre-maître (D. *eod.*, L 5, § 10, v^is^ Sed et..... teneri eum), soit un régisseur de ferme n'ayant pas qualité pour vendre les fruits (D. *eod.*, L. 16 initio). Toutefois, le patron qui a autorisé le tiers à contracter avec son contre-maître, est soumis à l'action quasi-institoire sur le fondement d'un mandat civil (cf. D. *eod.*, L 5, § 10, v^is^ Plane si.....) et la même action se donne contre le propriétaire de la ferme qui a chargé son régisseur de l'administration de la ferme et de la vente des fruits, ce qui constitue un mandat à la fois civil et commercial (D. *eod.*, L. 16 i. f.)

(22) Gaius IV, 71 i. f.; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 2 i. f. (§ 2, édition Kriegel).

(23) D. 14 3. *de instit. act.*, L. 1^3^, § 2, L. 14 initio, cf. L. 14 i. f.

peut être une personne libre(24). Mais il ne peut se substituer quelqu'un contrairement à ses instructions(25).

3° L'action quasi-institoire s'applique à tous les mandats civils(26). Elle est soumise aux mêmes règles que l'action institoire; notamment plusieurs mandants sont obligés solidairement en vertu de la loi(27).

Les trois autres actions, *Quod jussu*, *de peculio* et tributoire, supposent un mandat donné par un chef de famille à son enfant sous puissance ou à son esclave. A la vérité ce mandat est civilement nul; à raison de l'unité de personne, une obligation civile est impossible entre parties; il ne résulte de la convention que des obligations naturelles(28). Mais cette circonstance n'empêche pas les tiers d'avoir action contre le chef de famille, ainsi que nous venons de le reconnaître déjà à l'occasion des actions exercitoire, institoire et quasi-institoire(29).

4° L'action *Quod jussu* se donne aux tiers contre le mandant toutes les fois que l'enfant sous puissance ou l'esclave a contracté avec les tiers à la suite d'un mandat quelconque(30). Celui-ci ne doit donc pas revêtir la forme d'un ordre(31), bien que de fait il en fût presque toujours ainsi, comme le prouve le mot *jussum* employé pour la désignation du mandat(32). D'après cela l'action *Quod jussu*

(24) GAIUS, IV, 71 i. f.; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 2 i. f. et 2ª (§ 2 i. f., édition Kriegel). Cf. D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 17, § 1 initio.

(25) Arg. D. *eod.*, L. 5, § 11-16, L. 11, § 5-6, et C. 4, 25, *de exerc. et instit. act.*, L. 1 initio.

(26) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 30 (L. 31, édition Kriegel), pr.; D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 5, § 8, L. 16 i. f., L. 19, pr.; D. *h. t.*, L. 10, § 5; D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 25, vis Si procurator..... mandavit; C. 4, 25, *de exerc. et instit. act.*, L. 5, L. 6.

(27) Arg. D. 15, 4, *quod jussu*, L. 5, § 1 i. f. cbn. avec l'initium, et D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 19, pr.

(28) Cf. ci-dessus T. I, § 47, II, 1° et 2°, et T. II, § 134, et note 2.

(29) Aussi le D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 51, pr., et le D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 25, § 4-7, 9, 11-13, parlent-ils du mandat donné par un maître à son esclave.

(30) D. 15, 4, *quod jussu*, L. 1, pr., § 1, 3, 4 et 6.

(31) D. *eod.*, L. 1, § 3 (Sed et si mandaverit pater dominusve, videtur jussisse), 1 i. f. et 6.

(32) Cf. SCHILLING, III, § 318, *ad not.* y, z et aa; cet auteur semble voir plutôt

complète le système des actions exercitoire et institoire; elle comprend les mandats tant civils que commerciaux donnés par quelqu'un à ses esclaves ou enfants sous puissance; mais la création subséquente de l'action quasi-institoire la rendit inutile. L'expression d'action *Quod jussu* est due aux premiers mots de la formule de cette action. Plusieurs mandants sont encore tenus solidairement(33).

5° L'action *de peculio* suppose que le chef de famille a abandonné un pécule à son esclave ou à son enfant sous puissance(34), en vue de lui en confier l'administration(35) ou bien de lui permettre de faire un négoce(36). Sous cette condition, on admet que les tiers ont contracté en vue du pécule, et le chef de famille est soumis à l'action *de peculio* de la part des tiers devenus créanciers de l'esclave ou de l'enfant à un titre quelconque; il n'est pas nécessaire que la dette soit relative au pécule(37). Font seules exception les dettes naissant de délits(38) et celles contractées dans un esprit de libéralité(39) ou bien par rapport aux pécules castrain(40) ou quasi-castrain(41). A raison de son fondement, l'action ne se donne

dans le mot *jussum* une allusion à la nécessité d'accepter le mandat donné par le chef de famille.

Le mandat peut au-si être général (D. 15, 4, *quod jussu*, L. 1, § 1).

(33) D. 15, 4, *quod jussu*, L. 5, § 1. L'action *Quod jussu* est perpétuelle (C. 4, 28, *ad sctum Macedon.*, L. 5, § 2 (L. 5 i. f., édition Kriegel)).

(34) D. 15, 1, *de peculio*, L. 5, § 3 et 4, vis Peculium autem Tubero quidem sic « definit, ... quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis « habet... » Voyez encore le D. *eod.*, L. 4, pr. et § 2, L. 7, § 2, L. 8, L. 39, L. 49, pr.

(35) C. 4, 26, *quod cum eo qui in al. est pot.*, L. 10; D. 15, 1, *de peculio*, L. 48.

(36) Arg. I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 5a initio (§ 5, édition Kriegel).

(37) Arg. C. 4, 26, *quod cum eo qui in al. est pot.*, L. 1 initio, et D. 15, 1, *de peculio*, L. 37, § 1; l'opinion contraire de MAYNZ, II, § 223, 4°, est insoutenable. L'action est ouverte même si le chef de famille a défendu l'acte (D. *eod.*, L. 29, § 1, L. 47, pr.). Voyez encore le D. *eod.*, L. 3, § 13, et le D. 27, 8, *de mag. conv.*, L. 1, § 17 initio. Cf. C. 4, 13, *ne filius pro patre*, L. 3, et C. 10, 32 (31, édition Kriegel), *de decur.*, L. 5.

(38) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 58; D. 15, 1, *de peculio*, L. 3, § 12.

(39) Arg. D. 2, 14, *de pact.*, L. 28, § 2.

(40) D. 49, 17, *de castr. pec.*, L. 18, § 5 initio.

(41) Arg. du même texte. Pour d'autres exceptions d'une nature spéciale, voyez

que jusqu'à concurrence du pécule(42). Encore faut-il en déduire au préalable le montant des créances du chef de famille contre son esclave ou son enfant(43); on n'entend par pécule que les biens restant après cette déduction(44). C'est une disposition d'équité; le chef de famille étant tenu des dettes de son esclave ou de son enfant sous puissance indépendamment de tout mandat, il était juste qu'il ne perdît pas ses créances contre l'esclave ou l'enfant en même temps qu'il était dépouillé du pécule(45). Lorsqu'il y a plusieurs créanciers, ils sont payés sur le pécule dans l'ordre dans lequel ils se présentent; le premier occupant l'emporte sur les autres(46). Si l'esclave appartient à plusieurs, chaque maître est soumis à l'action *de peculio* pour sa portion dominicale(47). L'action *de peculio* est perpétuelle(48), sauf qu'après la perte de la puissance paternelle ou dominicale, elle ne dure plus que pendant une année(49) utile(50).

1° le D. 15, 1, *de peculio*, L. 23, 2° le D. *eod.*, L. 3, § 5, 6 et 9, 3° le D. *eod.*, L. 3, § 8 et 10, 4° le D. *eod.*, L. 5, § 2, 5° le D. 17, 1, *mand.*, L. 54, pr., vis Quod si....., et 6° les I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 7. Mais le père de famille est d'une manière absolue soumis à l'action *de peculio* après la condamnation de son enfant (D. 15, 1, *de peculio*, L. 3, § 11; D. 9, 4, *de noxal. action.*, L. 35 i. f. cbn. avec L. 33, L. 34, L. 35 initio). Cf. D. 15, 1, *de peculio*, L. 3, § 8.

(42) 1. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 4 (§ 4 initio, Kriegel); C. 4, 26, *quod cum eo qui in al. est pot.*, L. 12 initio. C'est le moment de la sentence qui est décisif à cet égard (D. 15, 1, *de peculio*, L. 30, pr., cf. L. 30, § 4, L. 57, pr.). Que si le chef de famille diminue frauduleusement le pécule, son dol ne nuit pas aux tiers créanciers (D. *eod.*, L. 21, pr. et § 2 i. f. (§ 3, Kriegel), cbn. avec L. 30, § 6, cf. L. 21, § 1 et 2 initio (§ 1 et 2, Kriegel), L. 30, § 7, L. 31.

(43) Gaius, IV, 73 initio; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 4c initio (§ 4 i. f. Kriegel); D. 15, 1, *de peculio*, L. 9, § 2 initio; C. 4, 26, *quod cum eo quï in al. est pot.*, L. 12 initio.

(44) Gaius, IV, 73 initio; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 4c initio (§ 4 i. f., Kriegel); D. 15, 1, *de peculio*, L. 5, § 4 i. f.

(45) Cf. D. *eod.*, L. 9, § 2, vis quia prævenisse dominus et cum servo suo egisse creditur. Voyez cependant Gaius, IV, 73 i. f., les I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 4c i. f. (§ 4 i. f., Kriegel), et le D. 15, 1, *de peculio*, L. 9, § 6, L. 49, § 1.

(46) D. 15, 1, *de peculio*, L. 10.

(47) Cf. 1° D. *eod.*, L. 27, § 2-3, L. 30, § 5, L. 32, § 2, L. 33-34, 2° D. *eod.*, L. 32, pr. et § 1. — (48) D. 15, 2, *quando de pec. actio ann. est*, L. 1, § 1 initio.

(49) D. *eod.*, L. 1, pr., § 1 i. f., 3 à 6.

(50) D. *eod.*, L. 1, pr. i. f. et § 2, cf. L. 2, pr.

6° Enfin, l'action tributoire suppose que le chef de famille a permis à son esclave ou à son enfant sous puissance de faire un négoce avec la totalité ou une partie du pécule et que l'esclave ou l'enfant a contracté des dettes à l'occasion de ce négoce(51). Dans ce cas, les créanciers ont l'action tributoire contre le chef de famille jusqu'à concurrence du fonds commercial (52), mais non sur le surplus du pécule ; c'est une différence avec l'action *de peculio*. Le but de l'action tributoire est de faire répartir le fonds commercial entre tous les créanciers, y compris le chef de famille; celui-ci ne jouit pas d'un droit de préférence à raison de ses créances contre l'esclave ou l'enfant(53). La répartition se fait en proportion du montant des créances respectives (54); c'est pourquoi les créanciers qui se présentaient les premiers, devaient, pour le cas de survenance de nouveaux créanciers, fournir caution de rapporter ce qu'ils avaient reçu de trop (55). L'action tributoire tire son nom de la distribution du fonds commercial dont nous venons de parler. C'est une autre différence avec l'action *de peculio*, où le chef de famille avait un droit de préférence pour ses créances et où les tiers créanciers étaient payés dans l'ordre dans lequel ils se présentaient(56). Si l'esclave ou l'enfant a plusieurs établissements de commerce, chacun donne lieu à un partage séparé(57). Lorsque l'esclave ou l'enfant, en possession d'un pécule, a fait un négoce de l'aveu du chef de famille, ses créanciers commerciaux ont intérêt à recourir tantôt à l'action *de peculio*, tantôt à l'action tributoire(58) : à la première, pour pouvoir agir sur l'intégralité du pécule(59) et être payés dans

(51) Gaius, IV, 72; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 3; D. 14, 4, *de tribut., act.*, L. 1, pr., § 1 et 3, L. 2.

(52) I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 3; D. 14, 4, *de tribut. act.*, L. 5, § 5, 11 à 14.

(53) I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 3; D. 14, 4, *de tribut. act.*, L. 1, § 2, cf. L. 5, § 6-7. — (54) D. *eod.*, L. 5, § 19 initio.

(55) D. *eod.*, L. 5, § 19, vis Et ideo....., L. 6, L. 7, pr. — (56) D. *eod.*, L. 6.

(57) D. *eod.*, L. 5, § 15-16.

(58) I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 5ª initio (§ 5, édition Kriegel).

(59) Gaius, IV, 74ª initio; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 5ª i. f. (§ 5 i. f., Kriegel).

l'ordre où ils se présentent(60); à la seconde, pour exclure le droit de préférence du chef de famille à l'action *de peculio*(61).

§ 140. *Comment finit le mandat.*

Le mandat finit naturellement par son exécution, par l'accomplissement d'une condition résolutoire ou l'expiration d'un terme résolutoire, et par le consentement mutuel des parties(1). Il y a de plus deux causes d'extinction qui sont propres au mandat, à savoir la renonciation et le décès de l'une des parties.

1° Chaque partie est libre de renoncer au mandat par sa seule volonté.

a) Le mandant peut révoquer à tout instant le mandataire(2). La raison en est que le mandat intervient généralement dans l'intérêt exclusif du mandant(3) et que chacun est admis à renoncer à un droit établi en sa faveur(4). Aussi le droit de révocation cesse-t-il lorsque le mandataire ou un tiers est aussi intéressé au mandat. Notamment, le mandat *ad litem* donné au cessionnaire d'une créance est irrévocable, à raison de l'intérêt réciproque du mandant et du mandataire(5). De même, le mandat donné à un *adjectus solutionis causa* ne peut être révoqué par le créancier parce qu'il intéresse aussi le débiteur(6). La révocation du mandat peut se faire expressément ou tacitement; la constitution subséquente d'un nouveau man-

(60) D. 14, 4, *de tribut. act.*, L. 6.

(61) I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 5ª initio (§ 5, Kriegel).

(1) I. 3, 29, *quib. mod. oblig. toll.*, § 4.

(2) Gaius, III, 159; I. *h. t.*, § 9; D. *h. t.*, L. 12, § 16 initio; D. 15, 4, *quod jussu*, L. 1, § 2. — (3) Cf. ci-dessus T. III, § 134, II, A, et III.

(4) C. 2, 3, *de pact.*, L. 29, § 1 i. f. (L. 29, édition Kriegel).

(5) Arg. D. 3, 3, *de procur.*, L. 25, vis Plane si dicat in rem suam se procura« torem datum et hoc probaverit, non debet carere propria lite », L. 55. Cf. ci« dessus T. III, § 134, II, A i. f.

(6) D. 46, 3, *de solut.*, L. 12, § 3, L. 106 initio. Cf. ci-dessus T. I, § 5, 1, 2° i. f. Quant au mandataire ordinaire *ad litem*, pour que la procédure ne soit pas entravée, sa révocation est interdite après la *litis contestatio*, si ce n'est pour une cause légitime. C. 2, 12 (13, édition Kriegel), *de procur.*, L. 22; D. 3, 3, *eod.*, L. 17-26, L. 27, pr., cf. L. 16). Voyez encore le C. 3, 1, *de judic.*, L. 14, § 4 (L. 14, § 1 initio, Kriegel).

dataire implique en général révocation tacite de l'ancien(7). La révocation est possible bien que le mandat ait déjà reçu un commencement d'exécution, sauf que celui-ci oblige pleinement le mandant envers le mandataire(8). Mais la révocation n'a d'effet soit à l'égard du mandataire(9), soit à l'égard des tiers(10), qu'après qu'elle est parvenue à leur connaissance respective; tant qu'ils ignorent la révocation, le mandat subsiste en leur faveur, car ils doivent le considérer comme maintenu(10a).

b) De son côté, le mandataire a la faculté de se désister du mandat par sa volonté unilatérale(11). Il a voulu rendre un pur service au mandant(12) et il aurait été peu équitable de ne pas lui permettre de renoncer à le rendre. Il faut d'ailleurs que la renonciation du mandataire soit faite à un moment opportun ou que, si elle a lieu à un moment inopportun, elle repose sur un motif légitime(13); sinon le mandataire étant coupable de faute est passible de dommages et intérêts(14). La renonciation est faite à un moment opportun lorsqu'il est encore possible au mandant de gérer l'affaire par lui-même ou par un tiers d'une manière aussi commode que si le mandat n'avait pas été donné(15). Tel n'est pas le cas où le mandat comprenant une série d'opérations connexes, le mandataire se désiste après en avoir fait quelques-unes; dans l'espèce, lui seul

(7) D. 3, 3, *de procur.*, L. 31, § 2. En ce sens MOLITOR, II, n° 738, 2°. — Voyez encore les l. *h. t.*, § 10 i. f.

(8) Nos sources disent que la révocation doit avoir lieu *re integra* (GAIUS, III, 159; I. *h. t.*, § 9; D. 15, 4, *quod jussu*, L. 1, § 2); elle doit avoir lieu *re integra*, pour que le mandant ne soit pas tenu envers le mandataire.

(9) D. *h. t.*, L. 15; D. 15, 4, *quod jussu*, L. 1, § 2.

(10) D. 46, 3, *de solut.*, L. 12, § 2, L. 18 i. f., L. 34, § 3, L. 38, § 1, L. 51. Voyez cependant le D. 40, 2, *de manum. vind.*, L. 4, pr. i. f.

(10a) Cf. GLÜCK, XV, § 959, n° II, 1°, p. 356-359, SCHILLING, III, § 323, 1° i. f., MOLITOR, cité, II, n° 740 i. f.

(11) I. *h. t.*, § 11 initio; D. *h. t.*, L. 22, § 11 initio.

(12) D. *h. t.*, L. 1, § 4.

(13) D. *h. t.*, L. 22, § 11, vis (renuntiari autem ita potest, ut integrum jus man-« datori reservetur vel per se vel per alium eandem rem commode explicandi) « aut si redundet in eum captio qui suscepit mandatum », cbn. avec L. 23-25; I. *h. t.*, § 11, vis aut quam primum..... — (14) I. *h. t.*, § 11 i. f.

(15) D. *h. t.*, L. 22, § 11, vis citis à la note 13; I. *h. t.*, § 11 i. f.

peut mener à bonne fin le surplus des opérations connexes. Citons comme causes légitimes de désistement à un moment intempestif : une maladie(16) ou une absence justifiée(17) du mandataire le mettant dans l'impossibilité d'exécuter le mandat, une inimitié grave survenue entre lui et le mandant(18), l'inutilité de l'exécution du mandat parce que le tiers débiteur qu'il s'agit de poursuivre, est insolvable ou dispose d'une exception péremptoire(19), enfin l'appauvrissement du mandant, puisqu'il rend illusoire le recours du mandataire contre le mandant(20). Ajoutons encore qu'en admettant le droit de se désister, le mandataire doit notifier sans retard son désistement au mandant, pour que celui-ci puisse sauvegarder ses intérêts ; le préjudice causé par le défaut de notification est imputable au mandataire et doit être réparé par lui(21).

2° Le mandat s'éteint aussi par le décès de l'une des parties(22) ; il ne se transmet pas aux héritiers.

a) D'abord le mandat prend fin au décès du mandant(23), par la raison que le mandataire a voulu rendre au mandant un service purement personnel(24). La règle cesse naturellement si les parties sont convenues du contraire, et surtout si le mandat ne doit recevoir son exécution qu'après le décès du mandant ; par exemple quelqu'un donne le mandat de lui ériger un tombeau après sa mort(25). En outre, le mandat *ad litem* donné au cessionnaire d'une créance persiste après le décès du mandant, parce qu'il tend à procurer au mandataire le produit de la créance cédée et nullement à

(16) PAUL, II, 15, § 1 ; D. *h. t.*, L. 23 initio, L. 25 i. f. — (17) PAUL, II, 15, § 1.

(18) PAUL, II, 15, § 1 ; D. *h. t.*, L. 23 i. f., L. 25 i. f.

(19) Arg. PAUL, II, 15, § 1, vis et inanis rei actionem, et D. *h. t.*, L. 24, « seu ob « inanes rei actiones », L. 25 i. f., cbn. avec D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 6, et D. 50, 17, *de R. J.*, L. 112.

(20) Cf. D. *h. t.*, L. 25. SCHILLING, III, § 323, 2°, et *Erinnerung*, ne réputé valable le désistement du mandataire que s'il n'est pas intempestif et si en outre il repose sur un motif légitime. Son opinion est isolée. Voyez GLÜCK, XV, § 959, n° II, 2°, p. 361-365, MOLITOR, cité, II, n° 741, et MAYNZ, II, § 224, 3°.

(21) I. *h. t.*, § 11 ; D. *h. t.*, L. 22, § 11, vis Et quidem si is.....

(22) GAIUS, III, 160 initio ; I. *h. t.*, § 10 initio.

(23) Mêmes textes et de plus le D. *h. t.*, L. 26, pr. initio, et le C. *h. t.*, L. 15.

(24) D. *h. t.*, L. 1, § 4. — (25) D. *h. t.*, L. 12, § 17. — D. *h. t.*, L. 13, L. 27, § 1.

rendre service au mandant(26). Dans tous les cas, le décès du mandant n'a d'effet à l'égard du mandataire(27) et des tiers(28) qu'après que ceux-ci ont respectivement appris le décès ; jusque-là les actes de gestion du mandataire demeurent valables au point de vue des héritiers du mandant ; car le mandataire et les tiers ont agi dans la conviction de la persistance du mandat. Même après avoir appris le décès du mandant, le mandataire doit encore poursuivre l'exécution du mandat si son abstention est inopportune ; telle a été la volonté des parties lors de la conclusion du mandat(29) ; on suivra ici par analogie les règles relatives au désistement intempestif du mandataire(30).

b) Ensuite, le mandat s'éteint par le décès du mandataire(31) ; en effet, si le mandant contracte avec le mandataire, c'est à raison de la

(26) Cf. C. 4, 10, *de O. et A.*, L. 1, et GLÜCK, XV, § 959, n° I, 4°, p. 349-351. Quant au mandat ordinaire *ad litem*, il continue malgré la mort du mandant si elle survient après la *litis contestatio* (C. 2, 12 (13, Kriegel), *de procur.*, L. 23); l'extinction du mandat à cette époque aurait entravé la poursuite du procès (cf. L. 23 initio, cit.).

Le mandat de l'*adjectus solutionis causa* ne s'éteint pas davantage par le décès du créancier mandant.

(27) GAIUS, III, 160, vis sed utilitatis causa..... adferret; I. *h. t.*, § 10, vis Sed utilitatis causa..... afferat; D. *h. t.*, L. 26, pr., vis Si tamen....., et § 1, L. 34, § 1 i. f.

(28) D. 39, 5, *de donat.*, L. 19, § 3, vis sed si quidem.....; D. 46, 3, *de solut.*, L. 32 i. f.; D. 40, 2, *de manum. vind.*, L. 4, pr. initio. Voyez encore le D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 11, pr.

(29) C'est sans doute à cette règle que font allusion les textes qui n'admettent l'extinction du mandat par le décès du mandant que si les choses sont encore entières, *re integra* (GAIUS, III, 160 initio; I. *h. t.*, § 10 initio; C. *h. t.*, L. 15). Les I. *h. t.*, § 11, confirment cette explication. Cf. GLÜCK, XV, § 959, n° I, 1°, p. 333-336, SCHILLING, III, § 323, 3° initio, et MOLITOR, cité, II, n° 736, p. 131-132.

Toutefois, les traditions faites après le décès du mandant par le mandataire qui ignorait encore ce décès, sont nulles faute de consentement du propriétaire à l'aliénation de sa chose, ce qui exclut la juste cause de tradition (D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 41, vis nam et si tibi..... alienaret; D. 39, 5, *de donat.*, L. 2, § 6. Cf. le D. *eod.*, L. 19, § 3, vis Si quis..... fuit dantis, et le D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 33, vis Item si amicus..... Cf. GLÜCK, XV, § 959, n° I, 3°, p. 345-349, SCHILLING, III, § 323, 3° i. f., et MOLITOR, cité, II, nos 735 initio et 736 initio.

(30) Cf. le n° 1, *b*, du présent paragraphe.

(31) GAIUS, III, 160 initio; I. *h. t.*, § 10 initio; D. *h. t.*, L. 27, § 3 initio, L. 57 initio.

confiance personnelle qu'il lui inspire; il ne place pas nécessairement la même confiance dans les héritiers du mandataire (32). Il y a exception si le mandat a manifesté une volonté contraire, notamment si le mandat ne doit s'exécuter qu'après le décès du mandataire (33); le mandat *ad litem* donné au cessionnaire d'une créance passe également à ses héritiers, parce qu'il implique pour le mandataire un droit qui n'a rien de personnel (34). Enfin, les héritiers du mandataire doivent notifier le plus tôt possible le décès de leur auteur au mandant, pourque celui-ci puisse sauvegarder ses intérêts (35), et dans l'intervalle ils sont obligés de faire les actes de gestion qui n'admettent aucun retard; malgré le caractère personnel de la tâche du mandataire, ces obligations des héritiers sont conformes à la volonté présumée des parties (36). En dehors de ces cas, les héritiers du mandataire n'ont ni l'obligation, ni le droit de poursuivre l'exécution du mandat. S'ils s'abstiennent de le faire, ils ne sont pas responsables vis-à-vis du mandant; s'ils exécutent le mandat, ils n'obligent pas le mandant (37). Cette dernière règle est vraie alors même que les héritiers du man-

(32) L. 57 i. f., cit.

(33) Arg. C. 4, 11, *ut actiones et ab her. et contra her. incip.*, L. un. Cf. ci-dessus T. II, § 111 initio. Contra UNTERHOLZNER, cité, II, § 619, note g, dont l'opinion est insoutenable.

(34) C. 8, 53 (54, édition Kriegel), *de donat.*, L. 33, pr., cf. § 1 (L. 33, Kriegel). Cf. ci-dessus T. I, § 66, II, 3°.

Quant au mandat *ad litem* ordinaire, il ne se transmet pas aux héritiers du mandataire, pas même après la *litis contestatio;* à la mort du mandataire, le procès se continue au nom du principal (C. Théod. 2, 12, *de cognit. et procurat.*, L. 7, cf. L. 1).

(35) Arg. I. *h. t.*, § 11.

(36) Cf. D. 3, 2, *de his qui not. inf.*, L. 6, § 6 initio. C'est apparemment cette obligation qu'ont en vue les textes qui subordonnent l'extinction du mandat à la condition que les choses soient encore entières, *re integra* (GAIUS, III, 160 initio; I. *h. t.*, § 10 initio; D. *h. t.*, L. 27, § 3 initio). Les I. *h. t.*, § 11, viennent à l'appui de cette manière de voir. Cf. MOLITOR, cité, II, n° 737 initio.

On comprend aussi que lorsque l'exécution du mandat a créé un droit de créance pour les tiers, par exemple lorsque le mandataire s'est porté caution, les héritiers du mandataire succèdent à l'obligation de leur auteur (arg. D. *h. t.*, L. 14 initio).

(37) D. *h. t.*, L. 27, § 3 i. f.

dataire ont ignoré soit le décès de leur auteur, soit l'intransmissibilité du mandat; la première erreur devait plutôt les détourner de la gestion et la seconde est inexcusable(38). Il va de soi que l'extinction du mandat n'opère que pour l'avenir, et que les effets qu'il a déjà produits au moment où il s'éteint, demeurent

(38) D. *h. t.*, L. 57. PAPINIANUS *libro X responsorum*. « Mandatum distrahendo-
« rum servorum defuncto qui mandatum suscepit intercidisse constitit. Quoniam
« tamen heredes ejus errore lapsi non animo furandi, sed exsequendi, quod
« defunctus suæ curæ fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos
« videri placuit. Sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non
« inutiliter acturum, cum exceptio justi dominii causa cognita detur neque
« oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam here-
« dum adfici damno ».

« Il est certain que le mandat de vendre des esclaves a pris fin par le décès du
« mandataire. Cependant, comme ses héritiers avaient vendu les esclaves par
« erreur, dans le but d'exécuter ce que le *decujus* avait pris à sa charge, et non
« dans l'intention de voler, on a été d'avis que les esclaves avaient été usucapés
« par les acheteurs. Mais le marchand d'esclaves à son retour de la province
« agira avec succès par l'action Publicienne; car l'*exceptio justi dominii* se donne
« (seulement) après examen; or il ne faut pas que celui qui a accordé sa confiance
« à une certaine personne, souffre un préjudice par l'erreur ou l'impéritie des
« héritiers (de cette personne) ».

Nous avons accepté dans ce passage la leçon *non inutiliter acturum;* elle repose sur plusieurs manuscrits du Digeste, est confirmée par les Basiliques XIV, 1, c. 57, et scol. 1 et 5 (HEIMBACH, II, p. 137 et 138) et adoptée par Mommsen. La Florentine, approuvée par les frères Kriegel, porte *non utiliter acturum.* La leçon *non inutiliter acturum* s'impose si l'on tient compte de la fin de la loi.

Un marchand d'esclaves, en partant pour la province, avait donné à quelqu'un le mandat de vendre des esclaves. Le mandataire étant décédé avant d'avoir exécuté le mandat, ses héritiers crurent que le contrat s'était transmis à eux; ils vendirent les esclaves à des tiers et les leur livrèrent. Cette tradition faite par un non-représentant n'était pas translative de propriété. Mais les esclaves n'ayant pas été volés par les héritiers du mandataire, leur usucapion était possible et elle s'accomplit effectivement. Le mandant de retour de la province aura-t-il au moins l'action Publicienne? Oui, décide Papinien; car le défendeur à cette action n'obtient l'*exceptio dominii* que d'après les circonstances, et dans l'espèce on la refusera justement aux acheteurs qui invoquent l'usucapion; l'erreur des héritiers du mandataire ne doit pas nuire au mandant. Voyez en ce sens DE SAVIGNY, *System* VII, § 329, p. 188-189, et *Beilage* XIX, PELLAT, *Propriété et usufruit*, p. 575-590, et VANGEROW, I, § 335, *Anm.*, n° II, 2°, a. Contra GLÜCK, VIII, § 598, 5°, p. 366-371, et MOLITOR, cité, II, n° 737, p. 134-135.

acquis aux parties(39); les actions directe et contraire de mandat se donnent aux héritiers et contre les héritiers des parties(40).

X. Du dépôt.

D. 16, 3, *depositi vel contra.* — C. 4, 34, *depositi.*

DE HARVENG, *De deposito*, Louvain, 1826 (dissertation inaugurale).

§ 141. *Notion et conditions.*

Le dépôt (*depositum*(1) ou *depositio*(2)) est le contrat par lequel une personne remet à une autre une chose mobilière, pour la garder gratuitement et la restituer en nature et en toute éventualité; *depositum est, quod custodiendum alicui datum est*(3). Le dépôt exige les conditions suivantes :

1° Les parties doivent être capables de s'obliger(4), puisque le

(39) D. *h. t.*, L. 58, pr., v^is^ mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur, L. 59, § 2.

(40) L. 58, pr., cit., v^is^ cit^is^ à la note précédente; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 12, cbn. avec D. 50, 17, *de R. J.*, L. 157, § 2; D. *h. t.*, L. 14. Cf. *Auctor ad Herennium* II, 13.

L'héritier condamné en nom propre et pour dol subissait même l'infamie (D. 3, 2, *de his qui not. inf.*, L. 6, § 6 initio).

(1) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 1, L. 50 initio; D. *h. t.*, L. 24, L. 31, § 1 i. f. Le mot *depositum* désigne encore plus souvent la chose déposée (D. *h. t.*, L. 1, pr., § 4 initio, 14 i. f., 37 i. f. et 41 i. f., L. 12, § 1 initio, L. 13, § 1 i. f.).

(2) D. *h. t.*, L. 1, § 2 et 22 i. f., L. 5, § 2 i. f., L. 17, § 1 i. f.

Les deux expressions viennent de *de* et *ponere ;* la particule *de* renforce le verbe *ponere* (D. *h. t.*, L. 1, pr., v^is^ dictum ex eo quod ponitur : præpositio enim de auget « depositum, ut ostendat totum fidei ejus commissum, quod ad custodiam rei « pertinet). Cf. *Collatio* X, 7, § 2, et ISIDORE, *Origines* V, 25, § 19.

On rencontre aussi le verbe *commendare* comme synonyme de *deponere* (D. *h. t.*, L. 24 initio, L. 26, pr.; C. *h. t.*, L. 6, L. 9).

(3) D. *h. t.*, L. 1, pr. initio.

Le déposant s'appelle *deponens* (D. *h. t.*, L. 17, § 1 initio, L. 31, § 1 initio) ou *depositor* (D. *h. t.*, L. 1, § 37 initio), le dépositaire *depositarius* (D. *h. t.*, L. 1, § 36 i. f., L. 7, § 2 i. f. et 3 initio). Mais les circonlocutions *qui deposuit* (D. *h. t.*, L. 1, § 36 initio, L. 12, pr. i. f.; C. *h. t.*, L. 11, pr. initio (L. 11 initio, édition Kriegel), *apud quem depositum est* (D. *h. t.*, L. 1, § 14 i. f., L. 5, pr. initio, L. 11 initio, L. 12, pr. i. f., L. 29, § 1, L. 30) et autres semblables (D. *h. t.*, L. 1, § 37 i. f., L. 5, pr. i. f.) sont plus usuelles.

(4) Arg. D. 13, 6, *commod.*, L. 1, § 2, L. 2, et D. *h. t.*, L. 1, § 14 i. f. et 15.

contrat est synallagmatique imparfait(5). Le déposant ne doit pas être propriétaire de la chose déposée(6), car il ne s'agit pas de faire une aliénation.

2° La chose déposée doit être dans le commerce(7) et mobilière(8); déjà d'après le sens grammatical du mot, on dépose des meubles et non des immeubles; d'ailleurs ceux-ci n'ont guère besoin d'être gardés. Si quelqu'un se charge gratuitement de la garde d'un immeuble, il y a mandat(9).

3° Le dépôt est essentiellement gratuit(10); d'après les idées romaines, il constituait un service de la part du dépositaire(11) et un service n'admet pas de salaire. La gratuité étant de l'essence du dépôt, si quelqu'un se charge de la garde d'une chose moyennant un salaire, la convention prend la nature d'un louage d'ouvrage (*locatio operarum*)(12) ou d'une convention relative à un contrat réel innomé(13), selon que la rémunération consiste ou non en argent monnayé. Or, dans ces deux derniers contrats, le gardien de la chose répond de toute faute(14), tandis que le dépositaire est tenu de la faute lourde seulement(15). En outre le louage est un contrat

(5) Cf. le paragraphe suivant.

(6) *Collatio* X, 7, § 1; D. *h. t.*, L. 1, § 39; D. 5, 1, *de judic.*, L. 64, pr. Arg. D. *h. t.*, L. I, § 11 i. f., L. 16, et C. 4, 24, *de act. pigner.*, L. 9.

Cf. D. *h. t.*, L. 15, L. 31, § 1, vis Si tamen ignorans latro....., et D. 50, 17, *de R. J.*, L. 45, pr.

(7) Arg. I. 3, 19, *de inutil. stipul.*, § 2 initio. — (8) Arg. D. *h. t.*, L. 1, pr. initio.

(9) Arg. D. *h. t.*, L. 1, § 12, et D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 9, § 3 i. f.

Le mandat est un contrat consensuel et le mandataire répond de la faute légère; deux différences avec le dépôt. Pour le séquestre cf. ci-après § 145, 2°.

On a voulu étendre le dépôt aux immeubles. Voyez en notre sens GLÜCK, XV, § 939, p. 146-149, MOLITOR, cité, II, n° 817, et KOCH, cité, III, § 271, 2° initio.

(10) I. 3, 26, *de mand.*, § 13, vis quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium..; D. *h. t.*, L. 1, § 8 initio et 9, vis si vero nihil aliud..... Cf. D. 13, 6, *commod.*, L. 5, § 2, vis nisi forte et merces accessit.

(11) I. 3, 26, *de mand.*, § 13, vis officio depositi; D. *h. t.*, L. 24, vis beneficium in suscipienda pecunia tribuit.

(12) D. *h. t.*, L. 1, § 8 i. f. et 9, vis Si quis servum..... ex conducto.

(13) L. 1, § 9, cit., vis quod si operæ..... datur actio. Voyez encore L. 1, § 9, cit., vis si vero mercedem..... agere posse. — (14) D. *h. t.*, L. 1, § 10 initio.

(15) L. 1, § 10, cit., vis at si cibaria tantum, dolum dumtaxat.

consensuel, le dépôt un contrat réel. Quant au payement volontaire d'une récompense pour la garde de la chose, il ne change point la nature du contrat(16).

4° Le dépôt étant un contrat réel ne se parfait que par la remise de la chose(17). La convention par laquelle quelqu'un s'engage à recevoir une chose en dépôt, ne constitue pas un dépôt, mais une convention *sui generis* obligeant le promettant à recevoir la chose en dépôt, et cette convention, qui par elle-même est un simple dacte, ne produit une action que si elle a été revêtue de la forme de la stipulation(18). De plus, la remise doit avoir lieu dans le but de confier à l'*accipiens* la garde gratuite de la chose(19). Si quelqu'un reçoit une chose, en stipulant purement et simplement lors de la remise le droit de s'en servir, pas de doute qu'il n'y ait soit prêt de consommation, soit prêt à usage ou louage de choses : prêt de consommation s'il s'agit de choses consomptibles, prêt à usage s'il s'agit de l'usage gratuit de choses non consomptibles, louage de choses si on accorde à quelqu'un l'usage des mêmes choses pour un prix en numéraire(20). Mais *quid* si quelqu'un, tout en recevant une chose en dépôt, se réserve la faculté de s'en servir dans une certaine éventualité? A l'origine il y a deux contrats : un dépôt et un prêt ou un louage conditionnel; le prêt ou le louage est conclu sous la condition ' si l'*accipiens* use de la chose '; dès qu'il en use, la condition se réalise et le dépôt fait place à un prêt ou à un louage(21). *Quid* encore si le dépositaire pur et simple d'une chose

(16) Arg. D. 47, 8, *vi bon. rapt.*, L. 2, § 23 i. f., et D. 17, 1, *mand.*, L. 6, pr. (cf. ci-dessus T. III, § 134, note 44).

(17) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 3 initio; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1, § 5 initio. — (18) Cf. D. *h. t.*, L. 26, § 2.

(19) Cf. D. 17, 1, *mand.*, L. 8, pr. Si, à l'occasion d'un autre contrat, les parties ont fait une convention concernant la garde de la chose, cette convention forme un accessoire de l'autre contrat (D. *h. t.*, L. 1, § 12-13).

(20) D. *h. t.*, L. 1, § 9, vis Si vero mercedem..... agere posse; D. 47, 2, *de furt.*, L. 77 (L. 76, édition Kriegel), pr. Si le salaire consiste en d'autres choses que du numéraire, il y a contrat innomé (D. *h. t.*, L. 1, § 9, vis quod si operæ..... datur actio).

(21) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 10. « Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi « si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri « non est certum », L. 4, pr.; D. *h. t.*, L. 1, § 34.

demande et obtient après coup l'autorisation de s'en servir? Le contrat de dépôt se convertit aussitôt en prêt ou en louage, indépendamment de l'usage de la chose; les parties veulent cette conversion immédiate(22). Bien des différences séparent le dépôt du prêt et du louage. Le dépositaire est seulement tenu de la faute lourde(23); l'emprunteur de consommation supporte le cas fortuit(24); le commodataire et le preneur répondent de la faute légère(25). Le dépôt est un contrat de bonne foi(26); le prêt de consommation est de droit strict(27). Le dépôt est un contrat réel, le louage un contrat consensuel(28).

§ 142. *Effets du dépôt.*

Le dépôt oblige dans tous les cas le dépositaire et éventuellement le déposant(1); c'est un contrat bilatéral imparfait. Il produit pour le déposant l'*actio depositi directa*(1a) et pour le dépositaire l'*actio*

Parfois le dépôt originaire intervient dans le seul intérêt du dépositaire, afin de lui permettre d'user éventuellement des choses déposées; alors le dépositaire supporte aussitôt le risque (D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 4, pr.).

(22) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 9, § 9. « Deposui apud te decem, postea permisi « tibi uti : Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua « tibi hæc posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur : animo enim cœpit « possidere (c'est-à-dire, il a acquis la possession et partant la propriété). Ergo « transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici »; *Collatio* X, 7, § 9; D. 17, 1, *mand.*, L. 34, pr., vis Nec huic simile esse..... tui fiunt.

Enfin, si le déposant, sans en avoir été requis, permet après coup au dépositaire de se servir de la chose, le contrat ne change de nature qu'au moment où le dépositaire accepte l'autorisation, donc aussi s'il use de la chose (arg. D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 10).

(23) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 3, vis Sed is.....

(24) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 9, § 9 i. f.; *Collatio* X, 7, § 9 i. f.

(25) D. 13, 6, *commod.*, L. 5, § 2 et 3 initio. — (26) D. *h. t.*, L. 1, § 23.

(27) THÉOPHILE, I. 4, 13, § 3 initio.

(28) D. 19, 2, *locati*, L. 1.

Remarquons encore que la tradition constitutive du dépôt peut être faite au dépositaire lui-même ou à son représentant (D. *h. t.*, L. 1, § 14, vis Idem Pomponius..... depositi esse actionem).

(1) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 3 initio; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1, § 5 initio. — (1a) Cf. D. *h. t.*, L. 1, § 1.

depositi contraria(2). Au reste le dépositaire n'a pas la possession de la chose déposée(2a), mais seulement la détention(3).

I. *Obligations du dépositaire.* 1° Le dépositaire doit veiller à la garde et à la conservation de la chose déposée(3a), sauf que sa responsabilité se réduit à la faute lourde, parce qu'il est désintéressé dans le contrat(4); c'est pourquoi des textes disent qu'il ne doit pas la *custodia*(5); ils entendent par là la *custodia* d'un bon père de famille(6). Le dépositaire ne peut faire aucun usage de la chose déposée(7); la violation frauduleuse de cette obligation constitue un vol(8); on suit à cet égard les mêmes règles que si un créancier gagiste applique à son usage personnel la chose engagée; nous nous référons donc à la théorie du contrat de gage(9). En ce qui concerne la durée de la garde ainsi imposée au dépositaire, celui-ci peut, à défaut de terme, forcer à tout instant le déposant à reprendre la chose. Mais, si un terme a été ajouté au dépôt, le dépositaire est obligé de garder la chose pendant le temps convenu.

2° Le dépositaire doit restituer la chose en nature(10) et en toute éventualité. D'abord il est obligé de la rendre à la première réquisi-

(2) D. *h. t.*, L. 5, pr. initio. — (2a) D. *h. t.*, L. 17, § 1 initio.

(3) D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 9 i. f. — (3a) D. *h. t.*, L. 1, pr. initio et § 16.

(4) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 3, vis Sed is.....; D. 13, 6, *commod.*, L. 5, § 2, vis Nunc videndum est..... dolus præstatur solus; C. *h. t.*, L. 1.

(5) Gaius, III, 207 initio; I. 4, 1, *de oblig. quæ ex del. nasc.*, § 17 initio.

(6) Cf. ci-dessus T. I, § 12, IV. Pour certaines exceptions voyez le D. *h. t.*, L. 1, § 6 et 35, et le D. 13, 6, *commod.*, L. 5, § 2, vis aut si hoc..... penes quem deponitur (ci-dessus T. I, § 14, II, 1°).

(7) Paul, II, 12, § 5; D. *h. t.*, L. 29, pr. Il doit même s'abstenir d'ouvrir les coffres, caisses ou enveloppes qui lui sont remises fermées (arg. D. *h. t.*, L. 1, § 36 initio et 38) et de donner connaissance à des tiers d'un testament ouvert (L. 1, § 38, cit.).

(8) Gaius, III, 196 initio; I. 4, 1, *de oblig. quæ ex del. nasc.*, § 6 initio; D. 47, 2, *de furt.*, L. 1, § 2, L. 68 (L. 67, édition Kriegel), pr., L. 77 (L. 76, Kriegel), pr.; C. *h. t.*, L. 3 i. f.

(9) *Collatio* X, 7, § 10; D. *h. t.*, L. 1, § 25. Cf. ci-dessus T. II, § 121, I, 1° initio. Si le dépôt a pour objet une somme d'argent, le dépositaire qui se l'approprie, est tenu des intérêts moratoires à raison du vol qui le constitue de plein droit en demeure (C. *h. t.*, L. 3, L. 4 initio, cf. L. 4. i. f.).

(10) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 3 initio; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1, § 5 initio; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 2, pr. initio.

tion du déposant(11), alors même que le dépôt a été fait pour un certain temps(12). En effet, ce terme est établi dans l'intérêt du déposant; il a pour but de contraindre le dépositaire à garder la chose pendant le délai convenu; or chacun est libre de renoncer à un droit introduit en sa faveur(13). Nous rencontrons ici un terme stipulé à l'avantage du créancier(14). Le dépositaire n'est dispensé de faire la restitution immédiate que si celle-ci est rendue impossible par des. circonstances qui ne lui sont pas imputables(15). Ensuite l'obligation de restituer qui incombe au dépositaire, est absolue; elle a un caractère en quelque sorte sacré, à raison de la confiance sur laquelle repose le dépôt(16). Le dépositaire ne peut se refuser à la restitution sous aucun prétexte, la rétention de la chose déposée fût-elle justifiée par les principes généraux du droit. C'est ainsi qu'il n'est autorisé, ni à retenir la chose du chef d'impenses(17), bien que les autres débiteurs de restitution jouissent de ce droit(18), ni à opposer en compensation une créance réciproque réunissant toutes les conditions de la compensation(19); par exemple il est créancier réciproque d'une somme d'argent et son obligation de restituer a le même objet, la chose déposée ayant péri par sa faute lourde(20). Dans la plupart des cas, la compensation est déjà exclue parce que les deux dettes ont des objets différents; le dépositaire est débiteur d'un corps certain et sa créance réciproque

(11) D. *h. t.*, L. 1, § 22 initio. — (12) D. *h. t.*, L. 1, § 45-46.

(13) C. 2, 3, *de pact.*, L. 29, § 1 i. f. (L. 29, édition Kriegel).

(14) Cf. ci-dessus T. I, § 8, I, et T. II, § 98, III, 1°, *a* initio.

(15) D. *h. t.*, L. 1, § 22 i.f., ou bien lorsque la restitution de la chose a été subordonnée à une condition (D. *h. t.*, L. 1, § 22 i. f.), comme dans le cas de séquestre (D. *h. t.*, L. 6), car cette condition n'est pas établie dans l'intérêt du déposant.

(16) D. *h. t.*, L. 1, pr. i. f.

(17) Arg. C. *h. t.*, L. 11, pr. (L. 11 initio, édition Kriegel). Cf. *Collatio* X, 2, § 6.

(18) Cf. ci-dessus T. II, § 124, II, 3°.

(19) PAUL, II, 12, § 12; C. *h. t.*, L. 11, pr., § 1-2 (L. 11, Kriegel); C. 4, 31, *de compens.*, L. 14, § 1 i. f.; I. 4, 6, *de action.*, § 30 i. f. Cf. ci-après § 231.

(20) Une autre application nous est fournie par le dépôt irrégulier (cf. ci-après § 144), voire même par le dépôt régulier de choses ordinairement fongibles; le dépositaire d'une somme d'argent, d'une quantité de blé ou de vin, à restituer en nature aura une créance réciproque d'un objet identique s'il a droit à de l'argent, du blé, du vin, et que le choix lui appartenant il choisisse la chose déposée.

portera sur une autre chose. Le dépositaire peut encore moins refuser de restituer la chose disposée, en soutenant qu'il en est devenu propriétaire depuis le dépôt(21), ou bien à raison des prétentions d'un tiers sur la chose(22); ces règles sont de droit commun(23). Mais il va de soi que l'obligation de restituer n'existe point si le dépositaire avait déjà la propriété de la chose au moment du dépôt; car alors celui-ci est nul(24) — L'obligation de restituer porte sur la chose déposée et sur ses accessoires(25). Si les objets déposés sont renfermés dans une caisse (coffre ou enveloppe), le contenu comme le contenant est sujet à restitution(26). Mais c'est le déposant qui, en sa qualité de demandeur, supporte la charge de la preuve; c'est à lui d'établir le dépôt de la caisse, son contenu, ainsi que la disparition de certaines choses par suite du dol ou de la faute lourde du dépositaire. Il ne lui suffit pas de prouver le dépôt de la caisse et l'effraction de celle-ci; l'auteur de l'effraction peut très bien être un tiers, et le dépositaire peut ne pas être coupable de faute lourde par rapport à cette effraction; le dol et la faute lourde ne se présument point(27). Il ne lui suffit pas même d'établir le dépôt et en outre, soit l'effraction de la part du dépositaire, soit sa faute lourde; cette culpabilité ne fixe aucunement le contenu de la caisse. De deux choses l'une. Ou bien le déposant prouve à la fois le dépôt de la caisse et le dol ou la faute lourde du dépositaire, et alors le juge lui déférera le serment *in litem* au sujet du contenu de la caisse(28). Ou bien le déposant n'établit que le dépôt de la caisse ainsi que l'effraction, et, dans ce cas, le juge déférera généralement le serment purgatoire au dépositaire, à moins que l'honorabilité plus grande du déposant ne commande de déférer plutôt à ce dernier le serment supplétoire(29). — La restitution de

(21) Arg. C. *h. t.*, L. 11, pr. (L. 11 initio, Kriegel).

(22) Nov. 88, c. 1 initio, qui abroge le C. *h. t.*, L. 11, § 3 (L. 11 i. f., Kriegel). Voyez encore Nov. 88, c. 1 i. f. — (23) Cf. ci-dessus T. II, § 124, II, 3°.

(24) D. *h. t.*, L. 15, L. 31, § 1, vis Si tamen ignorans latro.....; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 45, pr. — (25) D. *h. t.*, L. 1, § 24; D. 22, 1, *de usur.*, L. 38, § 10.

(26) Arg. D. *h. t.*, L. 1, § 41. — (27) Cf. ci-dessus T. I, § 15.

(28) Arg. D. *h. t.*, L. 1, § 40 i. f. Cf. notre *Cours élémentaire* I, § 135, n° III.

(29) Cf. Glück, XV, § 943, p. 187-188, Molitor, cité, II, n° 824, et Maynz, II,

la chose déposée est due au déposant lui-même(30) et non à des tiers, fussent-ils propriétaires de la chose déposée; le dépôt est pour eux une *res inter alios acta*(31); le tiers propriétaire dispose seulement de la revendication(32). — Lorsque le dépositaire est empêché de restituer indépendamment d'un dol ou d'une faute lourde, par exemple si l'héritier du dépositaire a vendu la chose dans l'ignorance du dépôt fait à son auteur, il n'est tenu que jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi, ce qui comprend la cession des actions acquises contre les tiers(33).

§ 239, note 4. Contra VOET, *Comment. ad Pand.* IV, 9, § 8, qui, dans le cas d'effraction de la caisse, admet le déposant à faire le serment *in litem* au sujet du contenu.

Le demandeur en restitution d'un dépôt quelconque doit au reste désigner suffisamment la chose déposée (D. *h. t.*, L. 1, § 40) et en particulier les objets renfermés dans un coffre, une caisse ou une enveloppe (D. *h. t.*, L. 1, § 41. « Si « cista signata deposita sit, utrum cista tantum petatur an et species comprehen- « dendæ sint? et ait Trebatius cistam repetendam, non singularum rerum depo- « siti agendum : quod et si res ostensæ sunt et sic depositæ, adjiciendæ sunt et « species vestis. *Labeo autem ait eum qui cistam deponit singulas quoque res videri* « *deponere : ergo et de rebus agere eum oportet.* Quid ergo si ignoraverit is, qui depo- « situm suscipiebat, res ibi esse? non multum facere, cum suscepit depositum. « *Ergo et rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata cista deposita sit* ». Il s'agit dans ce passage du dépôt d'un coffret scellé, qui contenait des vêtements.

Il n'y a pas lieu de désigner les accessoires de la chose déposée; ces objets sont déposés comme accessoires et non comme objets propres (D. *h. t.*, L. 1, § 5), et dès lors ils sont restituables dans le même sens, ce qui rend inutile leur désignation spéciale.

(30) D. *h. t.*, L. 1, § 22 initio, ou bien à son héritier (D. *h. t.*, L. 1, § 46, L. 26, pr.; C. 3, 42, *ad exhib.*, L. 8, § 1 initio (L. 8, édition Kriegel) ou à son mandant (L. 8 cit., § 1 i. f. (L. 8 i. f., Kriegel); cf. ci-dessus T. II, § 111, note 47, 1°). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 1, § 37.

(31) C. 3, 42, *ad exhib.*, L. 8, § 1 (L. 8, Kriegel), v^is^ si vero..... habere; D. *h. t.*, L. 1, § 32 i. f.

(32) C. 3, 42, *ad exhib.*, L. 8, pr. (L. 8 initio, Kriegel). Dans un cas tout à fait exceptionnel la restitution est due à un tiers (D. *h. t.*, L. 31, pr.).

Quant au lieu de la restitution, voyez le D. *h. t.*, L. 12, § 1.

(33) D. *h. t.*, L. 1, § 47, L. 2, cf. L. 3-4. Pour une espèce analogue voyez le D. *h. t.*, L. 1, § 32.

Le dépositaire peut se substituer un tiers pour la garde de la chose (arg. D. *h. t.*, L. 16), sauf qu'il demeure personnellement responsable du dol et de la faute lourde du dépositaire substitué; il doit en outre céder au déposant son *actio depositi directa* contre le substitué (D. *h. t.*, L. 16; cf. *Collatio* X, 7, § 8).

Le dépositaire qui subit une condamnation pour dol, devient infâme, pour avoir trompé la confiance du déposant(34).

II. *Obligations du déposant.* En général, le déposant doit au dépositaire une indemnité complète pour les pertes causées par le dépôt(35). Notamment :

1° Il est tenu de rembourser au dépositaire les impenses nécessaires faites par celui-ci pour la conservation de la chose(36) et même les impenses utiles conformes à la volonté présumée du déposant(37). D'après le but du contrat, le dépositaire supporte les frais de garde, à moins qu'ils n'aient un caractère imprévu.

2° Le dépositaire a droit à la réparation des pertes résultant des vices de la chose déposée(38).

(34) GAIUS, IV, 182 initio ; *Collatio* X, c. 2, § 4, et c. 6; I. 4, 16, *de pœna temere litig.*, § 2 initio; D. 3, 2, *de his qui not. inf.*, L. 1, L. 6, § 6 initio et 7; C. *h. t.*, L. 10.

L'*actio depositi directa* étant arbitraire (arg. I. 4, 6, *de action.*, § 31 initio), l'inexécution de l'*arbitrium* amenée par le dol ou la faute lourde du dépositaire donne lieu au serment *in litem*. Cf. D. *h. t.*, L. 1, § 26. Voyez notre *Cours élémentaire* I, § 135, n° III.

Il paraît que, dans l'ancien droit civil, le dépositaire coupable de dol était condamné au double (cf. ci-après § 143, note 5); mais cette pénalité ne fut plus reconnue par le droit prétorien (*Collatio* X, 7, § 11).

Dans le cas d'une pluralité de dépositaires ou d'héritiers du dépositaire, il existe une solidarité légale quant aux dommages et intérêts dus à raison d'une faute commune (D. *h. t.*, L. 1, § 43; D. 27, 3, *de tut. et ration. distr.*, L. 15. Cf. ci-dessus T. I, § 51, II, D, 2°), et de plus si l'un d'eux détient la chose déposée, l'obligation de restituer est indivisible à son égard (arg. D. 13, 6, *commod.*, L. 3, § 3. Cf. ci-dessus T. I, § 55, I, A, 3° i. f.). Dans le cas d'une pluralité de déposants ou d'héritiers du déposant, l'obligation de restituer une chose déposée physiquement indivisible est elle-même indivisible (D. *h. t.*, L. 1, § 36 i. f., L. 14, pr., cf. L. 1, § 36 initio et 44. Cf. ci-dessus T. I, § 55, I, A, 3° initio).

(35) D. *h. t.*, L. 5, pr. i. f. — (36) *Collatio* X, 2, § 5 initio; D. *h. t.*, L. 23.

(37) Arg. D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 25.

(38) Le déposant n'est pas admis à alléguer sa bonne foi (D. 47, 2, *de furt.*, L. 62 (L. 61, édition Kriegel), § 5. Contra le D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 31 i. f., qui émane cependant du même Africain.

Si le dépositaire a payé l'estimation de la chose déposée, faute de pouvoir la restituer en nature, il a droit à la cession des actions du déposant relativement à la chose (D. 42, 1, *de re judic.*, L. 12) et cette cession peut être exigée par l'action contraire de dépôt (arg. D. 13, 6, *commod.*, L. 17, § 5); le dépositaire a en outre une revendication utile (arg. D. *eod.*, L. 5, § 1, et D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 63,

§ 143. *Du dépôt nécessaire.*

Le dépôt nécessaire (*depositum miserabile* dans le langage moderne) est celui que l'on est forcé de faire par suite d'un accident, tel qu'un incendie, une inondation, la ruine d'une maison, une émeute ou un naufrage(1). Il est soumis à toutes les règles du dépôt ordinaire, sauf que le déposant n'ayant pas la liberté de choisir le dépositaire(2), celui-ci encourt une condamnation au double en cas de dol(3), surtout s'il nie faussement le dépôt(4); *lis infitiando crescit in duplum*(5).

§ 144. *Du dépôt irrégulier.*

Le dépôt irrégulier (*depositum irregulare* d'après la terminologie moderne(1)) est un dépôt de choses fongibles où le dépositaire doit seulement rendre une quantité égale de choses de même espèce et qualité(2). En principe, lorsqu'on dépose des choses généralement fongibles, comme de l'argent monnayé, du blé, du vin, de l'huile,

vis cum tamen prætor..... adficietur). Que si le déposant lui-même recouvre la possession de la chose, le dépositaire peut en poursuivre la restitution par l'*actio depositi contraria* ou par la revendication utile (arg. D. 13, 6, *commod.*, L. 17, § 5, et D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 63, vis ipso quoque..... adjuvari; cf. D. 13, 6, *commod.*, L. 13, pr.), sauf la faculté qui appartient au déposant, de restituer de préférence l'estimation (arg. D. 13, 6, *commod.*, L. 17, § 5 i. f.; cf. D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 63, vis nec facile.....)

§ 143—(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1, § 1 initio, 2 et 3. — (2) D. *h. t.*, L. 1, § 4.

(3) D. *h. t.*, L. 1, § 1, vis earum autem rerum, quæ supra comprehensæ sunt, in ipsum in duplum; I. 4, 6, *de action.*, § 17 i. f. et 23 initio.

(4) I. *eod.*, § 26 initio.

(5) Cf. § 26 initio, cit. La même pénalité frappe l'héritier du dépositaire s'il est condamné à raison de son dol propre, mais non s'il subit une condamnation du chef du dol de son auteur (D. *h. t.*, L. 1, § 1 i. f., L. 18; I. 4, 6, *de action.*, § 17 i. f.). L'*actio depositi directa* ainsi accordée pour le double devient une action mixte (répersécutoire et pénale) (§ 17 i. f., cit.). Anciennement la peine du double semble avoir atteint un dépositaire quelconque condamné pour dol (*Collatio* X, 7, § 11).

§ 144—(1) Cf. D. *h. t.*, L. 24, vis egreditur ea res depositi notissimos terminos, L. 26, § 1, vis Paulus respondit eum contractum de quo quæritur depositæ pecuniæ modum excedere. — (2) Cf. D. *h. t.*, L. 24, vis si ut tantundem solveretur convenit.

le dépositaire est obligé de restituer en nature les choses reçues(3). Mais les parties sont libres de convenir que le dépositaire ne devra rendre qu'une quantité égale de choses de même espèce et qualité(4), et elles manifestent tacitement cette volonté lorsque des pièces de monnaie sont remises en dépôt sans être enfermées(5). Comment distinguer un pareil contrat du prêt de consommation? Tout dépend de l'intention des parties; il faudra rechercher dans chaque cas particulier si les parties ont voulu conclure un dépôt ou un prêt. Si cette volonté est douteuse, on se prononcera pour le prêt, parce que la remise de choses fongibles en vue de la restitution d'une quantité égale constitue le plus souvent un *mutuum*. En le supposant établi, le dépôt irrégulier est un dépôt véritable(6), et on lui applique autant que possible la théorie du dépôt ordinaire. Ainsi le dépôt irrégulier donne lieu à l'*actio depositi*(7), directe(7) ou contraire. C'est un contrat de bonne foi(8) et partant une simple convention relative aux intérêts crée une obligation civile(9). Sous ce dernier rapport, le dépôt irrégulier offre un avantage marqué sur le *mutuum*, où les intérêts doivent être convenus dans la forme de la stipulation(10), et celle-ci exige la présence des parties; grâce au dépôt irrégulier, il était possible de placer de l'argent à intérêt chez un absent, surtout chez un banquier(11); il est même probable que l'admission du dépôt irrégulier fut due à cette circonstance(12). De même le

(3) Cf. L. 24 cit., vis Lucius Titius..... et corpora nummorum eadem redderentur. — (4) L. 24 cit., vis si ut tantundem solveretur convenit.

(5) D. 19, 2, *loc.*, L. 31, vis Idem juris esse in deposito : nam si quis pecuniam « numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed « adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset nisi tantundem « pecuniæ solveret ». Cf. D. *h. t.*, L. 29, pr.

(6) D. *h. t.*, L. 24 (dans ce passage Papinien combat l'opinion contraire; voyez POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 16, 3, *depos.*, nº 49, notes *d* et *f*), et arg. L. 25, § 1, L. 26, § 1, L. 28, L. 29, § 1. — (7) D. *h. t.*, L. 25, § 1 i. f., L. 26, § 1 i. f.

(8) D. *h. t.*, L. 24 i. f., L. 28 i. f., L. 29, § 1.

(9) D. *h. t.*, L. 24 i. f., L. 26, § 1.

(10) Cf. ci-après § 147, 5º i. f.

(11) Arg. D. *h. t.*, L. 7, § 2-3, L. 8, et D. 42, 5, *de reb. auctor. jud. possid.*, L. 24, § 2.

(12) Si le dépositaire s'est seulement engagé à placer à intérêt les fonds du déposant, il ne doit servir les intérêts que s'il en a perçu réellement (D. *h. t.*,

dépositaire irrégulier ne peut pas opposer la compensation. Il n'en existe pas moins des différences capitales entre ce dépôt et le dépôt ordinaire :

1° Le dépositaire irrégulier acquiert la propriété des choses déposées, avec tous les droits qui en dérivent(13).

2° En sa qualité de débiteur de choses fongibles, il supporte les risques et périls(14).

3° Si un terme est ajouté au dépôt, le déposant ne peut agir en restitution qu'après l'expiration du terme; car celui-ci est établi dans l'intérêt du dépositaire comme dans celui du déposant.

§ 145. *Du séquestre.*

MUTHER, *Sequestration und Arrest im römischen Rechte*, Leipzig, 1856.

Le séquestre (*sequestrum*(1), *sequestratio*(2)) est le dépôt d'une chose par rapport à laquelle plusieurs personnes ont des intérêts distincts(3). On appelle encore séquestre la personne à laquelle on confie un pareil dépôt, ainsi que la chose déposée; de plus, les Romains donnent au dépositaire le nom de *sequester*(4). Le séquestre est un dépôt véritable(5), soumis à la théorie ordinaire du dépôt.

L. 28), s'il a négligé d'en percevoir ou bien s'il a employé l'argent à son profit (L. 28 cit.).

Le dépôt irrégulier étant un contrat de bonne foi, les intérêts sont aussi dus en vertu de la demeure (D. *h. t.*, L. 24, L. 25, § 1, cf. L. 29, § 1).

(13) Arg. D. 19, 2, *loc.*, L. 31, vis Idem juris esse in deposito..... et recte datum. — (14) Arg. D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 4, pr.

(1) C. 7, 18, *quib. ad libert. proclam. non liceat*, L. 3, § 2 (L. 3 i. f., édition Kriegel).

(2) C. 4, 4, *de prohib. sequestratione pecuniæ*, L. un. initio. Le mot *sequestre* se prend adjectivement, quant au lieu du séquestre : *in sequestre deponere* (D. *h. t.*, L. 6 initio, L. 33 initio). Voyez DIRKSEN, *Manuale latinitatis*, vo *Sequestre*.

(3) Cf. D. *h. t.*, L. 6, L. 17, pr., vis nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur, et D. 50, 16, *de V. S.*, L. 110 initio. Le mot *sequestre* vient de *sequi;* les parties litigantes suivent la foi du séquestre (ISIDORE, *Origines* X, vo SEQUESTER, et AULU-GELLE, *Noctes att.* XX, 11). Cf. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 110 i. f.

(4) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 110; D. *h. t.*, L. 17, pr. initio et § 1.

(5) Arg. D. *h. t.*, L. 5, § 1 initio.

Il a également pour objet la garde de la chose(6) et il produit l'*actio depositi* directe ou contraire, avec la qualification spéciale de *sequestraria*(7). Mais il présente cette particularité que plusieurs personnes ont des intérêts distincts par rapport à la chose déposée; c'est une mesure conservatoire, tendant à garantir les droits des différents intéressés. Le plus souvent le séquestre a lieu à l'occasion d'un procès ou tout au moins d'une contestation(8). Mais parfois il intervient en dehors de toute contestation; c'est ainsi qu'en partageant une succession, les cohéritiers peuvent séquestrer des titres héréditaires communs(9). De là les différences suivantes avec le dépôt ordinaire :

1° Le séquestre peut être ordonné en justice. Le juge ordonnera le séquestre toutes les fois que cette mesure sera indispensable pour garantir les droits d'une personne(10). Rappelons à ce sujet que si un

(6) D. *h. t.*, L. 6. Si, à l'occasion d'un autre contrat, il a été fait une convention relative à la garde d'une chose, cette convention forme une simple dépendance de l'autre contrat (arg. D. *h. t.*, L. 1, § 12-13; ci-dessus T. III, § 141, note 19). *Non obstat* D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 9, § 3. Ce texte s'occupe du cas où quelqu'un reçoit une chose litigieuse pour la vendre et en garder le prix dans l'intérêt de la partie litigante qui sera victorieuse. Nous pensons qu'il y a mandat dans l'espèce; la clause relative à la garde est un accessoire du mandat (arg. D. *h. t.*, L. 1, § 12-13). Seulement la clause relative à la restitution de la chose doit être observée; le mandataire n'est tenu de rendre le prix de vente qu'à la partie victorieuse. Il s'ensuit que si l'adversaire ne se défend point, la restitution ne peut être poursuivie ni par l'action de mandat, ni par l'action de dépôt. Telle est la décision du jurisconsulte; il accorde l'action *præscriptis verbis* contre l'*accipiens* et, au cas d'insolvabilité de ce dernier, l'action de dol contre l'adversaire défaillant. S'il y avait eu condamnation, l'action ouverte aurait été l'*actio mandati* et non l'*actio depositi*.

En ce sens SCHILLING, III, § 275, et note f initio.

(7) D. *h. t.*, L. 12, § 2. On l'appelle aussi simplement *actio depositi* (D. *h. t.*, L. 5, § 1 initio) ou *actio sequestraria* (D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 9, § 3).

Le séquestre répond également de la faute lourde (D. *h. t.*, L. 7, pr.).

(8) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 110.

(9) C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 5; D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 5. Voyez encore : 1° le D. *eod.*, L. 4, § 30, le C. *h. t.*, L. 5, L. 6, 2° le D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 22, § 8 i. f., et 3° le D. *h. t.*, L. 7, pr.

En ce sens SCHILLING, III, § 275 initio. Cf. MOLITOR, cité, II, n° 836, et MAYNZ, II, § 240, et note 1. Contra KOCH, cité, III, § 277, n° I, et note 2.

(10) D. 2, 8, *qui satisd. cog.*, L. 7, § 2. — D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 4, § 3, L. 5.

débiteur de choses mobilières susceptibles d'être facilement gardées est empêché de les payer par des circonstances relatives au créancier, il est admis à les déposer dans une église ou à tout autre endroit désigné par le juge(11). On parle ici d'un séquestre nécessaire ou judiciaire, en lui opposant, sous le nom de séquestre conventionnel ou volontaire, le séquestre qui est l'œuvre de la libre volonté des parties. Par lui-même le séquestre nécessaire n'est pas un contrat; il n'acquiert ce caractère que par le consentement de la partie à laquelle le juge ordonne de déposer; à défaut de ce consentement, il n'y a qu'un quasi-contrat analogue au dépôt(12).

2° Le séquestre peut avoir pour objet non seulement des choses mobilières, mais aussi des immeubles(13), voire même des personnes(14). Cette dérogation à la théorie commune du dépôt s'explique par la circonstance que le séquestre a pour but de garantir les droits de plusieurs intéressés ; or cette garantie est parfois désirable pour les immeubles et pour les personnes. Notamment, à l'interdit *de liberis exhibendis et ducendis*, le préteur pouvait ordonner le séquestre de l'enfant, à raison de son âge ou de son sexe(15).

3° Le séquestre, pas plus qu'un autre dépositaire, n'a de plein droit la possession juridique de la chose séquestrée(16). Mais la

— D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 22, § 8 i. f. — PAUL, V, 36, § 1-2; D. 49, 1, *de appell.*, L. 23, § 1. — C. 7, 65, *quorum appell. non recip.*, L. 5.

(11) C. 4, 32, *de usur.*, L. 19, pr. et § 1 (L. 19 initio, édition Kriegel). Cf. ci-dessus T. I, § 11, II, 2°. — (12) Cf. MAYNZ, II, § 240, note 4.

(13) Arg. D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 22, § 8 i. f., et D. 43, 30, *de lib. exhib.*, L. 3, § 6.

En ce sens MOLITOR, cité, II, n° 838, 4°, et MAYNZ, II, § 240, 3°. Cf. KOCH, cité, III, § 277, p. 480-481.

Contra GLÜCK, XV, § 939, p. 148 i. f., et apparemment aussi SCHILLING, III, § 272, et note n, cbn. avec le § 275.

(14) D. 43, 30, *de lib. exhib.*, L. 3, § 6.

(15) L. 3, § 6, cit. Voyez encore le D. 25, 4, *de inspic. ventre custod. partu*, L. 1, pr. et § 10.

Le séquestre peut parfaitement avoir pour objet une somme d'argent. *Non obstat* C. 4, 4, *de prohib. sequestr. pec.*, L. un., qui se borne à proclamer la règle évidente que celui qui poursuit le payement d'une somme d'argent, n'a pas le droit d'en exiger la séquestration pendant le procès. En ce sens MAYNZ, II, § 240, note 8. Cf. SCHILLING, III, § 275 i. f.

(16) D. *h. t.*, L. 17, § 1 initio; arg. D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 39.

possession peut lui être transférée par une convention spéciale(17). Ce transfert empêchait que, pendant le procès, le plaideur qui avait la possession de la chose, n'en acquît la propriété par usucapion; celle-ci était interrompue à cause de la perte de la possession(18).

4° Le séquestre intervient nécessairement dans l'intérêt de plusieurs personnes(19) et la restitution de la chose n'est due qu'à celui des intéressés à qui la chose revient d'après les circonstances, notamment s'il s'agit d'une chose contentieuse, à la partie victorieuse (20).

5° La chose séquestrée doit être restituée lorsque la cause du séquestre est venue à cesser(21), par conséquent, dans le cas d'une contestation, lorsque celle-ci est vidée(22). D'un autre côté, si en principe le séquestre est tenu de garder la chose jusqu'au moment indiqué(23), il peut cependant se faire décharger plus tôt de son obligation pour de justes motifs(24).

(17) D. *h. t.*, L. 17, § 1, vis nisi apud sequestrem deposita est : nam tum demum sequester possidet; D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 39.

(18) L. 39 cit. En transférant la possession au séquestre, on mettait aussi le plaideur qui avait possédé jusque-là, dans l'impossibilité de compléter le temps nécessaire pour l'emporter à l'ancien interdit *Utrubi* (cf. D. *h. t.*, L. 17, § 1, vis ut neutrius possessioni id tempus procedat).

(19) Cf. D. *h. t.*, L. 17, pr. initio, et D. 50, 16, *de V. S.*, L. 110 initio. Mais il n'exige pas à vrai dire plusieurs déposants (arg. D. *h. t.*, L. 17, § 1, vis apud deponentem); les textes cités au commencement de la note, en parlant de plusieurs déposants, ont en vue les différents intéressés et ayants droit à la restitution. En ce sens Koch, cité, III, § 277, note 1. Contra Molitor, cité, II, n° 838, 2°, et Maynz, II, § 240, 2°.

(20) Arg. D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 39 i. f. Dans l'hypothèse d'un séquestre de titres héréditaires communs, ceux-ci doivent être représentés aux héritiers qui en font la demande (D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 5 initio).

Il va de soi que l'ayant droit à la restitution peut agir pour le tout (D. *h. t.*, L. 17, pr. i. f.).

(21) Arg. D. *h. t.*, L. 6, et C. *h. t.*, L. 6.

(22) D. 2, 8, *qui satisd. cog.*, L. 7, § 2 i. f.; arg. D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 9, § 3. Voyez encore le C. *h. t.*, L. 5 initio, et le D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 5 initio (cf. ci-dessus note 20).

Quant au lieu de la restitution, voyez le D. *h. t.*, L. 5, § 1.

(23) C. *h. t.*, L. 6. — (24) D. *h. t.*, L. 5, § 2.

XI. Du prêt.

§ 146 *Des diverses espèces de prêts.*

Le droit romain connaît trois sortes de prêts : le prêt de consommation (§ 147-149), le commodat ou prêt à usage (§ 150-151) et le précaire (§ 152). Le prêt de consommation est translatif de propriété(1) et a pour objet des choses consomptibles(2). Le commodat ou prêt à usage ne procure à l'emprunteur que le simple usage(3) et porte sur des choses non consomptibles(4). Le précaire est une variété du commodat, mais un commodat de tolérance(5).

A) *Du prêt de consommation.*

D. 12, 1, *de rebus creditis si certum petetur et de condictione.*

C. 4, 1, *de rebus creditis et de jurejurando.*

HEIMBACH (G. E.), *Die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig, 1849.

§ 147. *Notions et conditions.*

Le prêt de consommation (*mutuum*(1)) est le contrat par lequel une personne donne à une autre une quantité de choses consomp-

§ 146—(1) Cf. ci-après § 147 initio. — (2) Cf. § 147, 4°. — (3) Cf. § 150 initio. (4) Cf. § 150, 2°. — (5) Cf. § 152 initio.

§ 147—(1) L'origine du mot est douteuse. Les uns le font dériver de son équivalent gréco-sicilien *μοῖτον* (cf. VARRON, *de lingua lat.* V, 179 initio, édition BRUNS), composé lui-même de *μοι* et *τεὸν*; ce serait une allusion au transfert de propriété qu'implique le *mutuum*. D'autres le déduisent de *meum* et *tuum* (GAIUS, III, 90 i. f.; I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr. i. f.; D. *h. t.*, L. 2, § 2 initio). D'autres encore lui donnent pour radical le verbe *mutare*. La première origine est la plus plausible. Cf. GLÜCK, XI, § 777, et note 14.

Mutuare signifie d'ordinaire emprunter (D. 16, 1, *ad sctum Vell.*, L. 17, pr., L. 19, § 5 initio), mais parfois aussi prêter (C. 4, 2, *si cert. pet.*, L. 16 initio).

Lorsque le prêt de consommation est fait à intérêt, on le désigne encore par l'expression *fœnus* (D. *h. t.*, L. 33 i. f.; D. 17, 1, *mand.*, L. 10, § 3 initio; C. 4, 32, *de usur.*, L. 26, § 2 et 4 (L. 26, édition Kriegel). Cependant on appelle plus régulièrement *fœnus* les intérêts stipulés (D. 22, 1, *de usur.*, L. 9, § 1; D. 22, 2, *de naut. fæn.*, L. 4, pr. et § 1; D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 42, § 2 initio); l'on nomme encore ainsi le capital placé à intérêt (D. 17, 1, *mand.*, L. 12, § 9 i. f.). Cf. DIRKSEN, *Manuale latinitatis*, v° FŒNUS, et SCHILLING, III, § 242, et note a.

tibles, à charge de rendre autant de même espèce et qualité(2). Ce prêt n'est qu'une application spéciale du *creditum*(3); le *credere* (croire, avoir foi, confier) comprend toutes les conventions où l'une des parties suit la foi de l'autre(4), donc aussi le commodat(5), le dépôt, le contrat de gage(5) et les conventions consensuelles ou verbales où l'on se fie à son cocontractant(6). Le caractère le plus saillant du prêt de consommation, celui qui domine toute la théorie de ce contrat, est qu'il implique un transfert de propriété; en vertu du *mutuum* même, la propriété des choses prêtées passe du prêteur à l'emprunteur(7). Un autre caractère important du *mutuum* est qu'il forme un contrat de droit strict(8). Il exige en particulier les conditions suivantes :

1° Le prêteur doit être propriétaire des choses données en prêt(9); autrement il ne saurait être question d'un transfert de propriété au profit de l'*accipiens*, et ce transfert est de l'essence du *mutuum*. Donc, si le prêteur n'est pas propriétaire, le prêt est frappé de nullité et le prêteur n'a pas l'*actio mutui*(10), tandis que le tiers propriétaire peut revendiquer(11). Mais le prêt se confirme après coup, d'abord si l'emprunteur acquiert la propriété, notamment par usucapion ou par la confusion résultant du mélange des choses reçues avec les siennes(12), ensuite s'il consomme de bonne foi les

(2) Cf. GAIUS, III, 90, I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*., pr., et D. *h. t.*, L. 2, pr. et § 1. — (3) D. *h. t.*, L. 2, § 3 initio.

(4) D. *h. t.*, L. 1, § 1, vⁱˢ omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, conplectitur (*scilicet rerum creditarum titulus*).

(5) D. *h. t.*, L. 1, § 1 i. f.

(6) D. *h. t.*, L. 2, § 3 i. f. et 5. Toutefois, le mot *creditum* se prend aussi dans un sens restreint comme synonyme de *mutuum* (D. *h. t.*, L. 2, § 1).

Cf. ORTOLAN, III, nº 1208, HEIMBACH, cité, p. 48-83, et DIRKSEN, *Manuale latinitatis*, vº CREDITUM.

(7) GAIUS, III, 90; I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr.; D. *h. t.*, L. 2, § 2 initio.

(8) THÉOPHILE, I. 4, 13, § 3 initio; arg. CICÉRON, *pro Roscio com.* 4-5.

(9) D. *h. t.*, L. 2, § 4, L. 13, § 2 i. f., L. 16.

(10) Arg. D. *h. t.*, L. 13, pr. initio et § 1 initio, et D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 3, § 2 i. f. Cf. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 56, § 2 initio. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 11, § 2 initio. — (11) D. *h. t.*, L. 11, § 2 i. f.; D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 3, § 2 i. f.

(12) Arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 78. Cela suppose que la séparation soit impossible (L. 78 cit.).

choses qui lui ont été livrées(13). En effet, dans le premier cas, l'*accipiens* étant devenu propriétaire, le vice du prêt se trouve effacé, et dans le second, la consommation procure à l'*accipiens* tous les avantages matériels du prêt(14). Quant au tiers propriétaire, il va de soi que sa revendication est éteinte avec sa propriété; mais il dispose d'une action *in factum* contre le prêteur pour se faire céder l'*actio mutui*, car le prêteur s'est enrichi injustement de cette action aux dépens d'autrui(15). Dans le cas où l'*accipiens* a consommé de mauvaise foi, le prêt reste nul(16) et le tiers propriétaire a contre le consommateur l'action *ad exhibendum* en dommages et intérêts(17).

2° Le prêteur doit aussi être capable d'aliéner(18), puisqu'il s'agit de faire une aliénation. Un mineur étant incapable d'aliéner ne peut faire un prêt de consommation(19). Si le prêteur est incapable, le

(13) D. *h. t.*, L. 12 i. f., L. 13, pr. i. f. et § 1 initio, L. 19, § 1, vis quapropter si.....; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 24, § 2. Cf. D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 56, § 2 i. f., et D. *h. t.*, L. 13, § 1 i. f.

(14) Arg. D. *h. t.*, L. 19, § 1 initio. Nous exigeons une consommation de bonne foi, d'abord parce que c'est seulement sous cette condition que la consommation ressemble à celle de l'emprunteur proprement dit, ensuite parce que le consommateur de mauvaise foi doit des dommages et intérêts à l'ancien propriétaire (arg. D. *h. t.*, L. 11, § 2 i. f.).

En ce sens GLÜCK, XII, § 781, p. 38-42, MOLITOR, cité, II, n° 780, et VANGEROW, III, § 623, *Anm.* 1, n° I. Cf. SCHILLING, III, § 266, et notes n i. f. et p. MAYNZ, II, § 233, note 6, semble contraire.

C'est à tort que, dans le cas de consommation, l'on parle d'une *condictio de bona fide consumptis* ou *de bene depensis* ou encore d'une *condictio sine causa*. Il y a lieu à une *actio mutui* fondée sur le *mutuum* devenu valable (arg. D. *h. t.*, L. 11, § 2, cbn. avec la rubrique du titre). En ce sens GLÜCK, XII, § 781, p. 38-42, SCHILLING, III, § 266, note p i. f., MOLITOR, cité, II, n° 780 i. f., et VANGEROW, III, § 623, *Anm.* 1, n° I.

(15) C. 4, 2, *si cert. pet.*, L. 2, « Quamvis pecuniam tuam Asclepiades suo « nomine crediderit, stipulando tamen sibi jus obligationis quæsivit. Quam « pecuniam ut possis petere, mandatis tibi ab eo actionibus consequeris », cf. L. 7. — (16) Voyez la note 14 initio du présent paragraphe.

(17) Arg. D. *h. t.*, L. 11, § 2 i. f. Le prêt se confirme également si l'*accipiens* a aliéné de bonne foi les choses reçues, sans être soumis à un recours de la part de l'acquéreur. Ce cas est analogue à celui de la consommation de bonne foi (VANGEROW, III, § 623, *Anm.* 1, n° I). — (18) Arg. I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2 initio.

(19) GAIUS, II, § 82; I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2 initio; D. 26, 8, *de auctor.*

prêt est nul; donc la propriété n'est point transférée à l'*accipiens* et l'incapable demeuré propriétaire peut revendiquer, tant que les choses livrées ne sont pas consommées(20). La consommation éteint sa propriété et sa revendication, qui sont maintenant dépourvues d'objet. Mais il peut réclamer du consommateur de bonne foi par une *condictio sine causa* la restitution d'une quantité égale de choses de même espèce et qualité; car il a fait une prestation en vertu d'une cause légalement inexistante(21). Il est erroné de soutenir que la consommation de bonne foi rend le prêt valable et donne lieu à l'*actio mutui;* il ne saurait y avoir un *mutuum* sans consentement valable; le système contraire conduit à la conséquence inadmissible que l'incapable serait empêché d'agir en restitution avant l'expiration du terme convenu(22). Au cas où le consommateur a été de mauvaise foi, il est tenu de tous dommages et intérêts à l'action *ad exhibendum*(23).

3° L'emprunteur doit être capable de s'obliger, puisqu'il est obligé par le prêt(24). Un impubère ne peut donc recevoir un prêt de consommation(25). Mais l'incapable est au moins tenu jusqu'à concurrence du profit qu'il a retiré de la tradition, car personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui(26); il est soumis de ce chef

et cons. tut. et curat., L. 9, pr. i. f. — Arg. C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 22, pr. et § 1. Cf. ci-dessus T. II, § 87, 2°, p. 51.

En outre le prêt d'argent était interdit aux gouverneurs de province (C. 4, 2, *si cert. pet.*, L. 3; D. *h. t.*, L. 33) et aux personnes de leur entourage (L. 33 cit.) qui n'avaient pas d'emploi à vie (D. *h. t.*, L. 34, pr.).

(20) Gaius, III, 82 initio; I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2 initio.

(21) § 2 initio, cit.; D. *h. t.*, L. 12 initio, L. 19, § 1 initio; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 24, pr.

(22) Contra Théophile, I. 2, 8, § 2 initio. L'opinion du jurisconsulte byzantin n'a qu'une autorité doctrinale.

En notre sens Maynz, II, § 233, note 7.

Contra Glück, XII, § 781, p. 38-42, Schilling, III, § 266, note p i. f., et Molitor, cité, II, n° 782.

(23) I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2 initio.

(24) Arg. D. 26, 8, *de auctor. et cons. tut. et curat.*, L. 5, pr. initio

(25) L. 5, pr. initio, cit.; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 58 (L. 59, édition Kriegel).

(26) D. 26, 8, *de auctor. et cons. tut. et curat.*, L. 5, pr. i. f.; D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 13, § 1, L. 14; D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4, § 4, vis nam et si..... esse exceptionem.

à une action *in factum*. De plus, il est obligé naturellement à une restitution intégrale dans les limites qui ont été indiquées dans la partie générale des obligations(27). Quant à l'incapacité spéciale qui frappe les enfants sous puissance, il en sera question ci-après(28).

4° Le prêt de consommation, comme l'indique son nom, suppose des choses consomptibles(29); il ne s'applique pas aux choses non consomptibles; celles-ci font l'objet du commodat(30). Voici le motif de cette distinction. Les choses consomptibles ne présentent guère d'utilité que pour autant qu'il est permis de les consommer, et pour pouvoir les consommer, il faut en être propriétaire; dès lors elles sont du domaine du *mutuum* qui est translatif de propriété. Par contre, il n'est nullement nécessaire d'avoir la propriété des choses non consomptibles pour pouvoir en tirer profit; la concession du simple usage suffit; c'est pourquoi ces choses font l'objet du prêt à usage.

5° En dernier lieu, le prêt de consommation étant un contrat réel, exige la tradition des choses qu'il s'agit de prêter(31). La promesse de prêter (*pactum de mutuando* dans le langage moderne) n'est pas un prêt; ses effets sont tout différents; elle n'oblige que le futur prêteur(32), tandis que le prêt oblige principalement l'emprunteur(33); aussi le stipulant est-il libre de ne pas conclure le prêt(34). La promesse de prêter n'est d'ailleurs qu'un simple pacte si elle n'a été revêtue de la forme de la stipulation(35). La tradition constitutive du prêt doit se faire dans l'intention de transférer la

(27) T. I, § 47, II, 3°.

(28) § 149bis. Mentionnons encore 1° la défense faite aux provinciaux de prêter de l'argent à leur gouverneur (C. 4, 2, *si cert. pet.*, L. 16; cf. D. *h. t.*, L. 3, § 1), voyez sur ce point Glück, XII, § 782, p. 56-58, 2° le refus de l'*actio mutui* contre les villes et les établissements de bienfaisance lorsque le prêt fait à leurs représentants n'a pas été appliqué au profit de la personne civile (D. *h. t.*, L. 27; Nov. 120, c. 6, § 3). — (29) Cf. I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr.

(30) Cf. ci-après § 150, 2°.

(31) Gaius, III, 90 initio; I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr. initio; D. *h. t.*, L. 2, § 3 i. f.; D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 6 i. f.

(32) Arg. D. *h. t.*, L. 30. — (33) Cf. ci-après § 149. — (34) D. *h. t.*, L. 30.

(35) Arg. C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 3. — Pour l'hypothèque consentie en sûreté du prêt éventuel, voyez ci-dessus T. II, § 97, note 117.

propriété des choses livrées(36) et à charge de rendre une quantité égale de choses de même espèce et qualité(37). Si l'on stipule la restitution de choses d'une autre espèce ou d'une autre qualité, il y a échange(38); or celui-ci est un contrat de bonne foi(39), et partant les intérêts promis par simple convention sont dus civilement(40); l'échange donne aussi lieu à la *condictio causa data causa non secuta*(41). Si le *tradens* stipule la restitution d'une quantité plus forte que celle qu'il livre, le *mutuum* vaut seulement pour la quantité reçue(42). Mais rien n'empêche de convenir de la restitution d'une quantité moindre(43); il y a alors donation pour la différence. — La tradition des choses prêtées s'opère d'après les règles ordinaires. Notamment il y a tradition *brevi manu* si un déposant convient avec le dépositaire que celui-ci aura dorénavant en prêt les choses déposées(44). La tradition des choses prêtées peut se faire par le prêteur en personne ou bien par son représentant; je puis charger mon dépositaire de prêter à un tiers les choses déposées(45). Par dérogation à une règle générale en matière de représentation(46), on admet même que l'on peut prêter des choses consomptibles au nom d'autrui, de telle sorte que le principal est partie contractante et acquiert l'*actio mutui directa*(47). Il en est ainsi que les choses prêtées appartiennent au principal(48)

(36) GAIUS, III, 90; I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr.; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1, § 2 i. f.

(37) GAIUS, III, 90; ULPIEN, *fragm. Vindobonense* III, 1; I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr.; D. *h. t.*, L. 2, pr. et § 1; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1, § 2, L. 3, § 1.

(38) C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 7. — (39) C. *eod.*, L. 2.

(40) Arg. D. 16, 3, *depos.*, L. 24 i. f., L. 26, § 1.

(41) C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 7.

(42) D. 2, 14, *de pact.*, L. 17, pr.; D. *h. t.*, L. 11, § 1 i. f.; C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 9. — (43) D. *h. t.*, L. 11, § 1 initio.

(44) D. *h. t.*, L. 9, § 9; D. 17, 1, *mand.*, L. 34, pr., vis Nec huic simile esse..... tui fiunt.

(45) Voyez encore le D. *h. t.*, L. 11, § 2, vis Et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua », L. 2, § 4, vis nec « obest, quod filius familias et servus dantes peculiares nummos obligant... ».

(46) Cf. ci-dessus T. II, § 111, III, 2° i. f.

(47) D. *h. t.*, L. 9, § 8; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 126, § 2 initio; C. 4, 27, *per quas pers. nob. adquir.*, L. 3 (L. 2, édition Kriegel); arg. C. 4, 2, *si cert. pet.*, L. 4.

(48) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 126, § 2 initio. Voyez aussi les textes cités aux notes 44 et 45.

ou au représentant(49). Enfin, la tradition est inutile lorsque l'emprunteur est déjà propriétaire des choses qu'il s'agit de prêter : tel est le cas où un créancier donne en prêt à son débiteur les choses qui font l'objet de la dette et constituent la propriété du débiteur(50).

— Le *mutuum* est fréquemment accompagné d'une promesse d'intérêts. Le contrat étant de droit strict, la promesse d'intérêts, pour avoir force civile, requiert en général l'emploi de la stipulation(51); toutefois une simple convention suffit dans les cas suivants :

a) dans les prêts de choses autres que de l'argent(52),

b) lorsqu'un prêt d'argent est fait soit par une ville(53), soit par un banquier ou un changeur(54), ou bien lorsqu'il est fait à la grosse, comme le *fœnus nauticum*(55).

§ 148. *De la preuve du prêt de consommation.*

Conformément aux principes généraux, la preuve du prêt incombe au prêteur, et elle se fait par les modes ordinaires. Cependant, on suit une règle spéciale pour la reconnaissance écrite du prêt, pour

(49) D. *h. t.*, L. 9, § 8; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 126, § 2 initio. Il s'ensuit qu'il y a *mutuum* lorsqu'un créancier donne à son débiteur le mandat de prêter à un tiers les choses dues, propriété du débiteur, et que celui-ci prête effectivement ces choses au nom du créancier (D. *h. t.*, L. 15 initio; D. 17, 1, *mand.*, L. 34, pr., vis item quod ..... receptum est).

(50) D. *h. t.*, L. 15 i. f., d'Ulpien. Cf. D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 3, § 3, vis Et ideo etsi..... cessat senatus consultum.

Contra D. 17, 1, *mand.*., L. 34, pr., d'Africain.

L'opinion d'Ulpien mérite la préférence comme étant la plus rationnelle et parce qu'elle est exposée sous la rubrique du *mutuum*. La doctrine rigoureuse d'Africain aura été abandonnée par les jurisconsultes subséquents. Voyez Glück, XII, § 779, 3° et 4°, p. 11-18.

Par voie d'analogie, le prêt se forme lorsqu'on remet des choses à quelqu'un pour qu'il les vende et garde à titre de prêt le produit de la vente; le prêt existe à partir de la réception du prix. Ici encore une tradition nouvelle de l'argent provenant de la vente est inutile, puisque l'emprunteur en est déjà propriétaire (D. *h. t.*, L. 11, pr. initio, d'Ulpien; C. 4, 2, *si cert. pet.*, L. 8. Contra D. 17, 1, *mand.*, L. 34, pr., vis His argumentum esse..... accepisset argentum, d'Africain). Voyez Glück, XII, § 779, 2°, p. 6-11.

(51) Paul, II, 14, § 1; C. 4, 32, *de usur.*, L. 7 initio.

(52) C. *eod.*, L. 11 (L. 12, édition Kriegel). — (53) D. 22, 1, *de usur.*, L. 30.

(54) Nov. 136, c. 4.

(55) D. 22, 2, *de naut. fæn.*, L. 5, § 1, L. 7. Cf. ci-après T. III, § 184.

le chirographe *de mutuo*. Cette reconnaissance ne fait foi qu'après deux années de date(1). On a considéré que celui qui veut emprunter, donne souvent sa signature avant d'avoir reçu le prêt; il la donne dans l'attente d'un prêt qui peut ne pas se réaliser; mais si pendant deux ans il a laissé le billet entre les mains de la partie adverse sans avoir protesté, l'on doit bien admettre qu'il a reçu le prêt. En conséquence, lorsque le signataire du billet est poursuivi avant deux ans par l'*actio mutui* et qu'on lui oppose le billet, il peut nier le prêt, la numération des espèces. Cette dénégation est une contestation du fondement de l'*actio mutui*, une *litis contestatio negativa*(2) et non une véritable exception; le défendeur ne doit fournir aucune preuve(2). C'est au contraire au demandeur d'établir le prêt(3) par témoins, par la délation du serment décisoire ou par tout autre moyen que le chirographe, lequel est dépourvu de force probante(4). Nos sources parlent donc d'une manière impropre d'une *exceptio non numeratæ pecuniæ*(5). Le porteur du billet aurait pu rendre cette défense impossible, en retardant à dessein la poursuite pendant deux ans; il fallait encore protéger le signataire du billet contre cette éventualité. C'est pourquoi on lui permet pendant deux ans, soit de répéter le chirographe par une *condictio causa data causa non secuta* comme ayant été donné en vue d'un but qui ne s'est pas réalisé(6), soit de faire une protestation(7) qui perpétue

(1) C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 14, pr. initio. A l'origine, en vertu d'une constitution de Caracalla (GNEIST, *Formelle Verträge*, p. 492 et 508), le délai était d'un an (C. Hermog., T. I, *de cauta et non numer. pec.*, L. 1). Alexandre Sévère ou Dioclétien le porta à 5 années (L. 1 cité). Justinien le réduisit à 2 ans (C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 14, pr. initio). Le délai, bien que continu (L. 14, pr. initio, cit.), ne court cependant contre les mineurs qu'à partir de leur majorité (C. 2, 40 (41, Kriegel), *in quib. caus. in integr. restit. nec. non est*, L. 5, pr. (L. 5 initio, Kriegel); cf. C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 14, pr. i. f.).

(2) C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 10 i. f. — (3) C. *eod.*, L. 3.

(4) Cf. Nov. 18, c. 8. — (5) C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 14, pr. initio.

(6) C. 4, 9, *de condict. ex lege et sine causa*, L. 4; C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 7.

(7) C. *eod.*, L. 14, § 4-6 (§ 4, Kriegel). La protestation doit se faire par écrit et entre les mains de l'adversaire (L. 14 cit., § 4 initio). Toutefois elle peut avoir lieu en justice si l'adversaire est absent (L. 14 cit., § 4 i. f., cf. § 6) ou un homme puissant (L. 14 cit., § 5, cf. § 6).

son droit de nier le prêt(8); ce dernier moyen est appelé par Justinien *querela non numeratæ pecuniæ*(9). Le signataire du chirographe cesse d'avoir droit à ces différents moyens lorsqu'il y renonce après coup(10), ce qui a lieu tacitement par la reconnaissance du prêt, par exemple s'il paye les intérêts ou rembourse une partie du capital(11). Lorsque le chirographe *de mutuo* a deux années de date, il fait pleine foi du prêt, mais non foi absolue; le souscripteur est admis à le combattre par la preuve contraire. En effet, il est possible que, nonobstant l'expiration de deux années, le signataire du billet n'ait rien reçu ; pourquoi lui refuser le droit d'administrer la preuve de la non-réalisation du prêt? En outre, avant l'introduction de l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, le chirographe *de mutuo* qui remontait à deux ans, ne faisait foi que jusqu'à preuve contraire; or l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* n'eut d'autre but que d'affaiblir la force probante du chirographe ayant moins de deux ans et nullement d'ajouter à cette force après deux ans. Aucun texte ne décide le contraire(12). Mais la plupart des auteurs sont d'un avis

(8) C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 14, § 4 i. f. et 6 i. f. (§ 4 initio et i. f., Kriegel).

(9) L. 14 cit., § 4 i. f., 5 i. f. et 6 initio (§ 4, Kriegel). Ces divers moyens n'ont rien de personnel; ils se transmettent activement et passivement aux héritiers des parties (C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 8, pr. et § 1 (L. 8 initio Kriegel); ils appartiennent aux cautions du souscripteur du billet (C. *eod.*, L. 12), voire même à ses créanciers à qui le billet est opposé (C. *eod.*, L. 15).

(10) Arg. C. 4, 30, *de non numer. pec*,, L. 5.

(11) C. *eod.*, L. 4. Mais la simple constitution subséquente d'une hypothèque n'implique pas la reconnaissance du prêt (arg. C. *eod.*, L. 1, L. 3). Quant à la novation de l'obligation *ex mutuo*, elle éteint celle-ci et les moyens du débiteur; l'on ne peut dire qu'elle est nulle faute d'une obligation ancienne; car en novant l'obligation *ex mutuo*, on reconnaît le prêt (C. *eod.*, L. 6, L. 11).

Le chirographe *de mutuo* au profit d'un banquier fait immédiatement pleine foi (Nov. 136, c. 5-6).

(12) *Non obstant :* 1° le C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 14, pr., vis ut eo (*scilicet biennio*) lapso nullo modo querella non numeratæ pecuniæ introduci possit », L. 10, vis Nec huic obloquitur, quod exceptio non numeratæ pecuniæ certa die non delata querella prius evanescat », et C. Théod. 2, 27, *si cert. pet. de chirogr.*, L. un., § 4, vis ut, si jure delata contestationibus tempora debitor taciturnus exegit, cavillationis istius perdat obstaculum ». Ces lois se bornent à refuser au signataire du chirographe remontant à deux ans l'*exceptio* ou la *querela non numeratæ pecuniæ*; elles n'excluent en aucune façon la preuve de la non-réception du prêt.

2° le C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 8, § 2 (L. 8 i. f., édition Kriegel). « Sin vero

opposé(13). Rappelons encore que c'est à l'occasion du chiroghraphe *de mutuo* qu'on a défendu la persistance d'un contrat littéral dans le nouveau droit romain; nous nous sommes prononcé contre ce contrat littéral(14) et cette doctrine puise un argument de plus dans ce que nous venons de dire de la force probante du chirographe *de mutuo*. On suit les mêmes règles dans le cas où le signataire du billet soutient avoir reçu moins que ne le porte le billet(15).

§ 149. *Effets du prêt de consommation.*

Considéré en lui-même, le prêt de consommation oblige nécessairement l'emprunteur et aussi d'après les circonstances le prêteur; en ce sens c'est un contrat synallagmatique imparfait. Mais,

« legitimum tempus excessit in querimoniam creditore minime deducto, omni-« modo heres ejus, et si pupillus sit, debitum solvere compelletur ». Le mot *omnimodo* signifie que si le signataire du billet décède après deux ans, son héritier ne jouit plus du tout de l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, tandis que si le signataire décède dans le cours du délai, l'héritier jouit de l'exception pendant la partie du terme qui reste à courir (L. 8 cit., pr. (L. 8 initio, Kriegel)). Il est impossible d'entendre la loi 8, § 2, dans son sens littéral; car il est clair que l'héritier ne doit pas payer si le prêt a été remboursé.

3° les I. 3, 21, *de litter. oblig.*, vis Sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur ». Justinien exclut simplement ici l'*exceptio* et la *querela non numeratæ pecuniæ*, et quant à l'expression de contrat littéral dont il se sert, outre qu'elle est inexacte (cf. ci-dessus T. II, § 82), elle n'a rien de décisif au point de vue de la force probante du chirographe *de mutuo* (UNTERHOLZNER, cité, I, § 37, 9° initio).

4° le C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 14, § 3. Aux termes de ce passage, auquel se réfère la Nov. 136, c. 6 i. f., le signataire du billet ne peut plus après deux ans déférer le serment décisoire à son adversaire. La raison en est que le chirographe faisant maintenant pleine foi, son détenteur a droit à la condamnatiun du signataire, indépendamment d'une preuve nouvelle résultant du serment. Mais le signataire du billet peut combattre le billet par d'autres preuves.

(13) Voyez en notre sens UNTERHOLZNER, cité, I, § 37, 9°, PUCHTA, *Pand.*, § 305 i. f., et *Vorles.* II, § 305, 3°, et ARNDTS, § 281 i. f.

Contra GŒSCHEN, II (2), § 477 initio, et n° 7 initio, THIBAUT, I, § 488 i. f., MÜHLENBRUCH, II, § 376 initio, GNEIST, *Formelle Verträge*, p. 89-106, SCHILLING, III, § 286, et notes p et q, KOCH, cité, III, § 254, n° II initio, KELLER, § 298, VANGEROW, I, § 167, *Anm.*, BARON, § 231, MAYNZ, II, § 248, et WINDSCHEID, II, § 372. Cf. DE SAVIGNY, *System* V, *Beilage* XIV, n° IX i. f.

(14) Cf. ci-dessus T. II, § 82. — (15) C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 9, L. 2.

comme il était de droit strict, il ne produisait à Rome qu'une *actio mutui* au profit du prêteur(1). Cette action est une *condictio certi*(2), car elle constitue une action personnelle de droit strict ayant pour objet la dation d'un *certum;* si l'on veut préciser davantage, on peut lui donner le nom de *condictio certi ex mutuo*(3). L'emprunteur ne disposait pas d'une *actio mutui contraria*(4). En effet, lors de sa conclusion le *mutuum* n'oblige que l'emprunteur; le prêteur n'est jamais obligé qu'après coup; or la nature stricte du contrat s'oppose à ce qu'il en résulte une action *ex post facto*. L'emprunteur qui devenait ultérieurement créancier, devait recourir aux actions ordinaires en dommages et intérêts, et spécialement à l'*actio doli* ou à l'*actio legis Aquiliæ*.

I. *Obligations de l'emprunteur*. 1° L'emprunteur doit rendre une quantité égale de choses de même espèce et qualité(5), sauf si l'on est convenu de la restitution d'une quantité moindre(6). La restitution doit se faire à l'expiration du terme fixé(7), et à défaut de terme, à la première demande du prêteur(8). Comme il s'agit

(1) C. 7, 35, *quib. non objic. longi temp. præscr.*, L. 5.

(2) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr. i. f.; D. *h. t.*, L. 6, L. 9, pr. initio. Selon qu'elle porte sur de l'argent ou sur d'autres choses, on l'appelle *actio si certum petetur* (D. 13, 3, *de condict. tritic.*, L. 1, pr. initio; D. *h. t.*, rubrique; C. 4, 2, *si certum petatur*) ou *condictio triticiaria* (D. 13, 3, *de condict. tritic.*, L. 1, pr. initio).

(3) Arg. D. *h. t.*, L. 9, § 5, vis condictio ex numeratione. On rencontre encore l'expression d'*actio pecuniæ creditæ* (D. 20, 5, *de distract. pignor.*, L. 12, § 1 initio).

(4) Arg. I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr. i. f.

(5) Gaius, III, 90 i. f.; I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr. i. f.; D. *h. t.*, L. 2, pr. et § 1, L. 3; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1, § 2 i. f.; D. 46, 3, *de solut.*, L. 80 initio. — (6) D. *h. t.*, L. 11, § 1 initio. Cf. ci-dessus T. III, § 147, 5°.

(7) D. *h. t.*, L. 9, pr. i. f.; arg. D. 2, 14, *de pact.*, L. 57, pr.

(8) Arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 14.

L'emprunteur doit rembourser le prêt au lieu convenu (arg. D. *h. t.*, L. 22 i. f.). Dans le silence du contrat, comme il s'agit d'une dette de choses fongibles, le payement peut se faire à un endroit quelconque, pourvu qu'il soit convenable (arg. D. 5, 1, *de judic.*, L. 38, vis præterea quod..... ubi petitur); que si l'emprunteur est poursuivi en justice, il doit payer au lieu de la poursuite (arg. D. *h. t.*, L. 22 i. f.). Cf. ci-dessus T. I, § 7, I, 2°.

La dette étant de droit strict, l'estimation des dommages et intérêts se rapporte au moment de l'échéance (D. *h. t.*, L. 22 initio) et, à défaut de terme, au moment

d'une dette générique, il va de soi que l'emprunteur supporte le cas fortuit(9).

2° L'emprunteur doit encore payer les intérêts, s'ils ont été convenus, mais non de plein droit(10). Comme nous l'avons expliqué(11), cette convention exige généralement l'emploi de la stipulation, et par conséquent le payement des intérêts se poursuit par l'*actio ex stipulatu*(12). Toutefois, les intérêts promis par simple convention sont au moins dus naturellement(13) et, même en l'absence d'une convention quelconque, il existe une obligation naturelle de payer les intérêts du capital emprunté(14).

II. *Obligations du prêteur*. Le prêteur est tenu d'indemniser l'emprunteur des pertes que lui ont causées les vices des choses prêtées; par exemple le blé prêté était gâté et a corrompu celui de l'emprunteur. Cette obligation ne se conçoit point dans le prêt d'argent et partant ce dernier est un contrat absolument unilatéral.

de la *litis contestatio* (L. 22 initio, cit.). Le lieu de l'estimation est celui où le payement devait se faire (L. 22 i. f., cit.). La loi 22 est réputée une *lex damnata;* elle ne mérite guère cette qualification. Cf. ci-dessus T. I, § 16, III initio.

(9) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2, vis Et is quidem..... obligatus permanet; D. *h. t.*, L. 9, § 9 i. f.; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1, § 4 initio; C. 4, 2, *si cert. pet.*, L. 11. — (10) C. 4, 32, *de usur.*, L. 7 initio. — (11) T. III, § 147, 5° i. f.

(12) Arg. PAUL, II, 14, § 1, et C. 4, 32, *de usur.*, L. 7 initio.

Lorsque les intérêts sont dus civilement en vertu d'une simple convention, il y a lieu, pour les banquiers ou changeurs, à une *condictio ex lege* naissant du pacte légitime (arg. D. 13, 2, *de condict. ex lege*, L. un.), et, dans les autres cas, à une action *in factum* résultant du pacte accessoire. Cf. ci-dessus T. II, § 83, III, 1°, et note 68.

Nos sources donnent encore le nom d'*actio calendarii* à l'action en payement des intérêts (D. 26, 7, *de admin. et peric. tut.*, L. 39, § 14). Cf. ci-dessus T. I, § 62, note 5.

(13) D. 46, 3, *de solut.*, L. 5, § 2 initio et i. f.; C. 4, 32, *de usur.*, L. 3. Cf. ci-dessus T. I, § 47, I.

(14) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, pr. initio; arg. D. 20, 2, *in quib. caus. pignus tac. contr.*, L. 8. Cf. ci-dessus T. I, § 47, III, 2°.

§ 149bis. *Du sénatus-consulte Macédonien.*

D. 14, 6, *de senatus consulto Macedoniano.* — C. 4, 28, *ad senatus consultum Macedonianum.*

Lœbenstern, *De Senatusconsulto Macedoniano*, Marbourg, 1828.
Dietzel, *Das Senatusconsultum Macedonianum*, Leipzig, 1856.
Dückers, *De Senatusconsulto Macedoniano*, Berlin, 1866.

I. En vertu du sénatus-consulte Macédonien porté sous le règne de Claude en l'année 47 de notre ère(1), les enfants sous puissance furent déclarés incapables d'emprunter de l'argent(2). Cette disposition avait un double but. Elle tendait d'abord à empêcher les fils de famille d'être exploités et favorisés dans leurs dissipations par des usuriers; ceux qui prêtent de l'argent à des fils de famille ont l'habitude de faire une convention usuraire en majorant la somme effectivement prêtée; car si l'enfant ne recueille pas la succession de son père parce qu'il prédécède à ce dernier, le prêteur perd son capital(3). On voulait aussi garantir la vie du père de famille

(1) Tacite, *Annales* XI, 13, vis lege lata sævitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiisfamiliarum fœnori darent. Il fut confirmé par un autre sénatus-consulte sous Vespasien (Suétone, *Vespasien* 11, vis auctor senatui fuit decernendi.. ne.. filiorumfamiliarum fœneratoribus exigendi crediti jus unquam esset, hoc est, ne post patrum quidem mortem). C'est ainsi que Tacite semble devoir être concilié avec Suétone (Pothier, *Pandectæ Justinianeæ*, 14, 6, *de scto Maced.*, n° 1, note *a*. — Schilling, III, § 268, et note f. — Maynz, II, § 234, et note 13).

Quelques auteurs interprètent le recit de Suétone en ce sens que Vespasien aurait proposé le sénatus-consulte comme consul sous Claude. Cf. Heineccius, *Antiquit. rom.*, IV, 7, § 7.

D'autres encore placent le sénatus-consulte sous Vespasien; sous Claude aurait seulement paru une loi défendant de prêter de l'argent à des fils de famille avec clause de remboursement au décès du père (arg. Tacite, cité, vis in mortem parentum, et D. *h. t.*, L. 1, pr., vis incertis nominibus crederet). Voyez Glück, cité, XIV, § 898.

(2) D. *h. t.*, L. 1, pr.; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 7.

(3) D. *h. t.*, L. 1, pr., vis Cum... sæpe materiam peccandi malis moribus præ« staret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet...». *Incertis nominibus credere* veut dire ici ' prêter d'une manière aléatoire ' et partant usuraire (Heineccius, *Antiquit. rom.*, IV, 7, § 8 i. f. — Pothier, *Pandectæ Justineaneæ*, 14, 6, *de scto Maced.*, n° 1, note *c*. — Treitschke, *Traduction alle-*

contre les attentats de la part de ses enfants obérés(4); ce fut même le meurtre d'un père de famille par son fils *Macedo* qui donna lieu au sénatus-consulte; *Macedo*, pressé par ses créanciers, tua son père pour se libérer au moyen de la succession paternelle(5). Le sénatus-consulte Macédonien doit donc son nom aux circonstances qui le provoquèrent, à un parricide; c'est une désignation tout à fait exceptionnelle; en général, les sénatus-consultes prennent le nom de celui qui les proposa au sénat.

II. Le sénatus-consulte Macédonien s'applique exclusivement aux prêts d'argent faits à des enfants sous puissance(6); car ce sont surtout ces prêts qui favorisent l'usure comme les dissipations et exposent aux attentats que l'on voulait prévenir. Ainsi :

1° Le sénatus-consulte suppose un prêt d'argent(7). Il est inapplicable aux actes juridiques autres que le prêt de consommation(8), voire même aux prêts de consommation ayant pour objet des choses autres que de l'argent(9). Mais il y a lieu au sénatus-consulte si les parties ont déguisé frauduleusement un prêt d'argent sous une autre convention, par exemple si, pour éluder le sénatus-consulte, on a prêté à l'enfant sous puissance des choses autres que du numéraire,

mande du Corpus juris ad h. l. — Cf. GLÜCK, XIV, § 898, p. 303-304, et note 72, et SCHILLING, III, § 268, note c). *Ne quid amplius diceretur* signifie ' en déguisant la chose ', c'est-à-dire l'usure. Cf. SCHILLING, III, § 268, note c, et TREITSCHKE, l. c.

(4) I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 7 i. f.; D. *h. t.*, L. 1, pr. initio.

(5) THÉOPHILE, I. 4, 7, § 7; D. *h. t.*, L. 1, pr., vis Cum inter ceteras sceleris « causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuis- « set... ».

On a soutenu que *Macedo* était le nom de l'usurier qui avait prêté de l'argent au fils de famille devenu plus tard parricide (POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 14, 6, *de scto Maced.*, n° 1, note *a*). Mais, outre que cette opinion a contre elle le témoignage précis de Théophile, les mots *Macedo... æs alienum adhibuisset* du D. *h. t.*, L. 1, pr. initio, ne conviennent qu'à un débiteur et nullement à un créancier (D. 50, 16, *de V. S.*, L. 213, § 1, vis ' Æs alienum ' est, quod nos alii debemus...). En ce sens HEINECCIUS, *Antiquit. rom.*, IV, 7, § 8 (qui enseigna d'abord le contraire), GLÜCK, XIV, § 898, p. 305-308, HUGO, *Geschichte des röm. Rechts*, § 300, et note 2, SCHILLING, III, § 268, et notes g et h, et MAYNZ, II, § 234, note †.

(6) D. *h. t.*, L. 1, pr.; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 7.

(7) D. *h. t.*, L. 3, § 3 initio.

(8) D. *h. t.*, L. 3, § 3, vis non qui alias contraxit..... cessat senatus consultum, L. 7, pr. initio; C. *h. t.*, L. 3. — (9) D. *h. t.*, L. 7, § 3 initio.

destinées à être converties en argent par l'emprunteur(10) ; la fraude fait toujours exception au droit commun(11).

2° Le sénatus-consulte suppose un prêt d'argent fait à un enfant sous puissance(12), et comme le prêt arrive à l'existence par la numération des espèces, c'est à ce moment qu'il faut se reporter pour savoir si le prêt est fait ou non à un enfant sous puissance(13). Les mineurs *sui juris* ne peuvent donc pas invoquer le sénatus-consulte Macédonien. D'un autre côté, le sénatus-consulte profite aux enfants sous puissance, fussent-ils majeurs(14), et leur reste acquis après qu'ils sont devenus *sui juris*(15).

III. L'enfant sous puissance n'est pas tenu civilement de restituer l'argent emprunté(16); il peut repousser le prêteur par l'*exceptio senatus consulti Macedoniani*(17). L'exception appartient également aux héritiers de l'enfant(18), ainsi qu'à ses fidéjusseurs(19) ou autres intercédants(20), s'ils disposent d'un recours contre l'enfant; autrement celui-ci ne profiterait pas de son bénéfice; les intercédants contraints de payer le prêteur exerceraient leur recours contre l'enfant(21). A défaut de recours, l'intercédant n'a pas l'exception,

(10) D. *h. t.*, L. 7, § 3 i. f.

(11) Voyez pour d'autres applications le D. *h. t.*, L. 3, § 3 i. f., L. 7, pr. i. f. et § 1. Une pareille convention est appelée par les modernes *contractus mohatræ*; le mot *mohatra* est d'origine espagnole et désigne à proprement parler une vente simulée (GLÜCK, XIV, § 899, note 90).

Peu importe aussi que le prêt ait eu lieu sans intérêts (D. *h. t.*, L. 7, § 9), ou que les choses prêtées n'aient pas été consommées (D. *h. t.*, L. 9, § 2, vis nam et ei quoque..... in peculio). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 15.

(12) D. *h. t.*, L. 1, pr.; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 7. Il est indifférent que l'enfant sous puissance soit un fils ou une fille (§ 7 cit., initio; D. *h. t.*, L. 9, § 2), un descendant du premier degré ou bien d'un degré ultérieur (I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 7 initio; C. *h. t.*, L. 6, § 1).

(13) D. *h. t.*, L. 3, § 4, L. 4 à 6. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 1, § 1-2.

(14) Cf. D. *h. t.*, L. 1, § 3 initio.

(15) I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 7 initio; D. *h. t.*, L. 1, pr., L. 7, § 5; PAUL, II, 10, § 1. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 7, § 4.

(16) I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 7 initio; D. *h. t.*, L. 1, pr.

(17) D. *h. t.*, L. 7, § 4 i. f., L. 19 initio. — (18) D. *h. t.*, L. 7, § 10.

(19) D. *h. t.*, L. 9, § 3 initio ; D. 44, 1, *de except.*, L. 7, § 1.

(20) D. *h. t.*, L. 9, § 3 initio ; D. 20, 3, *quæ res pignori*, L. 2.

(21) D. *h. t.*, L. 9, § 3, vis qui et ipsi mandati habent regressum.

puisque l'intérêt de l'enfant ne l'exige pas(22). Enfin, en haine du prêt lui-même, le père de famille peut opposer l'exception au prêteur qui le poursuit par l'action *de peculio*(23). — Mais l'enfant a au moins l'obligation naturelle de restituer l'argent emprunté(24); car il s'en est enrichi aux dépens du prêteur. En conséquence, s'il rembourse volontairement le prêt, il n'est pas admis à répéter(25). Nos sources justifient le refus de l'action en répétition en disant que l'exception du sénatus-consulte Macédonien fut introduite en haine du créancier (*in odium creditoris*) plutôt qu'en faveur du débiteur(26). Cela signifie que l'enfant demeure tenu naturellement et cette obligation naturelle se fonde sur son enrichissement(26a).

(22) D. *h. t.*, L. 9, § 3, vis nisi forte..... non habebit. Cf. ci-dessus T. I, § 33, II, A, 3°. Lorsque l'intercédant a voulu précisément garantir le créancier contre l'exception du sénatus-consulte Macédonien, celle-ci lui est refusée (cf. ci-dessus T. I, § 33, II, A, 2°). Dans l'espèce il perd aussi son recours contre l'enfant, auquel il est censé avoir voulu faire une libéralité.

(23) C. *h. t.*, L. 6, pr.; D. *h. t.*, L. 7, § 10; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 7. Cf. D. *h. t.*, L. 7, § 11 i. f. Mais un tiers poursuivi par l'action institoire n'a pas l'exception (D. *h. t.*, L. 7, § 11).

L'exception se donne aussi contre les héritiers du créancier (D. *h. t.*, L. 7, § 6). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 7, § 7 initio.

(24) D. *h. t.*, L. 10.

(25) D. *h. t.*, L. 9, § 4 i. f.; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 14 i. f.; D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 40, pr. Exception : D. *h. t.*, L. 8.

(26) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 40, pr.; cf. D. *h. t.*, L. 9, § 4 i. f. Voyez ci-dessus T. I, § 47, III, 1°.

(26a) Arg. D. *h. t.*, L. 9, § 4 i. f., L. 10. Mais le prêteur ne peut pas opposer sa créance en compensation. Cf. D. 16, 2, *de compens.*, L. 14, et ci-dessus T. I, § 47, III i. f.

Les intercédants sont obligés naturellement dans le même sens (D. *h. t.*, L. 9, § 4).

Quant au père de famille, une obligation naturelle n'a pas de raison d'être. Si l'enfant rembourse le prêt avec les deniers du père, le payement est nul et le père peut revendiquer ses deniers qui existent encore en nature (D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 14 initio) ou bien exercer une *condictio sine causa* contre le créancier qui les a dépensés (D. *h. t.*, L. 9, § 1. Contra D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 14, vis sed si fuerint consumpti..... non esset). Voyez encore le D. 12, 4, *de condict. indeb.*, L. 26, § 9.

En droit classique, comme l'enfant sous puissance ne laissait pas d'hérédité (D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 11 i. f.), s'il n'avait pas fait un testament par rapport à son pécule castrain, son obligation naturelle de rembourser le prêt devait s'éteindre

IV. Le bénéfice du sénatus-consulte Macédonien cesse dans des cas assez nombreux.

A) Il cesse d'une manière absolue :

1° si le père de famille a consenti au prêt(27) ou bien s'il l'a confirmé après coup(28); la défaveur qui s'attache au prêt, disparaît par suite de l'intervention du père,

2° si l'argent emprunté a été employé au profit du père(29); ici encore le prêt ne mérite aucune défaveur,

3° si l'emprunt avait un but légitime(30),

4° si le prêteur avait de justes motifs de croire que l'emprunteur était *sui juris*(31); cette erreur excusable justifiait le prêt.

B) Le bénéfice du sénatus-consulte Macédonien vient à cesser pour l'enfant sous puissance et ses intercédants, — mais non pour son père de famille, — si l'enfant devenu *sui juris* confirme le prêt(32), ce qu'il peut faire tacitement, par exemple en payant soit une partie de la dette(33), soit les intérêts, ou bien en fournissant une caution(34). Que si l'enfant confirme le prêt alors qu'il est encore sous

par son décès (D. *h. t.*, L. 18 initio). De là l'impossibilité d'une fidéjussion après ce décès (D. *h. t.*, L. 18 initio; D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 11), sauf au point de vue de l'action *de peculio* (D. *h. t.*, L. 18 i. f.). Mais dans la législation de Justinien ces règles tombent avec leur motif; car l'enfant sous puissance a une hérédité. Cf. SCHILLING, III, § 268, note r.

(27) C. *h. t.*, L. 2, L. 4; D. *h. t.*, L. 9, § 3 i. f., L. 12 i. f. Ce consentement peut être tacite (D. *h. t.*, L. 7, § 11 i. f.); il résulte même du silence du père quand celui-ci pouvant s'opposer au prêt s'est abstenu de le faire (D. *h. t.*, L. 12 initio). Cf. D. *h. t.*, L. 14. —(28) C. *h. t.*, L. 7, pr.; D. *h. t.*, L. 7, § 15, L. 16.

(29) D. *h. t.*, L. 7, § 12, L. 17; C. *h. t.*, L. 2.

(30) D. *h. t.*, L. 7, § 14. — D. *h. t.*, L. 7, § 13; C. *h. t.*, L. 5, pr. (L. 5 initio, édition Kriegel). Cf. D. 46, 3, *de solut.*, L. 47, § 1 i. f. — Nov. 115, c. 3, § 13 i. f.

(31) D. *h. t.*, L. 3, pr. et § 1, L. 19; C. *h. t.*, L. 1, L. 2. Cf. D. *h. t.*, L. 7, § 7 et 8. Sont encore valables les prêts d'argent faits à des soldats (C. *h. t.*, L. 7, § 1).

(32) C. *h. t.*, L. 2. — (33) D. *h. t.*, L. 7, § 16.

(34) S'il se borne à constituer une hypothèque, il est censé confirmer seulement le prêt jusqu'à concurrence de la valeur de la chose hypothéquée (D. *h. t.*, L. 9, pr.). Voyez GLÜCK, XIV, § 901, II, 2°.

Rien n'empêche non plus l'enfant devenu *sui juris* de faire la novation de son obligation naturelle (D. 46, 2, *de novat.*, L. 19; C. *h. t.*, L. 2). Mais cette novation impliquant une confirmation est nulle si, par suite d'une erreur de fait, l'enfant n'a pas voulu confirmer; tel est le cas où il ignorait le décès de son père de famille (D. *h. t.*, L. 20). Cf. ci-dessus T. II, § 100, III, 2°.

puissance, sa confirmation est nulle comme entachée du même vice que le contrat primitif(35). De là la conséquence que si l'enfant demeuré sous puissance se laisse condamner, il lui est encore loisible d'user de son bénéfice à l'*actio judicati;* car il n'a pu confirmer le prêt en négligeant d'opposer son exception(36).

C) Lorsque le prêteur est mineur, le bénéfice du sénatus-consulte Macédonien cède devant celui de la restitution en entier pour cause de minorité(37); car le mineur veut éviter une perte, tandis que le fils de famille cherche à faire un gain; la position du premier est la plus favorable. Mais, précisément pour ce motif, l'enfant sous puissance n'est soumis à la restitution en entier que pour autant qu'il s'est enrichi par le prêt(38).

D) Lorsque l'enfant sous puissance possède un pécule castrain ou quasi-castrain, l'exception du sénatus-consulte Macédonien lui est refusée jusqu'à concurrence de ces pécules(39); il est à leur égard assimilé à un père de famille(40).

(35) Cf. ci-dessus T. II, § 100, III, 2° initio.

(36) D. *h. t.*, L. 9, § 5, L. 10, L. 11.

(37) D. 4, 4, *de minor.*, L. 11, § 7; D. *h. t.*, L. 3, § 2 initio; D. 22, 6, *de jur. et facti ignor.*, L. 9, pr. i. f.

(38) D. 4, 4, *de minor.*, L. 34, pr. La restitution en entier fait tomber l'action ouverte contre les intercédants du fils de famille (cf. ci-dessus T. I, § 33, II initio) et contre le père.

Quid lorsque le prêteur est également un fils de famille? S'il a prêté des fonds profectices, le prêt est nul, alors même qu'il a reçu le droit de faire des actes de disposition; car cette autorisation ne comprend que les actes de disposition à titre onéreux (cf. ci-dessus T. III, § 135, 1° i. f.) et le prêt à un enfant sous puissance ne constitue pas un pareil acte. Le prêt étant nul, le père de famille du prêteur est admis à revendiquer (D. *h. t.*, L. 3, § 2 i. f.) ou à exercer une *condictio sine causa.* Est pareillement nul le prêt de fonds adventices réguliers, puisque l'enfant ne peut en disposer sans le consentement de son père de famille (arg. C. 6, 61, *de bonis, quæ lib.*, L. 8, § 5ª (L. 8, § 5, édition Kriegel)). Quant au prêt de fonds adventices irréguliers, castrains ou quasi-castrains, l'enfant ayant le droit de disposer librement de ces fonds, le sénatus-consulte Macédonien est applicable. Cf. Maynz, II, § 234, note 31 i. f., et Schilling, III, § 268, et note ee.

(39) D. *h. t.*, L. 1, § 3 i. f., L. 2 initio.

(40) L. 2 i. f., cit. De leur côté les intercédants du fils de famille ne jouissent pas de l'exception dans les limites du pécule castrain ou quasi-castrain du débiteur principal; ils ont dans les mêmes limites un recours contre le débiteur

B) *Du commodat.*

D. 13, 6, *commodati vel contra.* — C. 4, 23, *de commodato.*

Schmidt (G. E.), *Das Commodatum und precarium*, Leipzig, 1841.

§ 150. *Notion et conditions.*

Le commodat ou prêt à usage (*commodatum*[1]) est le contrat par lequel une personne remet à une autre une chose non consomptible pour s'en servir gratuitement, à charge de la restituer en nature[2]. A la différence du prêt de consommation, le commodat a seulement pour but de procurer au commodataire l'usage de la chose et non la propriété[3]. C'est d'ailleurs un contrat de bonne foi[4]. En particulier, les conditions du commodat sont les suivantes :

1° Les deux parties doivent être capables de s'obliger[5], car le contrat est bilatéral imparfait[6]. Il ne faut pas que le commodant soit propriétaire de la chose prêtée[7], puisque le commodat ne constitue pas une aliénation[8].

principal. Quant au père de famille de l'emprunteur, il conserve pleinement l'exception du sénatus-consulte Macédonien en haine du prêt.

(1) *de commodo dare.* Cf. Isidore, *Origines* V, 25, § 16.

(2) Cf. I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2 initio et i. f., et D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1, § 3. Le commodant s'appelle *commodator* (D. *h. t.*, L. 7, § 1; D. 47, 2, *de furt.*, L.14, § 14,L. 54 (L. 53, édition Kriegel), § 1 initio) ou *commodans* (D. *eod.*, L. 62 (L. 61, Kriegel), § 6 i. f.), pour ne pas parler de la circonlocution *qui commodavit* (D. *h. t.*, L. 18, § 2 initio; D. 47, 2, *de furt.*, L. 15, § 2 initio). Quant au commodataire, il n'est jamais désigné que par les circonlocutions : *cui commodatur* (D. *h. t.*, L. 5, § 3 initio), *qui commodatum accepit* (D. *h. t.*, L. 3, § 3 initio, L. 5, § 4 initio, 12 i. f. et 13 i. f.) et autres semblables (D. *h. t.*, L. 5, § 7, L. 22 i. f.) Le terme *commodatarius* est de création moderne.

Labéon distinguait un *commodatum*, restreint aux choses mobilières, et un *utendum datum*, applicable aux meubles et aux immeubles. Mais l'idée d'un prêt à usage unique, d'un commodat comprenant les meubles et les immeubles, l'emporta parmi les jurisconsultes classiques (D. *h. t.*, L. 1, § 1).

(3) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2 initio; D. *h. t.*, L. 8, L. 9.

(4) I. 4, 6, *de action.*, § 28 initio. Cf. ci-dessus T. III, § 147 initio.

(5) D. *h. t.*, L. 1, § 2, L. 2 initio, cf. L. 2 i. f., L. 3, pr.

(6) Cf. le paragraphe suivant. — (7) D. *h. t.*, L. 15, L. 16.

(8) Cf. ci-dessus T. III, § 147, 1°, 2° et 3°.

2° La chose prêtée doit être non consomptible; le commodat ne s'applique pas aux choses consomptibles(9); celles-ci font l'objet du prêt de consommation. Les choses consomptibles ne sont guère utiles que si on peut les consommer, et pour pouvoir les consommer, il faut en être propriétaire; c'est pourquoi on en transfère la propriété par la voie du prêt de consommation(10). Cependant, il existe un usage tout spécial des choses consomptibles qui n'exige pas leur consommation; c'est la montre ou l'exhibition. Aussi le commodat peut-il avoir pour objet des choses consomptibles en tant qu'il s'agit seulement de les prêter pour la montre (*ad pompam vel ostentationem*)(11). Tel est le cas où l'on prête des pièces de monnaie à un changeur pour les mettre à sa vitrine(12). La chose prêtée peut être un meuble ou un immeuble(13), mais non un droit(14); la concession gratuite de l'exercice d'un droit forme un contrat réel innomé(15), surtout un précaire(16).

3° La gratuité est de l'essence du commodat(17); la concession de l'usage par la voie du commodat n'admet aucune rémunération; les Romains n'y voyaient qu'un simple service(18). La stipulation d'un salaire transforme le contrat en un louage de choses(19) ou bien en un contrat innomé(20), selon que le salaire stipulé est ou non de l'argent monnayé. Or le louage de choses est un contrat consensuel(21) et non réel comme le commodat(22).

4° Le commodat, à titre de contrat réel, exige pour sa perfection que les choses qu'il s'agit de prêter aient été livrées au commoda-

(9) D. *h. t.*, L. 3, § 6 initio. — (10) Cf. ci-dessus T. III, § 147, 4°.

(11) D. *h. t.*, L. 3, § 6 i. f. — (12) Cf. D. *h. t.*, L. 4. — (13) D. *h. t.*, L. 1, § 1.

(14) D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 17, pr. Cf. D. *h. t.*, L. 1, § 1 i. f.

(15) D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 17, pr. Cf. GAIUS, IV, 153 initio, et D. 39, 5, *de donat.*, L. 9, pr. — (16) D. 43, 26, *de prec.*, L. 15, § 2, L. 3.

(17) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2 i. f.; D. *h. t.*, L. 5, § 12 initio. En ce sens GLÜCK, XIII, § 857, p. 451-457. Cf. SCHILLING, III, § 270, note 1, et MOLITOR, cité, II, nos 803 i. f. et 804.

(18) D. *h. t.*, L. 17, § 3, vis officii, beneficium, officium, beneficio.

(19) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2 i. f.; D. *h. t.*, L. 5, § 12 initio.

(20) I. 3, 24, *de loc. et conduct.*, § 2; D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 17, § 3; D. *h. t.*, L. 5, § 12 initio. — (21) Cf. ci-après le n° 4 du présent paragraphe.

(22) Mais le contrat de commodat persiste malgré le payement spontané d'une rémunération de la part du commodataire.

taire(23). Il est bien distinct de la promesse de prêter; celle-ci oblige seulement le futur commodant, tandis que le commodat oblige principalement le commodataire(24); au reste par elle-même la promesse de prêter ne constitue qu'un simple pacte. De plus, la tradition qui donne lieu au commodat, doit se faire dans l'intention de procurer au commodataire l'usage de la chose(25) et à charge de la restituer en nature(26). Si l'intention des parties est seulement de confier à l'*accipiens* la garde gratuite de la chose, il y a dépôt(27).

§ 151. *Effets du commodat.*

Le commodat oblige nécessairement le commodataire et d'après les circonstances aussi le commodant; c'est un contrat synallagmatique imparfait. Au commodant appartient l'*actio commodati directa*(1), et au commodataire l'*actio commodati contraria*(2). A la différence de ce qui a lieu dans le *mutuum*, le commodataire n'acquiert ni la propriété(3), ni la possession(4) de la chose empruntée; il n'en obtient que la simple détention(5).

I. *Obligations du commodataire.* 1° Le commodataire doit se servir de la chose de la manière convenue(6) et, dans le silence de la convention, d'après sa destination naturelle(7). On suit à cet égard l'analogie du louage de choses(8), auquel nous nous référons(9).

(23) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2 initio; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1, § 3 initio.

(24) Cf. le paragraphe suivant.

(25) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2 initio; D. 43, 26, *de prec.*, L. 1, § 3.

(26) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2 initio; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1, § 3 i. f.; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 2, pr. initio. — (27) Cf. ci-dessus T. III, § 141, 4°.

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1, pr. — (2) D. *h. t.*, L. 17, pr. — (3) D. *h. t.*, L. 8, L. 9.

(4) D. *h. t.*, L. 8. — (5) D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 9 i. f.

(6) D. *h. t.*, L. 5, § 7 initio. — (7) Arg. I. 3, 24, *de loc. et conduct.*, § 5 initio.

(8) Paul, II, 4, § 3; I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2, v^is^ At is qui utendum accepit..... commodata sit res; D. *h. t.*, L. 5, § 7 à 9, L. 10, pr., L. 18, pr., v^is^ In rebus commodatis..... casum præstare debet, L. 19, L. 23.

(9) T. II, § 124, II, 2° initio. Pour des cas de responsabilité exceptionnelle du commodataire, voyez le D. *h. t.*, L. 5, § 10, L. 18, pr., v^is^ At si utriusque....., et ci-dessus T. I, § 13, 2° i. f.

Quid si la chose prêtée a été estimée? En principe, l'estimation n'a d'autre but que de fixer le montant des dommages et intérêts à payer éventuellement par le

2° Le commodataire est tenu de restituer la chose en nature(10) avec tous ses accessoires(11), après s'en être servi pour l'objet(12) et pendant tout le temps(13) convenus, et, à défaut de convention sur l'objet et la durée de l'usage, à la première demande du commodant(14). En supposant même que le prêt ait été fait pour un usage ou un temps déterminé, s'il survient au commodant un besoin pressant et imprévu de sa chose, il est autorisé à en poursuivre la restitution immédiate. Il aurait été peu équitable que le commodant fût lié par un acte de pure obligeance auquel il n'eût pas consenti s'il avait prévu le besoin de sa chose(15). De plus, le commodant peut

commodataire coupable de faute; le commodataire ne supporte pas le cas fortuit. Pour que l'estimation ait le dernier effet, il faut que le commodataire se soit engagé d'une manière alternative à rendre la chose ou à payer l'estimation (D. *h. t.*, L. 5, § 3, v^is^ et, si forte res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo, *qui æstimationem se præstaturum recepit*) ou bien qu'il résulte des circonstances que l'intention des parties a été d'obliger le commodataire à payer l'estimation à défaut de la chose elle-même (arg. du même texte). Voyez ci-dessus T. I, § 14, II, 2°, et en ce sens MOLITOR, cité, II, n° 807 i. f., et KOCH, cité, III, § 268, n° I, A i. f. Contra MAYNZ, II, § 237, A, 2° i. f.

(10) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2 initio; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1, § 3 i. f.; C. *h. t.*, L. 3. — (11) D. 22, 1, *de usur.*, L. 38, § 10; D. *h. t.*, L. 13, § 1.

(12) D. *h. t.*, L. 17, § 3. — (13) D. *h. t.*, L. 5, pr.

(14) Arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 14.

(15) Arg. C. 4, 65, *de loc. et conduct.*, L. 3. « Diætæ, quam te conductam habere « dicis, si pensionem domino insulæ solvis, invitum te expelli non oportet, nisi « propriis usibus dominus esse necessariam eam probaverit... ». Cette disposition a sans doute un caractère exceptionnel (cf. ci-dessus T. II, § 126, note 17). Mais autant la règle qu'elle consacre est exorbitante pour un contrat à titre onéreux comme le louage, autant elle est commandée par l'équité lorsqu'il s'agit d'un acte de pure libéralité tel que le commodat; elle s'impose ici *a fortiori*. Vainement objecte-t-on que le commodataire, s'il était obligé de rendre la chose avant l'époque convenu, en perdrait l'usage sans compensation aucune, tandis que le locataire d'une maison est libéré de l'obligation de payer le prix pour l'avenir. L'expulsion anticipée du locataire n'en est pas moins une violation flagrante du contrat de bail et lui cause souvent une perte des plus sensibles; quant au commodataire, malgré la restitution anticipée, il retire encore un profit du contrat.

Voyez en notre sens UNTERHOLZNER, cité, II, § 604, n° I, 2°, et note g, KOCH, cité, III, § 267, 3°, et note 17, SINTENIS, II, § 111, n° I, et *Anm.* 7, et WINDSCHEID, II, § 375, n° 1°, b, et note 13.

Contra GLÜCK, XIII, § 855, p. 446-448, SCHILLING, III, § 271, note q i. f., MOLITOR, cité, T. I, n° 603, et T. II, n° 811, 1°, et MAYNZ, II, § 237, note 10 i. f.

faire résilier le contrat pour abus de jouissance de la chose(16); nous rencontrons ici encore un contrat susceptible de résiliation pour cause d'inexécution des obligations du cocontractant(17). Ajoutons que le commodataire ne peut pas retenir la chose, soit en alléguant qu'il en est devenu propriétaire depuis le contrat(18), soit à raison d'une créance réciproque ne naissant pas du commodat(19); car, si elle a sa cause dans ce contrat, la connexité justifie le droit de rétention(20).

II. *Obligations du commodant.* 1° Le commodant doit laisser le commodataire user de la chose conformément à la convention; aussi longtemps que dure cet usage, il doit s'abstenir de réclamer la restitution de la chose(21), sauf ce qui a été dit ci-dessus(21a).

2° Le commodant est tenu de rembourser au commodataire les impenses nécessaires faites à la chose(22) et même les impenses utiles conformes à la volonté présumée du commodant(23). Il faut

Il importe cependant que le retrait de la chose prêtée ne soit pas inopportun, c'est-à-dire nuisible au commodataire à raison du moment où il a lieu; car le commodat ne doit pas être une cause de perte pour le commodataire. Cf. UNTERHOLZNER et WINDSCHEID, l. c.

(16) Arg. C. 4, 65, *de loc. et conduct.*, L. 3.

(17) Cf. ci-dessus T. II, § 104. En ce qui concerne le lieu de la restitution, cf. le D. *h. t.*, L. 5, pr. — (18) Arg. C. 4, 65, *de loc et conduct.*, L. 25.

(19) C. *h. t.*, L. 4. « Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur ».

(20) D. 47, 2, *de furt.*, L. 15, § 2 i. f., L. 60 (L. 59, édition Kriegel).

Le commodataire empêché de restituer sans sa faute est seulement tenu de céder les actions acquises contre les tiers (D. *h. t.*, L. 5, § 12 i. f.).

Comme l'*actio commodati directa* est arbitraire (arg. I. 4, 6, *de action.*, § 31 initio), il y a lieu au serment *in litem* lorsque l'*arbitrium* demeure sans exécution par suite du dol ou de la faute lourde du commodataire (D. *h. t.*, L. 3, § 2 initio). Voyez le *Cours élémentaire* I, § 135, n° III.

Plusieurs commodataires ou héritiers du commodataire sont obligés solidairement en vertu de la loi au payement des dommages et intérêts dus à raison d'une faute commune (D. *h. t.*, L. 5, § 15; D. 27, 3, *de tut. et ration. distr.*, L. 15. Cf. ci-dessus T. I, § 51, II, D, 2°), et d'autre part, si l'un d'eux détient la chose empruntée, l'obligation de restituer est indivisible à son égard (D. *h. t.*, L. 3, § 3. Cf. ci-dessus T. I, § 55, I, A, 3° i. f.).

(21) D. *h. t.*, L. 17, § 3.

(21a) n° I, 2°, du présent paragraphe. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 5, § 8 initio.

(22) *Collatio* X, 2, § 5 i. f.)

(23) Arg. D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 25, et PAUL, II, 4, § 1.

d'ailleurs qu'il s'agisse de frais extraordinaires(24); les frais ordinaires sont supportés par le commodataire, parce qu'il a tous les avantages de la chose(25); les débours modiques appartiennent naturellement à la dernière catégorie(26). D'après cela, le commodataire d'un animal peut recourir au commodant pour les frais d'une maladie grave de l'animal(27), mais non pour la dépense d'entretien(28), ni pour les frais d'une maladie légère(29).

3° Le commodant est obligé d'indemniser le commodataire des pertes que lui ont causées les vices de la chose empruntée(30). Seulement cette responsabilité suppose une faute lourde de la part du commodant; car celui-ci ne retire aucun avantage du contrat(31).

C) *Du précaire*; § 152.

D. 43, 26, *de precario*. — C. 8, 9, *de precario et de Salviano interdicto*.

SCHMIDT (G. E.), *Das Commodatum und precarium*, Leipzig, 1841.
BULLING, *Das Precarium*, Leipzig, 1846.

Le précaire (*precarium*(1)) est un contrat par lequel on abandonne à quelqu'un, gratuitement et à titre de tolérance, l'usage d'une chose ou l'exercice d'un droit, à charge de restituer en nature à la première réquisition; *precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur*(2).

(24) PAUL, l. c.; *Collatio* X, 2, § 5 i. f.; D. *h. t.*, L. 18, § 2 initio, L. 22 initio.
(25) *Collatio* X, 2, § 5 initio; D. *h. t.*, L. 18, § 2 i. f.

(26) L. 18, § 2 i. f., cit. — (27) L. 18, § 2, cit.

(28) *Collatio* X, 2, § 5 initio; D. *h. t.*, L. 18, § 2, vis nam cibariorum.....,. accepisset. — (29) L. 18, § 2 i. f., cit. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 5, § 12 i. f.

(30) D. *h. t.*, L. 17, § 3 i. f., L. 18, § 3, L. 22.

(31) D. *h. t.*, L. 18, § 3, L. 22 i. f.; D. 47, 2, *de furt.*, L. 62 (L. 61, édition Kriegel), § 6; D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 31 i. f. cbn. avec l'initium.

Dans le cas où le commodataire doit payer l'estimation de la chose empruntée, on suit les règles exposées à l'occasion du contrat de dépôt (D. *h. t.*, L. 5, § 1, L. 13, pr., L. 17, § 5; D. 42, 1, *de re judic.*, L. 12). Cf. ci-dessus T. III, § 142, note 38.

(1) *de preces*, prière (arg. D. *h. t.*, L. 1, pr., L. 2, § 3). Cf. ci-après la note 11 du présent paragraphe. Une autre locution usuelle pour désigner le précaire est celle de *precarii rogatio* (D. *h. t.*, L. 4, pr., L. 12, § 1 initio, L. 22, pr. i. f.).

(2) D. *h. t.*, L. 1, pr., cf. L. 2, § 3. Le concédant et le précariste sont désignés

Cette institution dut vraisemblablement son origine aux concessions que les patriciens faisaient à leurs clients des terres de l'*ager publicus*, dont eux-mêmes avaient obtenu de l'État romain l'usage révocable. Entre le patron et ses clients existait une sorte de lien de de famille, analogue à celui de la puissance paternelle et excluant comme celui-ci un contrat proprement dit, une obligation civile entre le patron et ses clients(3). Le précaire se caractérise comme un contrat de tolérance. C'est au fond un commodat(4); il est régi par les règles principales de ce dernier contrat; le précariste n'obtient que l'usage révocable de la chose(5), à charge de restituer en nature(6); le contrat est aussi réel(7) et de bonne foi(8); la gratuité est de son essence(9). Mais c'est un commodat de tolérance; il constitue de la part du concédant un acte d'obligeance; c'est un état de fait plutôt que de droit(10). On ne lui applique pas les règles juridiques dans leur sévérité, et, à vrai dire, sauf l'obligation de restituer, il ne lie ni le concédant, ni le précariste; aucune des parties n'entend prendre envers l'autre un engagement véritable(11). Anciennement le précaire n'était pas même réputé un contrat; le

respectivement par les termes *qui concessit* (D. *h. t.*, L. 1, pr., L. 12, § 1) et *qui precario rogavit* (D. *h. t.*, L. 4, § 1 et 4, L. 8, § 3, 5 et 8).

(3) Arg. FESTUS, *de verb. signific.*, v° PATRES... agrorum partes adtribuerant tenuioribus perinde ac liberis, donc comme un pécule éminemment révocable.

En ce sens NIEBUHR, *Römische Geschichte* II, p. 167, DE SAVIGNY, *Besitz*, § 42 i. f., MOLITOR, *La possession*, n° 78 initio, et MAYNZ, II, § 244, 3° initio. Cf. SCHILLING, III, § 328, *Erinnerung*.

(4) Cf. D. *h. t.*, L. 1, § 3, « Et est simile commodato.. », et PAUL, V, 6, § 10 i. f.

(5) D. *h. t.*, L. 1, § 3. — (6) D. *h. t.*, L. 1, § 2, L. 8, § 4 initio.

(7) Arg. D. *h. t.*, L. 1, pr., L. 2, § 2 i. f. et 3. — (8) D. *h. t.*, L. 2, § 2 i. f.

(9) Arg. D. *h. t.*, L. 1, § 1, L. 2, § 2 initio, L. 8, § 3 i. f. Voyez encore 1° PAUL, V, 6, § 11, D. *h. t.*, L. 4, § 4, L. 8, § 2, L. 9, 2° D. *h. t.*, L. 6, pr.

(10) D. *h. t.*, L. 14, « magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio. Cf. D. *h. t.*, L. 8, § 3 i. f., L. 1, § 1.

(11) Ordinairement la concession précaire se faisait à la suite d'une prière (*preces*) du précariste (D. *h. t.*, L. 1, pr., L. 2, § 3) et c'est même de là que dérive le nom de précaire. Mais cette prière n'est pas de rigueur (PAUL, V, 6, § 11; D. *h. t.*, L. 4, § 4). En ce sens DE SAVIGNY, *Besitz*, § 42 initio, UNTERHOLZNER, cité, II, § 610 initio, SCHILLING, III, § 328, et notes k et l, PUCHTA, *Vorles.* I, § 136, et VANGEROW, III, § 691, *Anm.*, n° I. Contra THIBAUT, I, § 487, et note y, du moins dans le cas d'un précaire exprès, et SCHMIDT, cité, § 1, note 13.

concédant ne disposait contre le précariste d'aucune action contractuelle(12), mais seulement de la revendication s'il était propriétaire, et plus tard de l'interdit *de precario* (13). Ce ne fut que dans le cours de la période classique que, par suite de l'introduction des contrats réels innomés, le précaire prit rang parmi ces contrats; le concédant obtint ainsi l'action *præscriptis verbis*(14). Mais le rapport

(12) D. *h. t.*, L. 14 initio; D. 47, 2, *de furt.*, L. 14, § 11 initio.

(13) D. *h. t.*, L. 2, pr., § 1 et 2 initio, L. 14; D. 47, 2, *de furt.*, L. 14, § 11 initio. Les interdits conservatoires de la possession se donnaient aussi dans l'espèce. Mais ils présentaient l'inconvénient de n'être ouverts que pendant une année et contre le précariste qui avait gardé la possession de la chose.

(14) PAUL, V, 6, § 10; D. *h. t.*, L. 2, § 2 i. f., L. 19, § 2. Cf. MACKELDEY, II, § 413, note *e*, PUCHTA, *Institut.* II, § 225 i. f., et VANGEROW, III, § 691, *Anm.*, n° III.

Des auteurs n'en ont pas moins refusé au précaire le caractère d'un contrat; ils le réputent un simple état de fait donnant lieu à l'interdit *de precario* et à l'action *præscriptis verbis* en restitution de la chose (DE SAVIGNY, *Besitz*, § 42 initio. — HASSE, *Die Culpa des röm. Rechts*, § 96, 1°. — SCHMIDT, cité, § 6. — BULLING, cité, § 5, II, p. 61-65. — MOLITOR, *La possession*, n° 78 i. f. — BRINZ, I, § 184, p. 754, 2de édition). Mais comment dénier le nom de contrat à un rapport qui repose sur le consentement des parties et produit une obligation et une action civiles (PAUL, V, 6, § 10)? En outre, le D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23 initio, range le précaire parmi les *contractus*, et bien que ce terme désigne parfois une cause quelconque d'obligation (D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 1, § 6; cf. ci-dessus T. II, § 75, 2°), dans le passage invoqué il n'est appliqué qu'à des contrats et à des quasi-contrats. Ajoutons encore qu'au D. 50, 17, *de R. J.*, L. 45, pr., et au D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 28 i. f., le précaire est cité à côté d'autres contrats et représenté comme un acte juridique proprement dit. Enfin, l'on ne doit pas perdre de vue que le précariste répond déjà de la faute lourde avant que sa possession soit devenue injuste par le refus de restituer (D. *h. t.*, L. 8, § 3), ce qui implique l'existence immédiate d'un rapport juridique. Qu'importe que le précaire soit qualifié de *beneficium* (D. *h. t.*, L. 14 i. f.) et de *liberalitas* (D. *h. t.*, L. 1, § 1, L. 2, § 2 initio, L. 8, § 3 i. f.)! Ces expressions conviennent parfaitement à un contrat de bienfaisance (D. 13, 6, *commod.*, L. 17, § 3; D. 16, 3, *depos.*, L. 24 i. f.). Et si le D. *h. t.*, L. 14, dit: *magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio* », il n'entend relever que le caractère gratuit du précaire (arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 58, pr. i. f., D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 24, § 4, et D. 39, 5, *de donat.*, L. 18, pr.). En notre sens MACKELDEY, II, § 413, et note *e*, UNTERHOLZNER, cité, II, § 611, n° II initio, THIBAUT, I, § 487 initio, SCHILLING, III, § 328, et note ll et mm, PUCHTA, *Pand.*, § 136, et note b, VANGEROW, III, § 691, *Anm.*, n° III, et MAYNZ, II, § 244, 3°. Cf. WINDSCHEID, II, § 376, notes 2 et 3.

obligatoire entre parties demeura très affaibli. Le précaire se sépare du commodat sous les points de vue suivants :

1° Il peut avoir pour objet non-seulement des choses corporelles, immeubles(15) ou immeubles(16). pourvu qu'elles soient non consomptibles(17), mais en outre l'exercice d'un droit(18), et notamment celui d'une servitude (19).

2° Le précariste acquiert en principe la possession juridique de la chose dont il a obtenu l'usage précaire (20). Pour qu'il soit réduit à la simple détention, il faut que le concédant se soit réservé la possession d'une manière expresse(21) ou bien qu'il résulte des circonstances qu'il a voulu la conserver. Tel est le cas où un créancier gagiste permet au débiteur de se servir à titre précaire de la chose engagée; la possession étant un avantage capital du gage, on ne saurait admettre que le créancier gagiste ait voulu y renoncer, s'il ne l'a pas déclaré(22).

3° Le précariste est seulement tenu de sa faute lourde(23), malgré

(15) D. *h. t.*, L. 6, § 2, L. 17, L. 21.

(16) D. *h. t.*, L. 4, pr. A l'origine il se restreignait aux immeubles (arg. L. 4, pr., cit.). — (17) Arg. D. *h. t.*, L. 8, § 4. — (18) D. *h. t.*, L. 15, § 2, L. 2, § 3.

(19) D. *h. t.*, L. 3, L. 15, § 2 i. f.; D. 7, 1, *de usu fructu*, L. 12, § 2 initio.

(20) D. *h. t.*, L. 4, § 1. « Meminisse autem nos oportet eum, qui precario habet, etiam possidere », L. 2, § 3. — (21) D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 10, § 1.

(22) D. 41, 3, *de usurp. et usuc.*, L. 33, § 6, vis Sed et si utrumque intercesserit « et precarii rogatio et conductio, intellegitur creditor possidere et precarii roga- « tio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere « rem liceat ».

Dans l'espèce de ce passage, un créancier gagiste avait consenti un précaire et un bail en faveur du débiteur (L. 33, § 6 initio); le jurisconsulte décide que le débiteur n'obtient par le précaire que la simple détention.

Voyez DE SAVIGNY, *Besitz*, § 25 i. f., et RUDORFF, *Anhang zu de Savigny's Besitz*, n° 90, et SCHILLING, III, § 328 i. f.

De même, si un vendeur non encore payé permet à l'acheteur de se servir à titre précaire de la chose vendue, l'acheteur n'acquiert que la détention. En effet, aussi longtemps que le prix de vente ne lui est pas payé, le vendeur peut retenir la chose comme une sorte de gage (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 8); dès lors on ne peut admettre qu'en accordant à l'acheteur l'usage précaire de la chose vendue, il ait voulu renoncer à l'avantage de la possession.

C'est à des hypothèses semblables qu'il faut rapporter les textes qui représentent le précariste comme n'ayant que la simple détention, sans indiquer le motif de celle-ci (D. *h. t.*, L. 6, § 2).

(23) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23 initio; D. *h. t.*, L. 8, § 3, 5 et 6 initio.

l'intérêt exclusif qu'il retire du contrat. C'est une dérogation sensible au droit commun sur la prestation des fautes; elle s'explique par le caractère relaché du rapport obligatoire naissant du précaire(24). Mais si le précariste refuse la restitution de la chose, il est en demeure(25) et à ce titre responsable de toute faute(26), voire même jusqu'à un certain point du cas fortuit(27).

4° Le concédant peut à tout instant révoquer le précaire(28), eût-il fait la concession pour un temps(29) ou pour un usage(30) déterminé; ici surtout éclate l'affaiblissement du lien obligatoire. Toutefois, le concédant doit s'abstenir d'une révocation inopportune, c'est-à-dire nuisible au précariste à raison du moment où elle se fait; car le précaire ne peut être préjudiciable au précariste(31).

5° Le précaire cesse de plein droit par la mort du précariste(32); le contrat étant de pure tolérance, le concédant est censé avoir voulu rendre un service personnel au précariste(33). Cela n'empêche pas les héritiers du précariste d'être pleinement soumis à l'action

(24) Cf. ci-dessus T. I, § 14, I, 3°.

(25) Cf. D. *h. t.*, L. 8, § 6 i. f. D'après la théorie classique, la demeure du précariste commençait seulement lorsqu'il refusait d'exécuter l'interdit qui lui avait ordonné la restitution de la chose (L. 8, § 6 i. f., cit.); car la poursuite judiciaire proprement dite n'avait pas d'autre fondement que la violation de l'interdit.

(26) D. *h. t.*, L. 8, § 6 i. f. et 4; D. 47, 2, *de furt.*, L. 14, § 11 i. f.

(27) Cf. ci-dessus T. I, § 21, I, 1°.

(28) D. *h. t.*, 1, pr. et § 2, L. 2, § 2 initio, L. 15, pr. La révocation peut être tacite, mais elle ne résulte point de la seule aliénation de la chose (D. *h. t.*, L. 8, § 2).

(29) D. *h. t.*, L. 12, pr. « Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in kalen- « das Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei « possessio auferatur? sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam « domino invito possidere liceat ». — (30) Arg. L. 12, pr., cit.

(31) En ce sens UNTERHOLZNER, cité, II, § 611, n° II, 1°, B.

Le précaire conclu pour un certain délai est au reste susceptible de prolongation (D. *h. t.*, L. 5 initio) ou de renouvellement soit exprès (L. 5 i. f., cit.), soit tacite (D. *h. t.*, L. 4, § 4, L. 6, pr.).

(32) D. *h. t.*, L. 12, § 1, vis ad heredem autem ejus qui precario rogavit non transit.

(33) L. 12, § 1 i. f., cit. Mais le précaire peut être renouvelé entre le concédant et les héritiers du précariste, même d'une manière tacite (arg. D. 44, 3, *de div. tempor. præscr.*, L. 11, vis quamvis precarium heredem *ignorantem* non teneat).

præscriptis verbis en restitution de la chose; ils sont même responsables de leur propre faute lourde(34). Le précaire n'ayant aucun caractère personnel du côté du concédant, se transmet à ses héritiers (35).

(34) Par contre, à l'interdit *de precario* les héritiers du précariste sont seulement obligés par le fait de leur auteur jusqu'à concurrence du profit qu'il leur a procuré (D. *h. t.*, L. 8, § 8, vis *ex dolo* autem defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit); c'est l'application de la théorie générale des interdits possessoires (D. 43, 16, *de vi*, L. 1, § 48; C. 8, 4, *unde vi*, L. 2). Quant à leur propre faute lourde, elle les oblige sans réserve à l'interdit *de precario* comme à l'action *præscriptis verbis* (D. *h. t.*, L. 8, § 8, vis Hoc interdicto heres ejus qui precario rogavit tenetur « quemadmodum ipse, ut, sive habet sive dolo fecit quominus haberet vel ad se « perveniret, teneatur; C. *h. t.*, L. 2). Parmi les jurisconsultes romains quelques-uns refusaient l'interdit *de precario* contre les héritiers du précariste à raison de leur fait personnel (Paul, V, 6, § 12 i. f.; D. 44, 3, *de div. tempor. præscr.*, L. 11); d'après eux, ces héritiers ne possédaient pas précairement, puisque le précaire avait pris fin, mais clandestinement (Paul, V, 6, § 12 initio); dès lors il y avait lieu de recourir contre les héritiers du précariste à l'interdit *de clandestina possessione* ou à l'interdit *Utrubi*, selon qu'il s'agissait d'immeubles ou de choses mobilières. Cette opinion fut repoussée par Justinien (D. *h. t.*, L. 8, § 8, vis citis; C. *h. t.*, L. 2) *Non obstant* Paul, V, 6, § 12, D. *h. t.*, L. 12, § 1, et D. 44, 3, *de div. tempor. præscr.*, L. 11, vis quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat *nec interdicto recte conveniatur*. Le premier texte est sans valeur au point de vue de la législation de Justinien. Le second, en déclarant le précaire intransmissible aux héritiers du précariste, n'exclut pas plus l'interdit *de precario* que l'action *præscriptis verbis* pour cause de faute lourde des héritiers (arg. D. 17, 2, *pro socio*, L. 40). Le troisième texte ne refuse l'interdit *de precario* que d'une manière tout à fait incidente et ne saurait prévaloir contre les décisions positives du Digeste et du Code. Les auteurs modernes de leur côté ne sont pas d'accord sur la transmission passive de l'interdit *de precario*. Voyez en notre sens de Savigny, *Besitz*, § 42, Schmidt (K. A.), *Das Interdictenverfahren der Römer*, Leipzig, 1853, p. 164-166, Schilling, T. II, § 144, et note kk, et T. III, § 328, note cc, Machelard, *Théorie générale des interdits en droit romain*, Paris, 1864-1865, p. 272-277, et Windscheid, I, § 160, 2° i. f., et note 22. Cf. Schmidt, cité, § 6, p. 103-104, Molitor, *La possession*, n° 78, et Maynz, T. I, § 90, III, et note 32, et T. II, § 244, note 33. Contra Bulling, cité, § 5, II, p. 61 et 66-69, et Vangerow, III, § 691, *Anm.*, n° V.

Si le précariste se fait adroger, l'adrogeant succédait au précaire dans l'ancien droit romain, puisque l'adrogation impliquait une succession universelle (D. *h. t.*, L. 16). Ce motif ayant disparu depuis Justinien (I. 3, 10, *de adquis. per adrog.*, § 2-3), le précaire subsiste sur la tête de l'adrogé.

(35) D. *h. t.*, L. 12, § 1 initio, L. 8, § 1. Cf. D. 19, 2, *loc.*, L. 4, et ci-dessus T. II, § 98, II, 2°.

6° Le concédant n'est jamais obligé envers le précariste, soit pour impenses faites à la chose, soit pour dommage causé par celle-ci, soit pour d'autres causes(36). On n'admet point que l'acte de pure obligeance du concédant entraîne des obligations à sa charge. Nos sources ne font aucune mention d'une action *præscriptis verbis* appartenant au précariste(37).

(36) Cf. ci-dessus T. III, § 151, II.

(37) MAYNZ, II, § 244, 3° i. f. — WINDSCHEID, II, § 376 i. f.

En vertu d'une autre différence avec le commodat, le précariste ne doit pas être capable de s'obliger pour être soumis à l'interdit *de precario* (D. *h. t.*, L. 22, § 1 initio); car cet interdit a pour seul fondement la possession du précariste et son refus de restituer, et ces deux conditions existent malgré son incapacité de s'obliger (L. 22, § 1, cit., vis Nam quo magis.....). Tel étant le motif de la règle, il semble qu'elle ne doit pas être suivie pour l'action *præscriptis verbis*.

Comme l'action *præscriptis verbis*, l'interdit *de precario* est perpétuel (D. *h. t.*, L. 8, § 7), c'est-à-dire que dans le nouveau droit romain il dure trente ans. Ce délai court seulement à partir du refus de restituer la chose. En effet, une action ne commence à se prescrire qu'à partir du jour où elle est née. Or l'interdit *de precario* ne saurait être considéré comme né avant le refus de restituer; il suppose essentiellement une possession injuste du précariste, et celui-ci ne commence à posséder injustement que s'il refuse de rendre la chose. Le système qui fait courir la prescription à dater de la concession précaire, conduit à la conséquence inique que le concédant serait après trente ans désarmé au possessoire, à cause de la tolérance dont il aurait fait preuve à l'égard du précariste. Enfin, pour être logique, on devrait étendre le même système à l'action *præscriptis verbis;* car si l'interdit *de precario* est censé naître aussitôt après la conclusion du précaire, il faut en dire autant de l'action *præscriptis verbis*. *Non obstat* D. *h. t.*, L. 8, § 7. « Interdictum hoc et post annum competere Labeo scribit eoque jure utimur: « cum enim nonnumquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum « est dicere interdictum locum non habere post annum ». Le jurisconsulte répute absurde l'idée de ne faire durer l'interdit *de precario* qu'une seule année. Cette observation est parfaitement compatible avec une prescription ayant pour point de départ le refus de restituer; il serait absurde de n'accorder au concédant pour l'exercice de l'interdit qu'un an à partir de ce refus, alors que le précariste a parfois joui de la chose pendant dix ou vingt ans. En ce sens DE SAVIGNY, *Besitz*, § 42. Contra BULLING, cité, § 5, I, p. 54, et VANGEROW, III, § 691, *Anm.*, n° III, 2°.

A la différence des autres contrats réels innomés, le précaire ne produit pas la *condictio causa data causa non secuta;* l'action *præscriptis verbis* suffit pleinement au concédant (MAYNZ, II, § 244, 3° i. f.).

En vertu d'une constitution de Zénon, le précariste qui refuse de restituer jusqu'au jugement définitif, est condamné, comme le possesseur violent et le

Comment reconnaître si dans un cas particulier il y a un commodat ou bien un précaire? Il ne faut admettre un précaire que s'il résulte d'une manière certaine du contrat ou des circonstances que les parties ont voulu conclure un précaire; dans le doute, on doit se prononcer en faveur d'un commodat. En effet, le précaire est un acte de pure obligeance et un pareil acte ne se présume point(38). Les Romains recouraient fréquemment au précaire à l'occasion des contrats de gage et de vente. Le créancier gagiste abandonnait au débiteur l'usage précaire de la chose engagée(39); le débiteur recevait ainsi en précaire sa propre chose(40); l'on disait d'un pareil précaire qu'il avait pour objet la possession et non la propriété(41), parce qu'il était consenti par un simple possesseur de la chose et non par le propriétaire(42). De même, le vendeur concédait à l'acheteur l'usage précaire de la chose vendue, jusqu'au payement du prix(43),

preneur récalcitrant (ci-dessus T. II, § 124, note 50), à payer la valeur de la chose, outre la restitution de la chose elle-même (C. 4, 65, *de loc. et conduct.*, L. 33; C, 8, 4, *unde vi*, L. 10).

(38) Arg. D. *h. t.*, L. 15, § 3. Cf. WINDSCHEID, II, § 376, et note 2 i. f.

(39) D. *h. t.*, L. 6, § 4, vis cottidie enim precario rogantur creditores ab his, qui « pignori dederunt, et debet consistere precarium »; D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 29, L. 35, § 1 i. f.; ISIDORE, *Origines* V, 25, § 17, vo PRECARIUM.

(40) D. *h. t.*, L. 6, § 4.

(41) L. 6, § 4, cit.; D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 28 i. f.

(42) Cf. ci-dessus T. II, § 91, I, 2o, *b*. Le précaire intervenait aussi à l'occasion de l'ancienne mancipation ou cession judiciaire par fiducie en faveur d'un créancier; celui-ci laissait parfois précairement la chose au débiteur (GAIUS, II, 60 i. f.).

(43) D. *h. t.*, L. 20; D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 21; D. 43, 24, *quod vi aut clam*, L. 11, § 12.

XII. De la société.

I. 3, 25, *de societate*. — D. 17, 2, *pro socio*. — C. 4, 37, *eod.*

TREITSCHKE, *Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen, nach römischem Recht, mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen*, Leipzig, 1844, 2de édition d'un ouvrage qui parut en 1825 sous le titre *Die Lehre von der Gewerbsgesellschaft*.

RAUTER, *Du contrat de société en droit romain. De la société civile en droit français*, p. 1-152, Strasbourg, 1859.

DE BENOIT, *De societate secundum jus romanum*, Berne, 1869.

A) *Notion et conditions;* § 153.

La société (*societas*(1)) est le contrat par lequel plusieurs personnes conviennent de faire chacune un certain apport, en vue d'atteindre un but commun. Pour qu'il y ait société, il faut la réunion des conditions suivantes :

1° Les parties doivent être capables de s'obliger(2), car le contrat est bilatéral parfait(3).

2° Chacune d'elles doit s'engager à faire un certain apport(4). Si quelqu'un est admis à participer au résultat d'une affaire, sans rien mettre en commun, il reçoit une donation; son cocontractant veut manifestement lui faire une libéralité(4); dès lors il y a lieu de suivre les règles de la donation et non celles de la société(5). Mais l'apport peut avoir pour objet des choses quelconques, corpo-

(1) I. 3, 22, *de cons. oblig.*, pr. Le mot *societas* désigne aussi la communauté existant entre les associés; c'est en ce sens que l'on dit : *in societatem conferre* (D. *h. t.*, L. 6 i. f., L. 80 i. f.), *societatem administrare* (D. *h. t.*, L. 16, pr., L. 59, pr. i. f.), *societatem dividere* (D. *h. t.*, L. 28 initio, L. 66 initio). Le mot société se prend dans la même acception; par exemple quand on parle du patrimoine de la société, des apports à faire à la société. On appelle encore improprement *societas* la communauté accidentelle (D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25, § 16 i. f.; D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 14, § 3 initio et 4). Voyez encore le D. 25, 2, *de act. rer. amot.*, L. 1.

(2) D. *h. t.*, L. 33 i. f. — (3) Cf. ci-après le § 154.

(4) Arg. D. *h. t.*, L. 5, § 1 i. f. (§ 2, édition Kriegel), et D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 32, § 24.

(5) Nous avons donné un aperçu des règles de la donation dans un cas analogue, au T. II. § 115, III, B, 1° i. f. Ajoutons toutefois que la donation proprement dite suppose une diminution de patrimoine de la part du donateur (cf. ci-après § 170, I, B, 1°).

relles ou incorporelles, meubles ou immeubles, ainsi que des services(6). Il n'est nullement nécessaire que les mises des différents associés soient de même nature ou importance; l'un peut apporter de l'argent, un second des immeubles, un troisième des marchandises, un quatrième son industrie(7), et les apports peuvent être d'une valeur très inégale(8). Il est encore au pouvoir des parties de conclure une société universelle de biens(9) ou une société générale d'acquêts(10); ces deux formes de la société seront examinées d'une manière spéciale(11). L'apport consistant en choses corporelles a-t-il pour objet la propriété ou la simple jouissance? pour employer les expressions de l'école, l'apport a-t-il lieu *quoad dominium vel sortem* ou bien *quoad usum*(12)? La question présente de l'intérêt en ce qui concerne le risque des mises et leur prélèvement après la dissolution de la société. Le premier point a été expliqué dans la partie générale des obligations(13), le second le sera ci-après(14). Pour la solution de la question proposée, il faut distinguer s'il s'agit de choses consomptibles ou de choses non consomptibles.

a) Étant donné un apport de choses consomptibles et notamment

(6) C. *h. t.*, L. 1; D. *h. t.*, L. 71, pr.; D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 13, § 1, vis Sed si puerum..... pro socio actio.

(7) C. *h. t.*, L. 1. « Societatem uno pecuniam conferente alio operam posse contrahi magis obtinuit »; Gaius, III, 149 i. f.; I. *h. t.*, § 2, vis nam et ita..... pro pecunia valet.

C'est inutilement que les modernes distinguent des *societates rerum*, des *societates operarum* et des *societates mixtæ*, selon que les apports consistent en choses autres que des services, en services, ou bien en choses et services. Cf. D. *h. t.*, L. 5, pr. « Societates contrahuntur sive universorum bonorum... sive etiam unius rei ».

(8) D. *h. t.*, L. 6 i. f., L. 80.

(9) Gaius, III, 148 initio; I. *h. t.*, pr. initio; D. *h. t.*, L. 5, pr. initio, cbn. avec L. 1, § 1, L. 3, § 1. — (10) D. *h. t.*, L. 7-11.

(11) § 164-165. L'un des associés peut-il apporter la nue propriété d'une chose, l'autre l'usufruit de cette chose? Nous ne voyons rien qui s'y oppose. Des deux associés prémentionnés le premier veut rendre commune sa nue propriété, le second veut renoncer à son usufruit et par voie de conséquence rendre commune la jouissance de la chose; la pleine propriété devient ainsi commune entre les deux associés.

(12) De là une subdivision de la *societas rerum* (note 7) en *societas sortis* et *societas usus*. — (13) T. I, § 17, III. — (14) § 160.

d'une somme d'argent, c'est la propriété de l'apport qui doit être transférée à la société. En effet, l'apport de choses consomptibles n'offrirait aucune utilité sérieuse pour la société si celle-ci n'avait pas le droit de les consommer ; or, pour pouvoir consommer, il faut être propriétaire. Le transfert de la propriété des choses consomptibles est donc une nécessité(15). Aussi la règle énoncée est-elle absolue; on ne conçoit point que les parties fassent une convention contraire(16).

b) Si l'apport a pour objet des choses non consomptibles, telles que des immeubles, des chevaux ou des ustensiles, en règle générale la société n'en acquiert que la simple jouissance. Ici le transfert de la propriété n'est nullement commandé par la nécessité, comme dans le cas précédent; la société peut très bien se servir des choses non consomptibles sans en être propriétaire. Or les aliénations ne se présument pas; dans le doute, l'associé qui a effectué son apport, doit en conserver la propriété(17). Mais une intention contraire des parties

(15) 1° Arg. D. *h. t.*, L. 58, § 1. « Item Celsus tractat, si pecuniam contulisse-
« mus ad mercem emendam et mea pecunia perisset, cui perierit ea. Et ait, si
« post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita
« esset, utrique perire, ut puta si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem
« emendam, periit : si vero ante collationem, posteaquam eam destinasses, tunc
« perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati periit ».
Ce texte a été traduit au T. I, § 17, note 50 initio.
Deux personnes s'étaient engagées à mettre en commun une somme d'argent en vue d'acheter des marchandises. L'une d'elles se rendit à l'étranger muni de son apport, dans l'intention de faire des achats pour compte de la société; cette circonstance impliquait la mise en commun de son apport. L'argent emporté vint à périr par accident. Ulpien décide d'après Celsus que la perte doit être supportée par les deux associés (*utrique perire*), et il entend dire par là que l'associé qui a perdu l'argent, conserve ses droits sociaux (cf. ci-dessus T. I, § 17, note 50 i. f.). Cette décision suppose que la société était devenue propriétaire. Si elle n'avait acquis que la simple jouissance de l'argent, l'associé aurait perdu, en même temps que son argent, ses droits sociaux ; ainsi l'aurait voulu la théorie des risques et périls dans la société (cf. ci-dessus T. I, § 17, III).
Ce qui est vrai pour l'argent doit l'être aussi pour les autres choses consomptibles.
2° Arg. D. *h. t.*, L. 52, § 4.
(16) sauf si les choses consomptibles n'ont été promises qu'en vue de la montre.
(17) 1° D. *h. t.*, L. 58, pr. « Si id quod quis in societatem contulit exstinc-
« tum sit, videndum, an pro socio agere possit. Tractatum ita est apud Celsum

résultera souvent du contrat social(18) ou des circonstances. Supposons que l'un des associés doive apporter des choses sujettes à une dépréciation sensible, telles que des ustensiles, tandis que l'autre apporte des choses dont l'usage ne doit guère diminuer la valeur, par exemple un bâtiment. Si on admettait ici un simple apport de la jouissance, il en résulterait qu'à la dissolution de la société, le premier associé reprendrait des choses sans valeur, tandis que l'autre retrouverait son bien intact. Ce serait là une inégalité frappante. Il se peut qu'elle soit compensée par une inéga-

« libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii Felicis : cum tres equos haberes « et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et « ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mor- « tuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum « tuorum partem deberi : non enim habendæ quadrigæ, sed vendendæ coitam « societatem. Ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communica- « retur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii « sumus ».

Ce texte a été traduit au T. I, § 17, note 50 initio.

Vous aviez trois chevaux et moi un seul. Nous conclûmes une société dans le but de vendre ces quatre chevaux comme quadrige, de telle sorte que vous obtiendriez les trois quarts du produit de la vente et moi un quart. Mon cheval mourut avant la vente. Aux termes de la loi 58, pr., la société est dissoute ; vous gardez purement et simplement vos trois chevaux et je supporte seul la perte du mien. Ulpien, d'accord avec Celsus, fonde précisément cette décision sur le fait que le but de la société n'était pas de rendre les chevaux communs (*non enim habendæ quadrigæ, sed vendendæ coitam societatem*) ; il ajoute que la décision serait différente si, par une convention spéciale, les parties avaient voulu transférer la propriété des chevaux à la société (*si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur*).

D'après RAUTER, cité, p. 85 cbn. avec p. 65, la loi 58, pr., serait sans force probante dans l'espèce, parce qu'elle s'occuperait d'une société conditionnelle ; la condition consisterait dans la vente du quadrige ; cette condition étant défaillie par la mort de l'un des quatre chevaux, la société serait considérée comme non avenue. Cette thèse est insoutenable ; la société était manifestement pure et simple ; les parties étaient immédiatement obligées à effectuer leurs apports respectifs. Aussi, dans le cas de mort de l'un des chevaux, Celsus déclare-t-il la société dissoute (*non putare se Celsus ait societatem manere*), ce qui ne convient nullement au non-accomplissement d'une condition suspensive.

La règle établie par la loi 58, pr., doit être étendue par analogie aux choses non consomptibles autres que les chevaux.

2° D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 13, § 1, vis nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit.

(18) D. *h. t.*, L. 58, pr. i. f., passage transcrit à la note précédente, n° 1.

lité correspondante du côté des parts sociales. Mais si elle ne s'explique pas ainsi, l'on doit se prononcer pour l'apport de la propriété. De cette manière, le prélèvement des mises sera exclu à la fin de la société(19); les mises resteront confondues dans la masse sociale et seront partagées entre les deux associés; l'égalité sera rétablie. L'apport a aussi pour objet la propriété dans le cas d'une société universelle de biens; en concluant celle-ci, les parties ont précisément pour but d'avoir des choses en commun; leur objectif est la communauté elle-même, donc une copropriété(20). Il faut en dire autant de la société générale d'acquêts; l'intention des associés est que leurs acquêts respectifs forment un patrimoine commun. En définitive, la question de l'aliénation d'un apport de choses non consomptibles dépend des circonstances; il faudra dans chaque cas particulier rechercher avec soin la volonté des contractants.

Autre chose est de savoir si, un apport étant tombé dans le patrimoine de la société, il se partage lors de sa dissolution entre les associés ou bien est sujet à prélèvement. Nous verrons plus loin que, malgré la mise en commun de la propriété, il y a souvent lieu à prélèvement, surtout pour les choses consomptibles(21).

Les interprètes du droit romain sont extrêmement divisés sur la question de l'aliénation des apports de choses corporelles(22).

3° La société suppose qu'à l'aide des apports respectifs des contractants on poursuive un but commun à tous(23). Si quelqu'un fait un apport sans l'intention de participer au résultat de l'opération

(19) Cf. ci-après § 160, II. — (20) D. *h. t.*, L. 1, § I. — (21) § 160, II et III.

(22) Notre système se confond en général avec celui de VANGEROW, III, § 651, *Anm.* 2, de SINTENIS, II, § 121, n° I, et *Anm.* 27, et de MAYNZ, II, § 226, 1° i. f., et § 229, note 11. Cf. TREITSCHKE, cité, § 32 et 33 initio.

WINDSCHEID, II, § 405, note 13, se borne à dire que la solution de la question dépend complètement des circonstances.

UNTERHOLZNER, cité, II, § 526, n° I, 1°, ne parle que de l'argent, dont il admet l'aliénation.

GLÜCK, XV, § 965, p. 396-401, se prononce en thèse générale contre le transfert de la propriété de l'apport.

MOLITOR, cité, II, n^os^ 647 i. f. et 648, KOCH, cité, III, § 303, n° I, p. 622-623, et RAUTER, cité, p. 84-86, se déclarent en principe pour ce transfert.

(23) D. *h. t.*, L. 29, § 2.

projetée, il y a donation de sa part(24); on appelle cette convention société léonine(25). Le but doit être commun en ce sens que tous les contractants se proposent de jouir du résultat. Il ne suffit pas qu'ils poursuivent le simple fait d'une communauté, sans avoir en vue la jouissance de celle-ci(26); par exemple deux personnes conviennent d'acheter une chose pour compte commun, non pas dans l'intention de jouir ensemble de la chose qu'il s'agit d'acheter, ni à l'effet de la revendre et d'en partager le prix, mais uniquement pour éviter de se faire une concurrence nuisible(27). Du moment que les parties ne se proposent pas de jouir ensemble du résultat de leurs efforts, il n'existe pas vraiment un but commun. Dans l'exemple donné, si la convention donne lieu à une communauté par suite de l'achat, cette communauté n'est pas un but poursuivi par les parties; c'est un

(24) Arg. D. *h. t.*, L. 5, § 1 i. f. (§ 2, édition Kriegel). Cf. ci-dessus le n° 2 initio du présent paragraphe.

(25) D. *h. t.*, L. 29, § 2. Le nom est emprunté à une fable d'Ésope et de Phèdre (I, 5) où le lion s'étant associé en vue de la chasse avec certains autres animaux (avec le Renard et l'Âne d'après Ésope, avec la Génisse, la Chèvre et la Brebis d'après Phèdre) s'attribue sous différents prétextes tout le produit de la chasse. La Fontaine a traité le même sujet dans sa fable : *la Génisse, la Chèvre et la Brebis en société avec le Lion* (livre 1, fable 6). Cf. GLÜCK, XV, § 966, note 14.

(26) D. *h. t.*, L. 32. ULPIANUS *libro II ad edictum.* « Nam cum tractatu habito « societas coita est, pro socio actio est, cum sine tractatu in re ipsa et negotio, « communiter gestum videtur ».

« En effet, lorsque les parties ont conclu une convention dans l'intention de « s'associer, il y a lieu à l'action *pro socio*, (mais) lorsque, indépendamment de « cette intention, (il se forme entre plusieurs personnes) une communauté de fait, « il n'existe qu'une simple communauté ».

D. *h. t.*, L. 31. « Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet : nec « enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. Communiter autem « res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis « incidimus in communionem... ».

(27) D. *h. t.*, L. 31, vis ut evenit... si a duobus simul res empta sit.., L. 33, ut in « conductionibus publicorum, item in emptionibus : nam qui nolunt inter se « contendere, solent per nuntium rem emere in commune, quod a societate longe « remotum est... »

Voyez d'autre part le D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 2, pr., le D. *h. t.*, L. 52, pr. et § 11, L. 65, § 2 et 4, et le C. *h. t.*, L. 2, où la convention ayant pour objet l'achat d'une chose est considérée comme une société parce que les contractants avaient en vue la jouissance commune de la chose.

simple fait, conséquence forcée de l'achat collectif de la chose(28). On se trouve donc en présence d'une convention *sui generis*(29), distincte de la société. A la différence de ce qui a lieu dans ce dernier contrat, chaque communiste est libre d'aliéner sa part indivise, de manière à faire succéder l'acquéreur à tous ses droits(30); la communauté se transmet aux héritiers des communistes(31); l'action qui en résulte, est l'action *communi dividundo* et non l'action *pro socio*(32).

La communauté du but social peut-elle dépendre d'une condition, de telle façon que l'un des associés participe au but social purement et simplement et l'autre seulement sous condition? par exemple y a-t-il société lorsque je conviens avec Primus qu'il vendra ma pierre précieuse pour 1000 fr., et que je lui attribue l'excédent du prix de vente s'il parvient à obtenir un prix supérieur? Oui, si les parties ont voulu atteindre un but commun à l'aide d'apports respectifs. Il est indifférent que le but commun soit conditionnel; cela n'empêche pas les parties d'avoir contracté en vue d'un but commun, et la validité de la société n'exige pas autre chose. Elle requiert si peu un but commun d'une réalisation certaine qu'à l'occasion d'une société quelconque dont le but est de faire des gains, ceux-ci sont incertains pour tous les associés; seulement tous contractent en vue de ces gains incertains. Mais, s'il n'est pas établi que les parties ont voulu atteindre un but commun à l'aide d'apports respectifs, il y aura plutôt une convention relative à un contrat réel innomé, et dans le cas particulier cité ci-dessus une convention relative à un contrat estimatoire(33). Dans le doute, il faudra se prononcer dans

(28) D. *h. t.*, L. 32 i. f., L. 33 initio, passages transcrits aux deux notes précédentes.

(29) Par elle-même c'est un simple pacte, à moins d'avoir été revêtue de la forme de la stipulation ou d'avoir été convertie en un contrat réel innomé par son exécution unilatérale.

(30) Arg. D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 6, § 1. Cf. ci-après § 155.

(31) Cf. ci-après § 158, IV.

(32) D. *h. t.*, L. 34. Cf. MOLITOR, cité, II, n° 629, RAUTER, cité, p. 1-3, SINTENIS, II, § 121, *Anm.* 1 i. f., et MAYNZ, II, § 225, 2°, et note 5.

(33) D. *h. t.*, L. 44. ULPIANUS *libro XI ad edictum.* « Si margarita tibi vendenda

le dernier sens; la société, à raison des particularités qu'elle présente, ne saurait se présumer(34); en effet, les associés ont une responsabilité exceptionnelle(35), ils jouissent du bénéfice de compétence(36) et le décès de l'un d'eux met fin à la société(37).

Est-il de l'essence de la société que les associés aient droit seulement à une quote-part des avantages sociaux, ou bien existe-t-il aussi une société quand l'un des contractants stipule à la fois une

« dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod « excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendæ societatis id actum sit, « pro socio esse actionem, si minus, præscriptis verbis ».

« Si je vous ai remis des perles à l'effet de les vendre, pour que, si vous les « vendiez au prix de dix, vous me restituiez dix, et que si vous en obteniez plus, « vous gardiez l'excédent, il me semble qu'il y a lieu à l'action *pro socio*, dans le « cas où cette convention a été faite dans l'intention de conclure une société, et « dans le cas contraire, à l'action *præscriptis verbis* ».

Le même Ulpien, s'occupant de la même question au D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 13, pr., admet purement et simplement l'existence d'un contrat réel innomé. « Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi « haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum « quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non « videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit ».

Dans le premier passage, Ulpien examine les deux hypothèses qui peuvent se présenter; dans le second, il vise l'hypothèse qui constitue la règle.

(34) Arg. des deux lois expliquées à la note précédente.

(35) SCHILLING, III, § 313, note x, MOLITOR, cité, II, nº 632, et MAYNZ, II, § 225, note 9 i. f. et 6 initio, et § 226, note 22 i. f. — (35) Cf. ci-dessus T. I, § 14, I, 2º.

(36) Cf. ci-dessus T. I, § 6, II, 2º.

(37) Cf. ci-après § 158, IV.

Y a-t-il société lorsque deux personnes s'engagent à mettre chacune quelque chose en commun, avec la clause que l'ensemble du patrimoine ainsi acquis reviendra au survivant? La négative n'est pas douteuse; un but commun fait complètement défaut; il est certain que les deux contractants ne recueilleront jamais ensemble le patrimoine commun; l'un exclut nécessairement l'autre. Tandis que dans l'espèce précédente, la communauté du but était simplement conditionnelle pour une seule des parties, ici elle est conditionnelle pour les deux; l'une d'elles profitera exclusivement du but poursuivi. En réalité, il y a une institution contractuelle, qui est frappée de nullité (C. 2, 3, *de pact.*, L. 19, vis Licet inter privatos hujusmodi scriptum quo comprehenditur, ut is qui super- « vixerit alterius rebus potiatur, nec donationis quidem mortis causa gestæ effi- « caciter speciem ostendat, tamen cum voluntas militum....). Cf. ci-dessus T. II, § 91, II, 6º i. f.

somme fixe et un tantième des avantages éventuels du contrat? par exemple, un négociant s'adjoint un homme expérimenté, qui promet son travail moyennant une somme d'argent déterminée et une quote-part des bénéfices du négoce. Comme dans le cas précédent, il n'y aura société que si l'intention des contractants est de réaliser des gains en commun à l'aide de leurs apports; si cette intention n'est pas constante, il y aura louage d'ouvrage. Pour connaître la volonté des parties, il faudra rechercher entre autres l'importance relative de la somme fixe et du tantième dans les gains probables; si le produit de ce tantième est beaucoup plus considérable que la somme fixe, ce sera une présomption en faveur de la société (38).

Le but commun qui constitue l'objet de la société, doit réunir plusieurs caractères. Il doit avoir une nature juridique, être patrimonial et possible. S'il n'a pas un caractère juridique, la convention elle-même est dépourvue de valeur légale(39); tel est le cas où deux personnes conviennent de mettre chacune en commun une certaine somme d'argent en vue de faire ensemble une partie de campagne(40). Le but social doit être patrimonial; une convention qui tendrait à établir une communauté de rapports personnels, et notamment le mariage comme tel, ne constitue pas une société(41); mais le mariage peut être accompagné de la conclusion d'une société entre conjoints(42). Enfin le but social doit être possible, physiquement et juridiquement; la société ne peut avoir ni un but légalement irréalisable, comme l'acquisition de choses hors du commerce, ni un but illicite ou immoral, c'est-à-dire contraire à une loi d'intérêt général ou aux bonnes mœurs; les sociétés de délits sont nulles,

(38) Arg. D. *h. t.*, L. 52, § 7. Cf. D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 13, pr. i. f.

Il résulte même du D. *h. t.*, L. 44 (note 33 du présent paragraphe) et L. 52, § 7, que la société est possible lorsque l'un des contractants stipule simplement une somme d'argent fixe, et l'autre le surplus des bénéfices.

Cf. Maynz, II, § 225, note 6 i. f., et § 226, note 22 i. f.

(39) Cf. ci-dessus T. II, § 75, 1° i. f. — (40) Cf. Maynz, II, § 225, note 5 initio.

(41) *Non obstat* D. 25, 2, *de act. rer. amot.*, L. 1, D. 42, 1, *de re judic.*, L. 52, qui qualifient le mariage de *societas vitæ;* cf. D. 23, 2, *de ritu nupt.*, L. 1. Le mot *societas* n'est pas employé ici dans le sens technique.

(42) D. 34, 1, *de alim. leg.*, L. 16, § 3.

delictorum nulla est societas(43); telles sont entre autres les sociétés ayant pour objet de commettre des vols(44) ou de fabriquer de la fausse monnaie(45). Pour le surplus, le but social peut être d'une nature quelconque. Conformément à un principe général dont la justification a été présentée ailleurs(46), le but de la société n'a pas besoin d'être pécuniaire ou estimable en argent; un but moral, un but non susceptible d'estimation pécuniaire, est suffisant, et en particulier le but social peut être scientifique, littéraire, artistique, religieux, ou bien encore être un but d'affection ou de pur agrément. A la catégorie des sociétés ayant un but simplement moral appartiennent les sociétés de lecture. De même, on peut s'associer en vue de la chasse ou d'un voyage, pourvu qu'on veuille créer un rapport juridique. Ou bien encore Primus et Secundus, dans la crainte de voir élever sur un terrain avoisinant leurs propriétés respectives une bâtisse nuisible à leur vue commune, s'associent à l'effet d'acheter ensemble ce terrain et d'en jouir en commun(47). En vertu de ces différentes conventions, chaque contractant est obligé d'effectuer l'apport promis et a le droit de participer au but poursuivi. On n'en soutient pas moins souvent que le but social doit être pécuniaire(48). Sans être essentiel, le but pécuniaire est généralement celui en vue duquel contractent les associés. Tantôt, et c'est

(43) D. *h. t.*, L. 57; D. 27, 3, *de tut. et ration. distr.*, L. 1, § 14; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35, § 2 initio. — (44) D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 70, § 5.

(45) Cf. D. *h. t.*, L. 3, § 3. Voyez ci-dessus T. II, § 91, II initio et 3°.

(46) T. II, § 89, 1°.

(47) Si Primus et Secundus partagent plus tard le terrain dont il s'agit, et le partage peut toujours être demandé, ils devront, conformément au contrat de société, établir une servitude de vue sur leur lot respectif.

Cf. D. *h. t.*, L. 52, § 13, vis Idemque et si aream in commune emerint, ne « luminibus suis officeretur, et alteri tradita sit, nec præstet alteri quod convenit, « pro socio actionem esse ».

La société dont parle le jurisconsulte, avait pour but de ménager le jour commun; on pourrait se garantir de la même manière une vue commune.

(48) Voyez en notre sens UNTERHOLZNER, cité, II, § 523, n° I, 1°, SINTENIS, II, § 121, et *Anm.* 1 initio, MAYNZ, II, § 225, 2°, et notes 7 et 8, et WINDSCHEID, II, § 405, note 7 initio. Cf. KOCH, cité, III, § 301, n° I, 2° i. f.

Contra GLÜCK, XV, § 961, 3° et 1 initio, SCHILLING, III, § 313, note k, MOLITOR, cité, II, n° 640, et RAUTER, cité, p. 5.

le cas ordinaire, le but pécuniaire consiste dans la réalisation de bénéfices (*quæstus*)(49), tantôt il a un autre objet; par exemple deux personnes conviennent d'acheter une chose quelconque pour en jouir en commun(50). Enfin, la société de gains peut être générale, c'est-à-dire s'étendre à tous les gains indistinctement, et alors on parle d'une société générale d'acquêts (*societas universorum quæ ex quæstu veniunt*)(51), ou bien être spéciale, n'avoir pour objet que le gain à réaliser par des actes déterminés(52). L'espèce principale de la dernière catégorie est la société commerciale (*societas negotiatoria*)(52ª), qui à Rome était soumise au droit commun.

Si la communauté du but social est de l'essence de la société, il n'en est pas de même de la communauté des pertes dans le cas d'une société de gains. Il est loisible aux parties de convenir que l'un des associés sera dispensé de toute contribution aux pertes; cette clause ne transforme nullement la société en donation; malgré elle, les parties ont voulu conclure une convention à titre onéreux, une société(53). Seulement la société sera accompagnée d'une libéralité

(49) D. *h. t.*, L. 8, « Quæstus enim intellegitur, qui ex opera cujus descendit », L. 7, vis hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione « descendit », cf. L. 13.

(50) D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 2, pr.; D. *h. t.*, L. 52, pr., L. 65, § 2 et 4; C. *h. t.*, L. 2. Voyez encore 1° le D. *h. t.*, L. 3, § 2, 2° le D. *h. t.*, L. 52, § 12, et 3° le D. *h. t.*, L. 52, § 13 initio.

La société universelle de biens combine ces deux éléments (D. *h. t.*, L. 1, § 1, L. 3, § 1).

De là la division moderne des sociétés en *societates quæstuariæ* et *societates simplicis vel non quæstuariæ*.

Quelques auteurs (GLÜCK, XV, § 961, 3° et I initio. — MOLITOR, cité, II, n°s 630 et 632. — RAUTER, cité, p. 5 et 8-10) considèrent l'intention de faire des bénéfices comme étant de l'essence de la société. Cette opinion est certainement erronée.

(51) D. *h. t.*, L. 7. — (52) D. *h. t.*, L. 5, pr., L. 44, L. 58, pr.

(52ª) I. *h. t.*, pr.; D. *h. t.*, L. 5, pr., L. 52, § 4-5.

(53) GAIUS, III, 149, vis (*sed Ser. Sulpicius, cujus*) etiam..... partem capiat; I. *h. t.*, § 2, vis Et adeo contra..... sibi existimavit »; D. *h t.*, L. 29, § 1. « Ita « coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero « commune sit, Cassius putat... ».

Quintus Mucius exigeait la communauté des pertes (GAIUS, III, 149 initio; I. *h. t.*, § 2 initio). Mais l'opinion contraire de Servius Sulpicius (GAIUS, III, 149 initio; I. *h. t.*, § 2 i. f.) et de Cassius (D. *h. t.*, L. 29, § 1 initio) l'emporta.

si l'un des associés, en prenant les pertes à sa charge exclusive, a voulu accorder à l'autre un avantage qui n'était pas justifié par un apport plus considérable ou par un tantième moins élevé dans les bénéfices(54).

Sous tous les autres rapports encore, les associés sont libres de régler comme ils le jugent convenable les parts sociales et les parts dans les pertes, sauf à maintenir la communauté du but social. Ils peuvent établir entre eux une inégalité de parts, convenir par exemple que l'un aura deux tiers dans les gains et les pertes et l'autre un tiers seulement(55). Ils peuvent même convenir que les gains se partageront dans une autre proportion que les pertes, par exemple que l'un obtiendra deux tiers des gains et supportera un tiers des pertes, tandis que l'autre recevra un tiers des gains et subira les pertes pour deux tiers(56). Tous ces arrangements laissent subsister le contrat de société, bien que celui-ci puisse être accompagné d'une libéralité(57). Enfin, les associés peuvent confier la fixation des parts à une tierce personne(58) et même à l'un

(54) L'on doit entendre en ce sens les textes qui n'admettent une société sans communauté des pertes que si l'associé exempté de la contribution aux pertes fait un apport plus considérable que son coassocié (GAIUS, III, 149, vis si modo..... admitti; D. *h. t.*, L. 29, § 1, vis quod ita demum.....); dans le cas contraire, la société n'est pas précisément nulle, mais elle est mélangée de libéralité. Nous nous référons sous ce rapport à l'analogie de la vente gracieuse (T. II, § 115, III, B, 2°).

Voyez en notre sens MOLITOR, cité, II, n° 633, et MAYNZ, II, § 226, note 23. Cf. RAUTER, cité, p. 98.

Contra SCHILLING, III, § 313, *ad not.* ee.

(55) I. *h. t.*, § 1 i. f.; D. *h. t.*, L. 29, pr., vis Si vero placuerit, ut quis duas « partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere... ».

(56) GAIUS, III, 149; I. *h. t.*, § 2 initio. Ici encore il y avait divergence entre Servius Sulpicius et Quintus Mucius; le premier soutenait la validité de la clause contre le second; ce fut son opinion qui triompha (mêmes textes). Cf. D. *h. t.*, L. 30 (ci-après note 63).

(57) Cf. GAIUS, III, 149, vis si modo..... admitti, et D. *h. t.*, L. 29, pr. i. f. La question est tout à fait analogue à celle qui a été examinée ci-dessus *ad not.* 54.

Voyez en notre sens MOLITOR, cité, II, n° 633, et MAYNZ, II, § 226, note 23. Cf. SCHILLING, III, § 313, *ad not.* z.

Rappellons encore que la part sociale peut être une somme fixe. Cf. ci-dessus le n° 3 et la note 38 du présent paragraphe.

(58) D. *h. t.*, L. 76 initio.

d'eux (59); cette dernière clause est valable à raison du lien de fraternité qui existe entre les associés (60), tout en étant prohibée à l'occasion des autres conventions (61). L'arbitrage fait de mauvaise foi est sujet à rescision conformément au droit commun (62). Au surplus, on n'entend par bénéfices que l'excédent des gains sur les pertes, et par pertes l'excédent des pertes sur les gains; on ne partage que les uns ou les autres d'après le résultat de l'ensemble des opérations sociales (63).

Mais que décider si le contrat de société garde le silence sur le partage des gains et des pertes? Les associés auront-ils chacun une part virile ou bien une part proportionnelle à l'importance de

(59) D. *h. t.*, L. 6. — (60) D. *h. t.*, L. 63, pr. i. f.

(61) Cf. ci-dessus T. II, § 90, II, 1° initio.

(62) D. *h. t.*, L. 76-80. Cf. ci-dessus T. II, § 90, II, 2° i. f.

(63) Il n'est pas même possible de s'associer avec la clause que les bénéfices et les pertes seront partagés séparément.

D. *h. t.*, L. 30. « Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, « ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat : Servius in notatis Mucii ait « nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni « damno deducto, neque damnum nisi omni lucro deducto : sed potest coiri societas ita, ut ejus lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars « aliqua feratur, et ejus damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur ».

Dans cette loi, Paul commence par énoncer l'opinion de Quintus Mucius d'après laquelle il n'était pas permis de convenir que les gains se partageraient dans une proportion autre que les pertes. Servius Sulpicius se rallie à cette manière de voir en tant qu'il s'agit de partager dans une certaine proportion chaque gain social, et dans une proportion différente chaque perte sociale. Mais il s'écarte de la doctrine de Mucius en déclarant la convention valable en tant qu'il s'agit de partager d'une manière différente, soit l'excédent des gains sur les pertes, soit l'excédent des pertes sur les gains.

Voyez sur cette loi, qui a fait l'objet de vives controverses, GLÜCK, XV, § 966, p. 418-425, RAUTER, cité, p. 97-98, et MAYNZ, II, § 226, note 21.

Quel est le motif de la nullité de la société prémentionnée? Les gains, comme le but social en général, doivent être communs à tous les associés; or ils ne sont pas vraiment communs si on partage séparément les gains et les pertes, mais seulement si on répartit entre les associés l'excédent des gains sur les pertes. Ajoutez à cela que le partage séparé des gains et des pertes froisse la fraternité qui doit présider à la société (D. *h. t.*, L. 63, pr. i. f.). Tels étant les motifs de la nullité dont il s'agit, nous pensons que la convention elle-même n'en est pas moins valable comme convention *sui generis*.

leur apport. Le premier système mérite la préférence. Nous nous fondons avant tout sur l'intention des contractants. Lorsque quelqu'un conclut une société sans stipuler une part plus forte que son coassocié, il doit avoir voulu un partage égal des bénéfices et des pertes; si sa volonté était différente, il pouvait et devait l'exprimer; en gardant le silence, il a tacitement renoncé à un avantage sur son coassocié. A vrai dire, il ne peut pas même être question d'un partage proportionnel aux apports; les associés ont dû considérer leurs apports comme équivalents; si l'un d'eux avait été persuadé que son apport avait une importance plus considérable que celui de son coassocié, il eût stipulé une part plus forte. Il en est ainsi d'autant plus que, dans la détermination des parts sociales, on a égard non seulement aux apports proprement dits, mais en outre au crédit et aux relations sociales des contractants; si donc on se trouve en présence d'apports inégaux, sans que le contrat établisse un partage inégal des bénéfices et des pertes, on doit supposer que l'inégalité des apports était, dans l'intention des parties, compenséepar le crédit plus grand et les relations plus avantageuses de l'associé qui apportait le moins à la société. L'opinion que nous défendons, a aussi pour elle l'autorité incontestable de nos sources (64) et elle est

(64) GAIUS, III, 150. « Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil « inter eos convenerit, (tamen) æquis ex partibus commodum et incommodum « inter eos commune esse.... ».

I. *h. t.*, § 1. « Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, « æquales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur... ».

D. *h. t.*, L. 29, pr. « Si non fuerint partes societati adjectæ, æquas eas esse « constat... ».

C. *h. t.*, L. 3. « Cum in societatis contractibus fides exuberet conveniatque « æquitatis rationibus etiam compendia æqualiter inter socios dividi... ».

Pour écarter ces textes péremptoires, on a soutenu que les mots *partes æquæ* ou *æquales* ou *æqualiter* qu'on y rencontre, désignent non pas des parts mathématiquement égales, mais des parts relativement égales ou proportionnelles aux mises. C'est attribuer aux mots dont il s'agit, un sens qu'ils n'ont jamais dans nos sources (I. 2, 14, *de hered. instit.*, § 6 initio; D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 8 initio; D. 28, 5, *de hered. instit.*, L. 2, pr., L. 9, § 12; D. 34, 5, *de reb. dub.*, L. 7, § 2; D. 36, 1, *ad sctum Trebell.*, L. 24 (L. 23, édition Kriegel); D. 46, 3, *de solut.*, L. 5, § 2) et notamment pas au point de vue de la société (D. *h. t.*, L. 6, L. 76 initio). Voyez BRISSONIUS, *de verb. signific.*, v^is *Æquale* et *Æquus*, n° 5. Surtout pour le D. *h. t.*, L. 29, pr., le doute est impossible; car Ulpien, après avoir déclaré que, dans le

généralement acceptée(65). Si le contrat se borne à fixer les parts dans les gains, on étend cette attribution aux pertes, et réciproquement, d'après la volonté présumée des contractants(66).

4° Une dernière condition de la société est le consentement des arties(67). D'après ce qui vient d'être dit, le consentement doit porer sur les apports respectifs des contractants et sur le but commun ' poursuivre au moyen de ces apports(68). Le contrat de société 'tant consensuel, le seul consentement des parties suffit à sa perection(69); on peut donc aussi consentir à la société d'une manière acite(70).

ilence du contrat, les parts sociales sont *æquæ*, ajoute immédiatement que les ssociés sont libres d'accorder à l'un d'eux 2/3 ou 3/4, et à l'autre 1/3 ou 1/4 (*Si vero lacuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere...*). our échapper à la décision d'Ulpien, on a voulu l'appliquer à l'obligation d'effecuer les *apports;* mais la suite de la loi établit à l'évidence que le jurisconsulte 'occupe des gains.

Non obstat D. *h. t.*, L. 6, L. 80. Aux termes de ces lois, si les associés sont conenus que les parts sociales seront fixées par l'un d'eux (L. 6) ou bien par un tiers . 80), l'arbitre doit prendre pour base l'importance des apports. Ces textes sont trangers à notre question. Dans l'espèce qu'ils prévoient, le contrat de société 'est pas muet sur les parts sociales; il indique un moyen d'arriver à leur déterination, à savoir l'arbitrage. Et la convention spéciale relative à cet arbitrage erait même dépourvue d'effet si l'arbitre était forcé d'attribuer aux associés es parts viriles; elle ne produit de l'effet que si l'on admet que les contractants nt voulu une attribution de parts proportionnelles aux mises.

(65) Voyez en notre sens MACKELDEY, II, § 387, 2°, UNTERHOLZNER, cité, II, 524, C, 3° initio, SCHILLING, III, § 314, et note m, PUCHTA, *Pand.*, § 370 i. f., et *orles*. II, § 370-372 initio, MOLITOR, cité, II, n° 634, RAUTER, cité, p. 89-92, ELLER, § 346 i. f., SINTENIS, II, § 121, et *Anm.* 35 initio, VANGEROW, III, § 655, *nm.*, DEMANGEAT, II, p. 371-372, ORTOLAN, III, n° 1530, MAYNZ, II, § 226, 4°, note 24, NAMUR, II, § 284, 1 initio, WINDSCHEID, II, § 406, 4°, et note 13, et CCARIAS, II, n° 626 i. f.

Contra GLÜCK, XV, § 966, p. 404-414, THIBAUT, I, § 472, B initio, et BRAUN, *rörterungen zu Thibaut*, § 883, MÜHLENBRUCH, II, § 419, d, et TREITSCHKE, té, § 42 initio.

Cf. GŒSCHEN, II (2), § 521, 3° i. f., et KOCH, cité, III, § 303, n° I initio.

(66) GAIUS, III, 150 i. f.; I. *h. t.*, § 3. — (67) I. 3, 22, *de cons. oblig.*, pr.

(68) Cf. D. *h. t.*, L. 31, L. 32, L. 44 i. f., L. 52, § 3 i. f.

(69) GAIUS, III, 154 i. f.; I. 3, 22, *de cons. oblig.*, § 1-2 cbn. avec le pr.; D. *h. t.*, . 4, pr.

(70) D. *h. t.*, L. 4, pr. « Societatem coire et *re* et verbis et per nuntium posse nos dubium non est ». Cf. ci-après § 158, I et IV.

B) *Effets de la société entre parties*; § 154.

I. La société oblige réciproquement les associés les uns envers les autres; c'est un contrat bilatéral parfait(1). En particulier :

1° Chaque associé doit faire l'apport qu'il a promis(2). L'apport s'effectue par les modes ordinaires, savoir pour les choses corporelles par la tradition(2), pour les créances par la cession(3) ou la novation, pour les services par leur prestation, sauf ce qui sera dit ci-après de la société universelle de biens(4).

2° La société étant un contrat à titre onéreux, les associés doivent garantir leurs apports au point de vue de l'éviction et des vices(5). En ce qui concerne l'éviction, il importe beaucoup si c'est la propriété ou la simple jouissance de l'apport qui devait être transférée à la société. Dans le premier cas, le recours en garantie existe par cela seul que l'associé a mis en commun la chose d'autrui; il n'y a pas lieu d'attendre la dépossession judiciaire, car l'associé a manqué à son obligation dès qu'il n'a pas transféré la propriété(6). Dans le second cas, le recours n'est possible qu'après que la société a été judiciairement dépossédée; jusque-là l'associé qui a livré la chose, satisfait à son obligation de procurer la jouissance à ses coassociés(7). Quant aux vices des apports, on suit exclusivement les règles du droit civil; le droit édilitien n'est pas applicable(8). L'objet du recours du chef

Pareillement, la conclusion d'une société peut être accompagnée d'une condition ou d'un terme (D. *h. t.*, L. 1, pr.), suspensif ou résolutoire (L. 1, pr., cit.), quoique l'admissibilité de la condition suspensive ait donné lieu à des doutes parmi les anciens jurisconsultes romains (C. *h. t.*, L. 6). Cf. ci-dessus T. II, § 97, note 39, 2°.

La société conclue pour la vie des associés (*dum vivunt*) est pure et simple et non à terme; car la société prend fin de plein droit au décès de l'un des associés (cf. D. *h. t.*, L. 1, pr. initio, et ci-après § 158, IV). D'autre part, on ne peut convenir que la société passera aux héritiers (arg. D. *h. t.*, L. 70; cf. ci-après § 158, IV initio); la société conclue *in perpetuum* est censée établie pour la vie des associés (D. *h. t.*, L. 1, pr. initio).

(1) I. 3, 22, *de cons. oblig.*., § 3 cbn. avec le pr.
(2) D. *h. t.*, L. 52, § 8, L. 73 initio. — (3) D. *h. t.*, L. 3, pr.
(4) § 164, II, 2°. — (5) Cf. ci-dessus T. II, § 105-108.
(6) Arg. C. 4, 49, *de A. E. et V.*, L. 7. — Maynz, II, § 226, note 3 initio.
(7) Arg. D. 19, 2, *loc.*, L. 9, pr. initio.
(8) Arg. D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 63. — Cf. ci-dessus T. II, § 107, I, A.

de l'éviction ou des vices de la chose est d'obtenir des dommages et intérêts (9). Toutefois, si l'apport évincé ou défectueux est susceptible d'être remplacé par un autre également propre à atteindre le but social, il faut autoriser l'associé à se soustraire aux dommages et intérêts en faisant ledit remplacement; car l'apport a moins pour objet de procurer certaines choses à la société que de les faire servir au but social (10). D'un autre côté, si par suite de l'éviction ou du vice de l'apport la réalisation du but social était devenue impossible, la société serait dissoute (11).

3° En principe, chaque associé a le droit de gérer les affaires sociales, en se conformant au but de la société (12). Mais aussi chacun de ses coassociés jouit du droit de s'opposer à l'acte de gestion projeté; toutes choses étant égales, chacun ayant un droit égal à l'administration des affaires sociales, s'il surgit une divergence d'opinions, il est juste de maintenir le statu quo (13). Si l'un des

(9) Arg. D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, pr. et § 1.

(10) Arg. D. 19, 2, *loc.*, L. 60, pr. i. f.

(11) D. *h. t.*, L. 63, § 10 i. f. Si la réalisation du but social, sans être devenue impossible, avait été rendue plus difficile, l'éviction ou le vice de l'apport constituerait au moins une cause légitime de désistement de la société, notamment dans le cas d'une société à terme (D. *h. t.*, L. 14, vis Sed et si convenit, ne intra « certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntiatur, potest rationem « habere renuntiatio. Nec tenebitur pro socio qui ideo renuntiavit, quia condicio « quædam, qua societas erat coita, ei non præstatur : aut quid.., L. 15,... quod ea « re frui non liceat, cujus gratia negotiatio suscepta sit? »). Cf. ci-après § 158, III initio.

Il ne saurait être question de garantie dans la société universelle de biens, ni dans la société générale d'acquêts, puisque ici les associés s'engagent seulement à mettre en commun, soit tous leurs biens, soit tous leurs acquêts, tels quels.

(12) Cf. D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 28, vis Sed etsi in communi prohiberi socius « a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, « cum prohibere poterat, hoc prætermisit... ».

(13) Arg. L. 28 cit. « Sabinus ait in re communi neminem dominorum jure « facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi jus « esse : in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat... », D. 8, 5, *si serv. vindic.*, L. 11, et D. 8, 2, *de S. P. U.*, L. 27, § 1. Le D. 8, 5, *si serv. vindic.*, L. 11, invoque à l'appui de la règle la considérations suivante : « quia magis ille, « qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque jus præripit, « si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti jure communi velit ».

associés a fait un acte de gestion malgré la défense des autres, ceux-ci peuvent réclamer le rétablissement de l'état de choses antérieur(14) et, s'il s'agit d'un acte juridique conclu avec un tiers, cet acte est censé fait par l'associé pour son compte personnel ; il ne peut être opposé aux coassociés(15). Mais le plus souvent l'administration des affaires sociales est confiée à l'un des associés(16), soit par le contrat de société, soit par un mandat subséquent. Alors cet associé a seul le droit de gérer ; les autres sont exclus de la gestion et par conséquent leurs actes sont dépourvus de force obligatoire au point de vue de la société. Entre le mandat donné par le contrat de société et celui qui intervient après coup il existe une différence importante : le premier est irrévocable, comme étant une condition du contrat de société ; le second est révocable conformément aux règles du mandat(17). — Il résulte de ce qui précède que l'associé administre les affaires sociales tantôt comme mandataire, tantôt comme simple gérant d'affaires de ses coassociés. Il y a donc lieu de lui appliquer selon les circonstances les principes généraux du mandat(18) ou de la gestion d'affaires(19). D'après cela il est comptable de son administration(20) et doit remettre tout ce qu'il a reçu pour compte commun(21). Il est obligé de payer les intérêts des fonds communs s'il les a employés à son profit personnel(22), s'il les a laissés improductifs(23) ou bien s'il a négligé de les faire rentrer(24). Il doit encore les intérêts de sommes quelconques

(14) Arg. D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 28, vis Quod si quid absente socio ad læsio-« nem ejus fecit, tunc etiam tollere cogitur », et D. 8, 5, *si serv. vindic.*, L. 11.

(15) Arg. D. 17, 1, *mand.*, L. 5, § 1 initio. L'acte de gestion fait en dehors du but social est sans valeur à l'égard des coassociés, bien que ceux-ci ne s'y soient pas opposés (D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 16 i. f.). — (16) parfois aussi à un tiers.

(17) Les deux règles cèdent devant la manifestation d'une volonté contraire des parties (Molitor, cité, II, n° 654 i. f.).

(18) Cf. ci-dessus T. III, § 136. — (19) Cf. ci-après § 192.

(20) D. 2, 13, *de edendo*, L. 9, pr.

(21) D. *h. t.*, L. 38, § 1, L. 52, pr., L. 67, pr. initio et § 1 initio, L. 74.

(22) D. 22, 1, *de usur.*, L. 1, § 1. Cf. D. *h. t.*, L. 67, § 1. Si un associé a placé à intérêts en nom propre des fonds communs, le dernier texte lui accorde les intérêts qu'il a ainsi stipulés. Il ne le dispense pas pour cela de l'obligation de payer à la société les intérêts légaux. — (23) Arg. D. 17, 1, *mand.*, L. 12, § 10.

(24) Arg. D. 26, 7, *de admin. et peric. tut. et curat.*, L. 15.

à partir de sa demeure (25). Il est erroné de soutenir que les intérêts de fonds non devenus communs courent seulement à charge de l'associé s'il a été mis en demeure et que de plus il ait fait usage des espèces pour son compte personnel. Cette doctrine est contraire aux règles générales sur la demeure et ne se justifie point par la nature du contrat de société; la fraternité qui doit régner entre les associés, n'est pas en question (26). Si, par un acte de mauvaise gestion, un associé cause un dommage à lasociété, il doit le réparer (26a) et n'est pas admis à compenser ce dommage avec le bénéfice qu'il a procuré par des actes de bonne gestion (27). Réciproquement, comme tout manda-

(25) Arg. D. 22, 1, *de usur.*, L. 32, § 2.

(26) Quant aux textes, nous invoquons le D. 22, 1, *de usur.*, L. 32, § 2. « In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur ». La société est un contrat de bonne foi (I. 3, 22, *de cons. oblig.*, § 3 cbn. avec le pr.).

Pomponius enseigne le contraire au D. *h. t.*, L. 60, pr.

« Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, « cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum præstare debere Labeo ait, « sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse : sed « si aut usus ea pecunia non sit aut moram non fecerit, contra essè.. ».

En vertu du contrat de société, l'un des associés devait une somme d'argent à ses coassociés (*quod ex societate lucri faceret*). Pomponius décide que les intérêts courent seulement si l'associé débiteur, déjà mis en demeure, s'est en outre servi des espèces. Il accentue cette règle en ajoutant que les intérêts ne sont pas dus si l'associé n'a pas employé les fonds (bien qu'il fût en demeure), ou (*aut*) s'il n'est pas en demeure (tout en ayant employé les fonds). Telle est aussi l'interprétation des *Basiliques* XII, 1, c. 58, et scol. 1 (HEIMBACH, I, p. 763).

Tous les essais de conciliation de la loi 60, pr., avec le principe général du D. 22, 1, *de usur.*, L. 32, § 2, nous paraissent inacceptables. Nous admettons donc la contrariété et nous croyons devoir nous en tenir à la règle fondamentale que la demeure fait courir les intérêts dans toutes les obligations de bonne foi.

Font courir les intérêts par l'effet de la simple demeure MOLITOR, cité, II, n° 651, MOMMSEN, *Beiträge* III, § 24, n° I, p. 238-239, et note 7, et MAYNZ, II, § 226, 3°, et notes 12 et 13.

Cf. SINTENIS, II, § 121, n° III, 2°, et *Anm.* 61, et WINDSCHEID, II, § 406, note 9 initio.

Contra GLÜCK, XV, § 968, n° VII initio, et note 77, UNTERHOLZNER, cité, II, § 526, n° II i. f., et note h, TREITSCHKE, cité, § 20, et note 6, et SCHILLING, III, § 315, 4°.

(26a) D. *h. t.*, L. 52, § 2, 3 et 11, L. 59, § 1 i. f.

(27) D. *h. t.*, L. 23, § 1, L. 25, L. 26. Cf. ci-dessus T. I, § 60, IV, et T. III, § 136, I, 1° initio. La règle énoncée est vraie alors même que l'associé a bien géré en dehors d'un mandat; car on ne peut pas dire que l'acte de bonne gestion fût

taire ou gérant d'affaires, l'associé qui a administré les affaires sociales, a droit au remboursement de ses dépenses légitimes(28), avec les intérêts à partir du jour de la dépense(29). Il peut aussi se faire indemniser des pertes que lui a causées l'administration(30), et même, par dérogation à la théorie générale du mandat(31) et de la gestion d'affaires, les coassociés sont tenus de contribuer aux pertes que le gérant a éprouvées par suite d'accidents survenus à l'occasion de sa gestion(32). La raison en est que la société repose sur la communauté du but social, et cette communauté doit entraîner celle des pertes dont la société a été la cause ou l'occasion pour l'un de ses membres(33). Ainsi, l'associé gérant aura un recours contre ses coassociés si, dans un voyage pour compte de la société, il a contracté une maladie, s'il a été dépouillé de ses propres fonds par des voleurs, ou bien s'il a fait naufrage(34). Quant à la perte accidentelle de biens sociaux, il

purement facultatif pour l'associé qui n'avait pas reçu de mandat; l'associé répondait dans tous les cas de sa négligence, donc aussi de son abstention coupable (D. *h. t.*, L. 52, § 11 initio). La distinction établie au T. I, § 60, IV, est sans objet dans l'espèce.

Il va de soi que les acquisitions faites par un associé ne doivent pas être rendues communes si elles ne rentrent pas dans le but social (D. *h. t.*, L. 3, § 2, L. 52, § 5, 6 et 8, L. 63, § 9), eussent-elles été faites avec l'argent de la société (C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 4; C. 4, 50, *si quis alteri*, L. 8), sauf l'indemnité à payer par l'associé qui a employé à son profit les fonds sociaux (Mêmes textes et D. 22, 1, *de usur.*, L. 1, § 1). De même, lorsqu'un associé prête des fonds communs, le prêt comme tel profite seulement à la société s'il a été fait pour compte commun (D. *h. t.*, L. 67, § 1 initio); si l'associé a prêté les fonds sociaux dans l'intention d'agir pour lui seul, le prêt lui demeure personnel; il en profite exclusivement, comme il en supporte seul les risques (L. 67, § 1 i. f., cit.), sans préjudice des dommages et intérêts dus à la société (D. 22, 1, *de usur.*, L. 1, § 1).

(28) D. *h. t.*, L. 38, § 1, L. 52, § 12 et 15, L. 67, pr. initio et § 2 initio; C. *h. t.*, L. 2. Cf. D. *h. t.*, L. 65, § 13. — (29) D. *h. t.*, L. 67, § 2.

(30) Arg. D. 47, 2, *de furt.*, L. 62 (L. 61, édition Kriegel), § 5.

(31) Cf. ci-dessus T. III, § 136, II, 2°.

(32) D. *h. t.*, L. 52, § 4, L. 60, § 1, L. 61. — (33) D. *h. t.*, L. 52, § 4 i. f.

(34) D. *h. t.*, L. 52, § 4. « Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex « his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam « perdidit, servi ejus vulnerati sunt resque proprias perdidit. Dicit Julianus damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnoscere debere tam pecuniæ quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. Sed et si

est évident qu'elle frappe tous les sociétaires ; par exemple, l'associé gérant a perdu les fonds sociaux par l'effet d'un cas fortuit(35). Enfin, l'associé gérant peut se faire décharger des obligations contractées dans l'intérêt commun(36). Une règle spéciale à la société est que si un associé, devenu créancier des autres, ne parvient pas à obtenir de l'un d'eux sa part et portion à raison de son insolvabilité, la perte résultant de cette insolvabilité se répartit entre tous les associés solvables(37). La société poursuivant un but commun, il est logique que le dommage résultant de l'insolvabilité de l'un des associés soit supporté en commun par tous les autres(38).

« quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscere debere rectissime « Julianus probat. Proinde et si naufragio quid periit, cum non alias merces « quam navi solerent advehi, damnum ambo sentient : nam sicuti lucrum, ita « damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit ».

D. *h. t.*, L. 60, § 1, L. 61.

Il résulte de la loi 60, § 1, que Labéon et Pomponius repoussaient cette contribution aux pertes. La doctrine contraire de Julien (L. 61, L. 52, § 4) et d'Ulpien (L. 52, § 4) est celle du droit de Justinien (L. 52, § 4, L. 61).

(35) D. *h. t.*, L. 52, § 3, L. 58, pr. i. f. et § 1 initio.

(36) D. *h. t.*, L. 27 initio. Cf. ci-après la note 46 du présent paragraphe.

(37) D. *h. t.*, L. 67, pr. « Si unus ex sociis rem communem vendiderit consensu « sociorum, pretium dividi debet ita, ut ei caveatur indemnem eum futurum. « Quod si jam damnum passus est, hoc ei præstabitur. Sed si pretium communi- « catum sit sine cautione et aliquid præstiterit is qui vendidit, an, si non omnes « socii solvendo sint, quod a quibusdam servari non potest a ceteris debeat ferre? « sed Proculus putat hoc ad ceterorum onus pertinere quod ab aliquibus servari « non potest.. ».

(38) L. 67, pr., cit., vⁱˢ rationeque defendi posse, quoniam, societas cum con- « trahitur, tam lucri quam damni communio initur ».

De même, si un associé devenu débiteur de ses coassociés commence par payer intégralement à quelques-uns leur part et portion, tandis que les autres n'obtiennent pas le payement intégral à raison de l'insolvabilité de l'associé débiteur (ou du bénéfice de compétence), cette perte se répartit entre tous les associés créanciers (D. *h. t.*, L. 63, § 5. « Si, cum tres socii essent, egerit cum uno « ex sociis socius et partem suam integram sit consecutus, deinde alius socius « cum eodem agat et partem consequi integram non poterit, quia facere solidum « non potest, an hic qui minus consecutus est cum eo agere possit qui solidum « accepit ad communicandas partes inter eos, id est exæquandas, quasi iniquum « sit ex eadem societate alium plus, alium minus consequi? sed magis est, ut pro « socio actione consequi possit, ut utriusque portio exæquetur : quæ sententia « habet æquitatem »).

En vertu d'autres dispositions exceptionnelles, les associés dans l'exécution de leurs obligations répondent seulement de la faute légère *in concreto* (39), de plus, à raison du caractère fraternel du lien social(40), ils jouissent, les uns vis à vis des autres et par rapport à leurs obligations sociales, du bénéfice de compétence (41), enfin, s'ils subissent une condamnation pour dol, ils sont frappés d'infamie pour avoir trompé la confiance de leurs coassociés (42).

II. L'action qui naît du contrat de société, est l'action *pro socio;* chaque associé peut l'exercer contre ses coassociés comme action directe(43). Elle est spéciale ou générale. Sous le premier rapport elle sert, pendant la société, à poursuivre l'exécution des diverses obligations particulières des associés les uns envers les autres (44). Sous le second elle tend, après que la société a été dissoute d'une façon quelconque, à obtenir la liquidation générale des affaires

Faisons remarquer que si les associés ont constitué l'un d'eux caissier de la société, et qu'ils aient acquis une créance contre la société à raison des affaires sociales, ils doivent s'adresser avant tout au caissier à l'effet d'obtenir le payement de leur créance. Tel est précisément le but de la nomination du caissier (D. *h. t.*, L. 65, § 14).

(39) I. *h. t.*, § 9; D. *h. t.*, L. 72, cf. L. 52, § 1, 2 et 11, L. 59, § 1 i. f. Voyez ci-dessus T. I, § 14, I, 2°. — (40) D. *h. t.*, L. 63, pr. i. f.

(41) D. *h. t.*, L. 63, pr. initio; I. 4, 6, *de action.*, § 38. Cf. D. 42, 1, *de re judic.*, L. 16. Dans le dernier passage, Ulpien restreint le bénéfice de compétence à la société de tous les biens, alors que, au D. *h. t.*, L. 63, pr., il l'accorde à un associé quelconque. La meilleure solution de la difficulté consiste à admettre qu'au D. 42, 1, *de re judic.*, L. 16, Ulpien s'en tient aux termes de l'édit prétorien; il étend celui-ci dans le D. *h. t.*, L. 63, pr. En ce sens GLÜCK, XV, § 967.

Voyez encore le D. *h. t.*, L. 63, § 3.

L'associé perd son bénéfice en cas de dol (D. 42, 1, *de re judic.*, L. 22, § 1) ou bien s'il nie l'existence de la société (L. 22, § 1, cit.; D. *h. t.*, L. 67, § 3).

Cf. ci-dessus T. I, § 6, II, 2°.

(42) GAIUS, IV, 182 initio; I. 4, 16, *de pœna temere litig.*, § 2 initio; D. 3, 2, *de his qui not. inf.*, L. 1; C. 2, 11 (12, édition Kriegel), *de caus., ex quib. inf. alicui inrog.*, L. 22. Cf. D. 3, 2, *de his qui not. inf.*, L. 6, § 6 i. f.

(43) I. 4, 16, *de pœna temere litig.*, § 2, vis pro socio, quæ ab utraque parte directa est ».

(44) D. *h. t.*, L. 38, § 1, L. 52, pr., § 8, 12, 13 et 15, L. 65, § 15, L. 71, pr., L. 74; C. *h. t.*, L. 2; C. 4, 50, *si quis alteri*, L. 8. Eventuellemeut le défendeur sera condamné à des dommages et intérêts (D. *h. t.*, L. 14 initio, L. 17, pr., L. 39, L. 52, § 3 i. f. et 10, L. 65, § 5, cf. L. 41, L. 42).

sociales(45). Dans le dernier cas, le jugement rendu à l'action constatera l'actif et le passif de la société, ainsi que les parts sociales de chacun de ses membres, s'il y a contestation sur ce point(46). Mais là s'arrête la portée de l'action *pro socio*; celle-ci ne sert point à poursuivre le partage des choses corporelles et des droits réels compris dans le patrimoine de la société; l'action *communi dividundo* doit être intentée à cette fin(47). Le véritable motif de la règle est que l'action *pro socio* naissant du contrat de société ne saurait être exercée que pour réaliser le but de ce contrat, donc pour fixer les droits des associés dans la communauté, et non pour opérer le partage des biens communs; loin que la société ait pour but de faire ce partage, elle tend au contraire à avoir les biens en commun. C'est la communauté qui crée l'obligation du partage et dès lors celui-ci doit être poursuivi par l'action résultant de la communauté, par l'ac-

(45) Cf. D. *h. t.*, L. 38, pr., et C. *h. t.*, L. 5. L'une des causes de dissolution de la société est la renonciation d'un associé; or, par cela seul qu'un associé intente l'action *pro socio* en liquidation de la société, il renonce tacitement à la société (D. *h. t.*, L. 65, pr. i. f.). C'est en ce sens que l'exercice de l'action *pro socio* est représenté comme un mode de dissolution de la société (L. 65, pr. initio, cit.).

(46) Il statuera encore sur la régularité d'une renonciation à la société, si cette régularité est contestée. Cf. ci-après § 158, III.

En ce qui concerne les créances et les dettes relatives à la société, pour déterminer la mission du juge de l'action *pro socio*, il y a lieu de distinguer :

1° Si un seul des associés a contracté avec les tiers et que par conséquent celui-là seul soit devenu créancier ou débiteur des tiers (cf. ci-après § 157, II), il est tenu de céder à ses coassociés la part et portion qui leur revient dans la créance (cf. D. *h. t.*, L. 43 initio), et réciproquement il peut exiger qu'on lui attribue hors part ce qui est nécessaire au payement de la dette (D. *h. t.*, L. 63, § 3, arg. L. 27 initio). Dans le cas où la dette est conditionnelle ou à terme, on n'en tient pas directement compte, mais l'associé débiteur conditionnel ou à terme a le droit d'exiger de ses coassociés une caution contre la poursuite ultérieure du tiers créancier (D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 16; D. *h. t.*, L. 27 i. f., L. 28, L. 67, pr. initio, cf. L. 38, pr.).

2° On suit des règles analogues si quelques-uns seulement des associés ont contracté avec les tiers, ou bien si tous les associés ont contracté pour des parts viriles, malgré l'inégalité des parts sociales (§ 157).

3° Enfin, si tous les associés ont contracté avec les tiers pour leurs parts sociales (§ 157, I), ce partage étant de nature à satisfaire tous les intéressés, l'intervention du juge manque d'objet.

(47) D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 1, L. 2, pr. initio.

tion *communi dividundo*(48). Pour justifier l'exclusion de l'action *pro socio* dans l'espèce, on dit parfois que la formule de cette action ne contenait pas l'*adjudicatio*, qui se trouvait dans la formule de l'action *communi dividundo*(49). C'est déplacer la difficulté au lieu de la résoudre; car on peut se demander pourquoi l'action *pro socio* ne renfermait pas une *adjudicatio*(50). Outre que l'action *communi dividundo* est indispensable pour le partage judiciaire des biens sociaux, elle concourt encore avec l'action *pro socio* en vue de poursuivre l'exécution des obligations spéciales naissant de la gestion de la communauté(51) ou le règlement général de cette gestion(52). On peut même l'intenter exclusivement dans ce but, en dehors d'une demande en partage(53). A la différence de l'action *pro socio*(54), elle garantit aussi les obligations produites par la communauté postérieurement à la dissolution de la société(55). Mais elle se restreint aux obligations naissant de la communauté(56); elle ne concerne ni les créances qui, tout en étant relatives à la société, sont étrangères aux biens communs(57), ni la période antérieure à la formation de la communauté de biens entre associés(58). D'après cela, l'action *pro socio* et l'action *communi dividundo* ont à la fois un objet commun et un objet propre; en tant qu'elles ont le même objet, l'exercice de l'une éteintl'autre(59);

(48) Cf. GLÜCK, XV, § 969, p. 448 i. f., TREITSCHKE, cité, § 79, 1°, et MAYNZ, II, § 229, note 5. — (49) KOCH, cité, III, § 308, n° I initio.

(50) La plupart des auteurs n'essayent pas même d'expliquer la règle. Voyez MOLITOR, cité, II, n° 662, et REUTER, cité, p. 109.

(51) D. *h. t.*, L. 38, § 1. « Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, vel « pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram « tolli Proculus ait ».

(52) Arg. D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 4, § 3, vis Sicut autem..... perceptos venire, et D. *h. t.*, L. 38, § 1.

(53) D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 14, § 1, vis Quæ cum ita sint, rectissime dicitur « etiam impendiorum nomine utile judicium dari debere mihi in socium *etiam* « *manente rei communione..* ».

Donc il est aussi possible d'y recourir après que le partage a été effectué (arg. D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 6, § 1, L. 11) ou après la perte des choses communes (L. 11 cit.). Voyez encore L. 6, § 1, cit.

(54) D. *h. t.*, L. 65, § 13 initio. — (55) L. 65, § 13 i. f., cit.

(56) D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 3, pr., L. 1 i. f. — (57) D. *h. t.*, L. 43 initio.

(58) D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 4, § 3 i. f. — (59) D. *h. t.*, L. 38, § 1.

en tant que leur objet est différent, leur cumul est possible (60), sauf à tenir compte à la seconde poursuite du produit de la première (61). Ainsi, on peut exercer successivement l'action *pro socio* en liquidation de la société et l'action *communi dividundo* en vue du partage des biens sociaux (62), ou encore l'action *communi dividundo* en partage et en liquidation de la communauté et l'action *pro socio* en payement des dettes étrangères à la communauté, mais relatives aux affaires sociales (63). L'action *communi dividundo* présente cette particularité qu'elle est mixte ou double (*mixta vel duplex* (64)) au point de vue de la position des plaideurs dans le procès ; les plaideurs sont placés sur la même ligne (65); chacun remplit le rôle de demandeur et celui de défendeur (66) et par conséquent la partie poursuivante peut être condamnée aussi bien que la partie poursuivie (67), par exemple du chef des fruits qu'elle a perçus, du dommage qu'elle a causé par sa mauvaise gestion ou bien encore à raison des dépenses faites par la partie adverse. En général, dans les actions il n'y a qu'un seul demandeur et un seul défendeur ; si le premier succombe, il est simplement débouté de son action, il n'encourt aucune condamnation. Cette duplicité de l'action *communi dividundo* tient à la circonstance que tous les copartageants ont des droits et des obligations de même nature, et au point de vue du partage et à raison de la communauté ; dès lors il convenait de les placer sur la même ligne en justice (67[a]). — Indépendamment des actions *pro socio* et *communi dividundo*, les associés disposent encore les uns contre les autres des actions multiples résultant des rapports particuliers qui ont pu s'établir entre eux à l'occasion de la société. Une vente conclue entre les associés produit les actions *venditi* et *empti* (68), un louage

(60) D. *h. t.*, L. 43 initio. — (61) L. 43 i. f., cit. — (62) Cf. D. *h. t.*, L. 43 initio.
(63) L. 43 initio, cit.
(64) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 37, § 1. Cf. D. 10, 1, *fin. regund.*, L. 10.
(65) D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 2, § 1 initio.
(66) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 37, § 1 ; D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 44, § 4 initio, arg. L. 2, § 3. Cf. D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 2, § 1.
(67) I. 4, 17, *de off. jud.*, § 5 cbn. avec § 4. — Voyez encore le D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 44, § 4 i. f. — (67[a]) Cf. MAYNZ, II, § 278, p. 506-507.
(68) D. *h. t.*, L. 69. ULPIANUS *libro XXXII ad edictum.* « Cum societas ad emen-« dum coiretur et conveniret, ut unus reliquis nundinas id est epulas præstaret

les actions *locati* et *conducti*, un prêt de consommation l'*actio mutui*, un commodat l'*actio commodati* directe ou contraire, un mandat l'*actio mandati*, directe ou contraire. La simple gestion des affaires sociales donne lieu à l'*actio negotiorum gestorum*, directe ou contraire. Enfin, si l'un des associés a volé ou endommagé par sa faute une chose commune, il est soumis, soit à l'*actio furti*(69) et à

« eosque a negotio dimitteret, si eas eis non solverit, et pro socio et ex vendito « cum eo agendum est ».

« Lorsqu'une société a été conclue en vue de faire des achats et qu'il a été con- « venu que l'un des associés pourrait (à la demande des autres) être contraint de « leur rembourser les frais du marché, c'est-à-dire les dépenses de bouche faites « au marché, et de reprendre pour son compte exclusif toute l'opération sociale, « il est soumis à l'action *pro socio* et à l'*actio venditi* s'il ne leur paye pas les frais « du marché ».

Au point de vue des principes, cette loi est d'une grande simplicité. Une vente était intervenue entre associés; Ulpien décide que l'*actio venditi* concourt avec l'action *pro socio* pour le payement du prix de vente. Mais la loi soulève de graves difficultés grammaticales, qui l'ont fait ranger parmi les *septem leges damnatæ;* quelle est cette vente qui avait été conclue entre les associés? Les explications abondent; nous nous contenterons d'indiquer celle qui nous semble mériter la préférence. Appelons pour la clarté Primus l'associé qu'Ulpien désigne par les mots *unus* (*socius*). Primus avait formé une société avec plusieurs autres personnes, dans le but d'acheter des marchandises sur un marché public et de les revendre ensuite. Par une clause spéciale du contrat, il avait promis à ses coassociés que, s'ils lui en faisaient la demande, il reprendrait pour son compte exclusif toute l'opération sociale (*eosque a negotio dimitteret*) et leur rembourserait les dépenses de bouche faites au marché (*ut unus reliquis nundinas id est epulas præstaret*). Le juriscousulte explique le mot *nundinas* par celui d'*epulas;* les *epulæ* sont les dépenses de manger et de boire faites au marché; dès lors le mot *nundinæ* doit désigner ici les frais du marché. Les associés se rendirent au marché; mais les opérations sociales ne paraissant pas devoir être avantageuses, les coassociés de Primus invoquèrent le bénéfice de la convention particulière qui avait été ajoutée au contrat de société. Primus ayant refusé d'y satisfaire, se présentait la question de savoir quelle action était ouverte contre lui. Tout d'abord Primus est soumis à l'action *pro socio* résultant du pacte ajouté au contrat de société. Mais en outre la convention spéciale constitue une vente : les coassociés de Primus lui ont vendu, sous une condition potestative de leur part, leurs droits sociaux pour le montant des dépenses qu'ils feraient au marché; ce prix de vente peut être exigé par l'*actio venditi.*

Voyez en ce sens TREITSCHKE, cité, § 65, et RAUTER, cité, p. 110-111.

Cf. GLÜCK, XV, § 969, p. 449-460, et MOLITOR, cité, II, nº 663.

(69) D. *h. t.*, L. 45 initio, L. 51 pr.

la *condictio furtiva*(70), soit à l'action Aquilienne(71). Ces diverses actions concourent électivement avec l'action *pro socio*(72) et même cumulativement en tant qu'elles ont pour objet le payement d'une peine(73). Ajoutons que le choix d'une action autre que l'action *pro socio* ne prive point l'associé défendeur des avantages inhérents à sa qualité d'associé; sa responsabilté demeure limitée à la faute légère *in concreto* et il jouit du bénéfice de compétence(74).

C) *De la cession des droits sociaux;* § 155.

Jusqu'à quel point est-il permis à un associé de céder ses droits sociaux? Il est certain qu'il ne le peut point en ce sens que le cessionnaire lui serait substitué en qualité d'associé; cette substitution est de toute impossibilité; elle constitue pour les coassociés du cédant une *res inter alios acta*(1). Il est non moins évident que l'associé cédant demeure tenu, vis-à-vis de ses coassociés, de toutes ses obligations; à ce point de vue encore, le cession est pour les coassociés une *res inter alios acta*(2). Mais la cession des droits sociaux implique, de la part du cédant, une renonciation à la société et une aliénation, en faveur du cessionnaire, de tous ses droits vis-à-vis de la société dissoute. En effet, elle suppose manifestement chez le cédant l'intention de se retirer de la société, et comme il ne peut être question de la substitution du cessionnaire en son lieu et place,

(70) Arg. D. *h. t.*, L. 47, pr. — (71) D. *h. t.*, L. 47, § 1.

(72) Cf. D. *h. t.*, L. 69. — D. *h. t.*, L. 47, pr.; voyez cependant la fin du passage.

(73) D. *h. t.*, L. 45. Cf. D. *h. t.*, L. 50 cbn. avec L. 47, § 1, L. 48, L. 49.

(74) Cf. le nº I i. f. du présent paragraphe. L'associé qui répare à ses frais un bâtiment ruineux, peut évidemment se faire rembourser la part contributoire de ses coassociés à l'aide de l'action *pro socio* (D. *h. t.*, L. 52, § 10). Mais en outre, en vertu d'un sénatus-consulte de Marc-Aurèle, il dispose pendant quatre mois d'une *condictio ex lege*, afin d'obtenir la part contributoire avec les intérêts à 12 % (D. *h. t.*, L. 52, § 10; C. 8, 10, *de ædif. priv.*, L. 4) et il jouit d'un privilège de payement (D. *h. t.*, L. 52, § 10 initio); après les quatre mois, il peut réclamer de l'associé en demeure de faire ce payement sa quote-part dans la maison commune (L. 4 cit.; D. *h. t.*, L. 52, § 10, vis aut deinceps propriam rem habebit). Voyez POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 17, 2, *pro socio*, nº 53, et SCHILLING, III, § 315, *Zusatz*.

(1) Arg. D. *h. t.*, L. 19. — (2) D. *h. t.*, L. 16, § 1, L. 17, pr.

il doit avoir voulu que la société fût dissoute par sa renonciation, et que le cessionnaire succédât à tous ses droits vis-à-vis de la société dissoute(3). La cession des droits sociaux peut se faire à titre onéreux(4) ou gratuit(5), entre-vifs(6) ou à cause de mort(7). Dans le cas d'une société conclue pour un terme déterminé, rien n'empêche de céder ses droits sociaux avant l'expiration du terme(8). Seulement cette cession est suspendue par le même délai(9); car elle contient une renonciation à la société et il n'est pas permis de renoncer à une société à terme; celle-ci prend seulement fin lorsque le délai qui y a été ajouté, est écoulé(10). Il est à peine nécessaire d'ajouter que l'associé ne peut jamais céder plus que sa part sociale(11).

D) *De la sous-association;* § 156.

Un associé peut encore s'associer un tiers relativement à sa part sociale; A et B étant associés à parts égales, il est loisible à B de s'associer X pour un quart dans la société originaire(1). Ici également le tiers n'entre point dans la société originaire; *socii mei socius meus socius non est*(2); la sous-association conclue par l'un des associés avec le tiers forme pour les coassociés une *res inter alios*

(3) Arg. D. *h. t.*, L. 16, § 1, et D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 14, § 3.

(4) D. *h. t.*, L. 16, § 1; D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 14, § 3; C. 4, 52, *de comm. rer. alien.*, L. 3.

(5) D. 34, 1, *de alim. leg.*, L. 16, § 3; C. 6, 22, *qui facere testam. poss.*, L. 6, pr. (L. 6 initio, édition Kriegel). — (6) Textes de la note 4. — (7) Textes de la note 5.

(8) Arg. D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 14, § 3 initio, et D. *h. t.*, L. 16, § 1, vis Qui igitur..... non impediri.

(9) Arg. D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 14, § 3 i. f., et D. *h. t.*, L. 16, § 1, vis sed exceptionem..... Le cessionnaire a un recours contre le cédant qui a caché l'existence du terme. — Cf. ci-après § 158, III initio.

(10) On suit des règles analogues si les droits sociaux ont été cédés avant l'expiration d'un délai pendant lequel les associés s'étaient engagés à rester dans l'indivision (D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 14, § 3; D. *h. t.*, L. 16, § 1, cf. L. 17, pr.). Voyez ci-après § 158, note 24. Mais l'aliénation des droits sociaux est interdite après la *litis contestatio;* celle-ci rend les droits sociaux des choses litigieuses, frappées d'une prohibition d'aliéner (C. 3, 37, *comm. divid.*, L. 1, § 1 i. f. (L. 1 i. f., édition Kriegel)).

(11) D. *h. t.*, L. 68, pr.; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 16 i. f. Le paragraphe suivant s'occupera de la cession partielle des droits sociaux d'un associé.

(1) D. *h. t.*, L. 19 i. f., L. 21 initio.

(2) D. *h. t.*, L. 19, L. 20; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 47, § 1.

acta (3). L'ancienne société continue donc de produire tous ses effets entre ses membres; les obligations qu'elle avait créées entre parties, subsistent pleinement. Mais à côté d'elle vient se placer une société nouvelle formée entre l'un des membres de la société originaire et son sous-associé(4). Cette société nouvelle est l'accessoire de l'ancienne; elle se greffe en quelque sorte sur l'ancienne; de là le nom de croupier donné au sous-associé, dont on a dit qu'il chevauche sur son partenaire. Les principes énoncés produisent les conséquences suivantes. Nous nous attacherons à l'exemple indiqué ci-dessus : A et B associés chacun pour moitié, et X sous-associé de B pour un quart.

1° A n'est obligé qu'envers B; il doit lui faire l'apport convenu, le garantir, répondre de sa faute, liquider la société avec lui(5). De ces divers chefs, X n'a aucune action contre A(6); il peut seulement agir contre B, à l'effet d'exiger l'exécution des obligations résultant de la sous-association. Après que B aura agi contre A, il devra compte à X de ce qu'il aura obtenu(7). X peut encore forcer B à lui céder la moitié de ses droits contre A. Si A est devenu insolvable, son insolvabilité doit être supportée en commun par B et par X; elle constitue une perte naturellement inhérente à la sous-association et, à ce titre, retombe sur tous les membres de celle-ci(8).

2° Réciproquement, B est seul tenu envers A en ce qui concerne l'apport, sa garantie, la prestation de la faute et la liquidation de la société originaire; il ne peut forcer A à diviser la poursuite entre lui et X(9); c'est donc B qui souffrira seul de l'insolvabilité de X(10). A n'est pas même admis à diviser volontairement son action

(3) D. *h. t.*, L. 19, vis cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse « non potest quem ego socium esse nolui.. ».

Le tiers ne devient l'associé de tous les membres de la société primitive que si tous l'acceptent comme associé; il se forme alors une société nouvelle avec un membre de plus que l'ancienne.

(4) D. *h. t.*, L. 19 i. f.

(5) D. *h. t.*, L. 22, vis quia ipse adversus eos habet actionem.

(6) D. *h. t.*, L. 21 vis nos cum eo non communicabimus.

(7) D. *h. t.*, L. 22, vis Ex contrario factum quoque sociorum debet ei præstare « sicuti suum ». — (8) Molitor, cité, II, n° 660 i. f. — (9) Arg. D. *h. t.*, L. 23, pr.

(10) D. *h. t.*, L. 23, pr.

entre B et X; il peut seulement réclamer de B la cession de son action contre X(11). Directement, B seul a le droit de poursuivre X, dans le but d'obtenir l'exécution des obligations fondées sur la sous-association(12); après quoi, il fera avoir à A sa part sociale dans le produit de la poursuite (13).

3° B répond des fautes commises par X dans l'administration des affaires sociales; car il a provoqué ces fautes en le faisant intervenir dans l'administration(14). Il ne peut pas se soustraire à cette responsabilité, en offrant à A la cession de son action contre X; c'est donc lui qui, sous ce rapport encore, supportera l'insolvabilité de X(15).

4° La sous-association entre B et X se dissout de plein droit avec la société primitive, puisqu'elle en forme un accessoire. Mais, comme elle est distincte de l'ancienne société, elle peut être dissoute avant celle-ci, en vertu d'une cause indépendante, telle que l'expiration du terme convenu(16).

F) *Effets de la société à l'égard des tiers*; § 157.

Comme tout autre contrat, la société est sans effet à l'égard des tiers; elle ne peut ni leur nuire, ni leur profiter; pour les tiers, il

(11) Arg. L. 23, pr., cit.

(12) D. *h. t.*, L. 21, vis et quidquid fuerit de societate nostra consecutus, cum illo « qui eum adsumpsit communicabit, et vis aget socius (*scilicet qui adsumpsit, contra socium suum*) ».

(13) D. *h. t.*, L. 21, vis Sed factum ejus præstabitur societati, id est aget socius « et societati præstabit quod fuerit consecutus ».

(14) D. *h. t.*, L. 21, vis cit is à la note précédente. Il est tenu de la faute légère de X, à moins que sa *propre* diligence habituelle ne soit pas plus grande.

(15) D. *h. t.*, L. 23, pr. « De illo Pomponius dubitat, utrum actionem eum mandare sociis sufficit, ut, si facere ille non possit, nihil ultra sociis præstet, an « vero indemnes eos præstare debeat. Et puto omnimodo eum teneri ejus nomine, quem ipse solus admisit, quia difficile est negare culpa ipsius admissum ».

B ne peut pas compenser les actes de mauvaise gestion avec les actes de bonne gestion de X (D. *h. t.*, L. 23, § 1); cette compensation est tout aussi impossible que pour ses propres actes; cf. ci-dessus T. II, § 154, I, 3°. La compensation entre les actes de B et ceux de X est également exclue.

(16) Arg. D. *h. t.*, L. 22, vis Item certum est nihil vetare prius inter eum qui « admiserit et eum qui admissus fuerit societatis judicio agi, quam agi incipiat « inter ceteros et eum qui admiserit ».

n'y a ni société, ni associés, mais seulement des individus, et les conventions que ceux-ci concluent avec les tiers, ne peuvent produire que des droits individuels. Lors donc que l'on parle des créances et des dettes *de la société* envers les tiers, l'on désigne les créances et les dettes *des associés* considérés individuellement(1). A la vérité, quelques sociétés constituant des personnes civiles ont une existence vis-à-vis des tiers, mais c'est comme personnes civiles et non comme sociétés, ainsi qu'il sera expliqué plus loin(2). Pour l'application de la règle générale prémentionnée, séparons deux hypothèses.

I. *Tous les associés ont contracté avec le tiers*. Chacun d'eux sera créancier ou débiteur pour une part virile ; c'est pour cette part que chacun aura action contre le tiers ou bien sera soumis à l'action du tiers. Tel est le droit commun des conventions ; lorsque plusieurs stipulent ou promettent par le même contrat, l'obligation se divise entre eux par portions viriles, activement ou passivement(3). Les contractants sont libres de déroger à cette règle. D'abord, les associés peuvent stipuler ou promettre pour leurs parts sociales, et alors chacun deviendra créancier ou débiteur en proportion de sa part dans les gains ou dans les pertes. L'intention de conclure une semblable convention résultera assez souvent tacitement du contrat, et surtout il faut l'admettre si les associés ont déclaré traiter en cette qualité ou bien s'ils ont fait connaître au tiers leurs parts sociales, sans que, ni dans l'un ni dans l'autre cas, le tiers ait fait une objection(4). Ensuite, les associés peuvent avoir contracté solidairement en vertu d'une convention spéciale, expresse ou tacite, et alors chacun d'eux sera créancier ou débiteur solidaire(5); les banquiers associés sont même créanciers ou débiteurs solidaires sur le seul fondement de la loi(6). Cette solution est fortement contestée; une école

(1) Cf. D. 3, 4, *quod cujusc. univ. nom.*, L. 1, pr. initio, — (2) § 166.

(3) D. 45, 2, *de duob. reis*, L. 11, § 1; D. 45, 3, *de stipul. serv.*, L. 37.

(4) Cf. D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 4, pr., D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 44, § 1, vis quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt (ci-après note 7), et C. 4, 2, *si certum pet.*, L. 9. — (5) L. 9 cit.

(6) D. 2, 14, *de pact.*, L. 9, pr. initio, L. 27, pr., vis tantum enim constitutum, ut

nombreuse enseigne que, de plein droit et en dehors de toute clause spéciale, les obligations naissant d'un contrat passé par les associés avec un tiers se divisent entre les associés en proportion de leurs parts dans les gains ou dans les pertes (7).

solidum alter petere possit (solidarité active). — Arg. D. *eod.*, L. 25, pr., chn. avec L. 21, § 5 (solidarité passive). — Cf. ci-dessus. T. I, § 51 i. f.

De même, si des associés vendent des choses communes, les actions édilitiennes, mais celles-là seulement, se donnent pour le tout contre l'un des associés, pourvu qu'il ait une part sociale aussi forte qu'aucun de ses covendeurs (D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 44, § 1). Voyez ci-dessus T. II, § 108,1, E, 2° i. f.

(7) L'on cite à l'appui de cette doctrine :

1° le D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 4, pr. « Si tamen plures per se navem exerceant, « pro portionibus exercitionis conveniuntur; neque enim invicem sui magistri « videntur ».

2° le D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 44, § 1, vis quamvis actio ex empto cum singulis « sit pro portione, qua socii fuerunt ».

D'après la 1re loi, lorsque plusieurs personnes qui se sont associées pour l'exploitation d'un navire, l'exploitent en personne et s'engagent envers un tiers, elles sont tenues pour leurs parts sociales (*pro portionibus exercitionis*). Le jurisconsulte prévoit une objection; si les armateurs avaient constitué un *magister navis*, ils eussent été obligés solidairement (D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1, § 25, L. 2, L. 3). Mais ici, dit-il, on ne saurait considérer les armateurs comme *magistri* les uns des autres (*neque enim invicem sui magistri videntur*).

La 2de loi suppose que des personnes associées pour le commerce d'esclaves ont vendu un esclave vicieux. L'action *empti* ne se donne contre eux, du chef du vice, qu'en raison de leurs parts sociales.

Nous appliquons ces lois au cas où les associés ont traité en cette qualité et bien ont fait connaître aux tiers leurs parts sociales. Il est même certain que dans l'espèce de la 2de loi, le tiers avait connaissance des parts sociales de ses cocontractants; car le jurisconsulte accorde les actions édilitiennes pour le tout contre l'associé ayant une part aussi forte qu'aucun de ses coassociés; or, si le tiers connaît les parts sociales, ce sera le plus souvent parce que les associés les lui auront indiquées lors du contrat.

Voyez en notre sens PUCHTA, *Vorles.* II, § 370-372 i. f., SINTENIS, II, § 121, nos 1 et *Anm.* 91, DE BENOIT, cité, § 14, nos 55-57, MAYNZ, II, § 227, A, et note 2, NAMUR, II, § 236, n° II, 1°.

Contra GLÜCK, XV, § 970, n° I, 1°, et n° II, 1°, GŒSCHEN, II (2), § 524, 1°, TREITSCHE cité, § 55, MOLITOR, cité, II, n° 657, RAUTER, cité, p. 119-120, VANGEROW, § 653, *Anm.*, n° I, et WINDSCHEID, II, § 407, note 7 i. f.

Cf. MACKELDEY, II, § 388, 1°, THIBAUT, I, § 474, A et B, a, et SCHILLING, II § 316, 1°.

Une opinion dépourvue de tout fondement est celle d'après laquelle, si tous

II. *Un seul des associés ou bien quelques-uns seulement d'entre eux ont contracté avec le tiers.* Si un seul associé est intervenu au contrat, il sera créancier ou débiteur pour le tout(8). Si plusieurs associés sont intervenus, chacun deviendra créancier ou débiteur pour une part virile(9), à moins qu'il n'ait été fait une convention contraire(10) et sauf la solidarité légale existant entre banquiers associés(11). En ce qui concerne les associés qui sont demeurés étrangers au contrat, il y a lieu de leur appliquer les règles du mandat ou celles de la gestion d'affaires, selon que la convention conclue avec le tiers constituait l'exécution d'un mandat donné par les coassociés ou bien une simple gestion des affaires sociales; la ratification de la gestion d'affaires équivaut à un mandat(12). Ainsi :

1° Dans le cas de mandat, si l'associé ou les associés mandataires ont stipulé et à ce titre sont devenus créanciers du tiers, les associés mandants peuvent poursuivre le tiers par l'action contractuelle, qui leur est accordée comme action utile fictice, *quasi ex jure cesso*(13). Chacun n'a le droit d'agir que pour une portion virile, par application de la règle générale de la division des obligations. — Si, en sens inverse, l'associé ou les associés mandataires ont fait une promesse et partant sont devenus débiteurs du tiers, celui-ci a, d'après les circonstances, contre l'associé ou les associés mandants les actions exercitoire, institoire ou quasi-institoire : l'action exercitoire dans le cas où l'associé ou les associés gérants ont été mis par les autres à la tête d'un navire, soit en vue d'effectuer des transports pour compte des tiers, soit en vue d'un négoce(14); l'action institoire

associés s'engagent envers les tiers, ils seraient obligés solidairement, au moins pendant la durée de la société. Voyez à ce sujet GLÜCK, XV, § 970, n° II, 1°.

(8) D. *h. t.*, L. 74 initio; C. 4, 2, *si certum pet.*, L. 13. Arg. D. *h. t.*, L. 28, L. 63, § 3. Toutefois, conformément à la théorie sur la représentation que nous avons défendue ci-dessus (T. II, § 111, III, 3°), si l'associé gérant s'est engagé envers le tiers dans les limites de ses pouvoirs et en déclarant qu'il gérait pour compte de la société, il n'est tenu de répondre à l'action du tiers qu'en raison de sa part sociale.

(9) Arg. D. 45, 2, *de duob. reis*, L. 11, § 1, et D. 45, 3, *de stipul. serv.*, L. 37.

(10) Cf. la note 8. — (11) et au point de vue des actions édilitiennes. Cf. la note 6.

(12) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 60 i. f. — (13) Cf. D. 3, 3, *de procur.*, L. 68.

(14) Cf. ci-dessus T. III, § 139, 1°.

lorsqu'il s'agit de tout autre mandat commercial (15); l'action quasi-institoire lorsque le mandat a un caractère civil (16). Plusieurs associés mandants sont tenus solidairement en vertu de la loi (17), sauf le recours contre les coassociés pour leur part et portion (18).

2° Dans le cas d'une simple gestion des affaires sociales, si l'associé ou les associés gérants ont stipulé, celui ou ceux des associés qui sont demeurés étrangers à la gestion, disposent, contre le tiers débiteur, de l'action utile fictice appartenant aux mandants contre les tiers. En effet, il dépend des associés non gérants de convertir, par la ratification, la gestion en un mandat, et ils ratifient virtuellement la gestion en recourant à l'action qui compète aux mandants. Ici également l'action se divise entre plusieurs associés par portions viriles (19). Réciproquement, si l'associé ou les associés gérants se sont engagés envers le tiers, les autres sont soumis de la part du tiers à l'action *de in rem verso*, toutes les fois que les gérants ont contre leurs coassociés l'action contraire de gestion d'affaires. Cela suppose que les gérants aient voulu obliger leurs coas-

(15) Cf. ci-dessus T. III, § 139, 2°. — (16) Cf. ci-dessus T. III, § 139, 1°, 2° et 3°.

(17) D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1, § 25, L. 2, L. 3, L. 4, § 1. — D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 13, § 2, L. 14 initio. — Arg. D. 15, 4, *quod jussu*, L. 5, § 1 i. f. cbn. avec l'initium, et D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 19, pr. — Cf. ci-dessus T. III, § 139, 1° i. f., 2° i. f. et 3°.

On a soutenu sans aucun fondement que cette solidarité était subordonnée à la solvabilité des autres associés. Le D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 14, vis Certe ubicumque....., exclut la solidarité non pas à cause de l'insolvabilité des coassociés, mais à cause de l'absence de toute société et communauté, de telle façon qu'il n'y avait aucun recours possible ni par l'action *pro socio*, ni par l'action *communi dividundo*.

Voyez en notre sens GLÜCK, XV, § 970, n° I, 2°, a, et n° II, 2°, a, TREITSCHKE, cité, § 57, p. 148-150, MOLITOR, cité, II, n° 655 i. f., RAUTER, cité, p. 125, et VANGEROW, III, § 653, *Anm.*, n° II, 2°, a. Cf. WINDSCHEID, II, § 407, et note 7.

(18) D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 3 i. f.; D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 13, § 2 i. f., L. 14 initio. Rappelons que l'insolvabilité de l'un des coassociés est supportée en commun par les autres (D. *h. t.*, L. 67, pr.). Cf. ci-dessus T. III, § 154, I, 3° i. f.

(19) Il va de soi que les associés non gérants n'ont le droit de poursuivre le tiers que s'il résulte du contrat ou des circonstances que les associés gérants ont voulu contracter pour compte de la société. Cf. D. *h. t.*, L. 67, § 1.

Voyez TREITSCHKE, cité, § 59 initio.

sociés, que ceux-ci ne se soient pas opposés à la conclusion du contrat et que la gestion soit nécessaire ou utile(20). A défaut de l'une de ces conditions, l'action contraire de gestion d'affaires des gérants contre leurs coassociés n'est pas fondée; il doit en être de même de l'action *de in rem verso* de la part des tiers contre les associés demeurés étrangers au contrat. Surtout, les tiers sont sans action si l'associé gérant a voulu contracter pour son compte personnel; bien que plus tard il ait versé le produit du contrat dans la caisse sociale, il n'oblige pas ses coassociés envers les tiers, pas plus

(20) Cf. ci-après § 192-193.

D. *h. t.*, L. 82. PAPINIANUS *libro III responsorum*. « Jure societatis per socium « ære alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sunt ».

« Un associé n'est point obligé, en vertu du contrat de société, à payer les « dettes contractées par son coassocié, à moins que l'argent n'ait été versé dans la « caisse commune ».

Un associé avait emprunté de l'argent. Il oblige seulement son coassocié envers le tiers prêteur si la société a profité du prêt. Il est certain que, dans l'espèce de la loi 82, l'associé avait emprunté de l'argent sans avoir reçu un mandat à cette fin; sinon le tiers prêteur aurait acquis une action contre le coassocié de l'emprunteur sur le seul fondement du prêt, abstraction faite du versement des deniers dans la caisse sociale. L'associé avait donc emprunté comme simple gérant d'affaires; mais le prêt avait profité à la société; en outre, quoique Papinien ne le déclare pas, le coassocié de l'emprunteur n'avait pas fait opposition à l'emprunt et le gérant avait voulu obliger son coassocié. D'après la loi 82, le tiers peut poursuivre le coassocié, et l'action que le jurisconsulte a en vue, est l'action *de in rem verso*.

Cette interprétation est confirmée par les *Basiliques* XII, 1, c. 80, scol. 1 (HEIMBACH, I, p. 787); l'action du tiers contre le coassocié de l'emprunteur est représentée ici comme une action quasi-institoire.

Voyez en ce sens TREITSCHKE, cité, § 61 initio et 1°, et VANGEROW, III, § 653, *Anm.*, n° II, 2°, b.

On a voulu attribuer une tout autre portée à la 82 (MOLITOR, cité, II, n°s 658 et 659 initio. — RAUTER, cité, p. 125-127). On l'a appliquée aux rapports des associés entre eux; Papinien déciderait que si un associé emprunte de l'argent, il n'a action de ce chef contre son coassocié que si la somme empruntée a été versée dans la caisse commune. A l'appui de cette explication l'on invoque les mots *jure societatis;* les obligations des associés entre eux sont, dit-on, les seules qui soient fondées sur le contrat de société. Mais les mots *per socium* dont se sert Papinien, établissent à l'évidence que le jurisconsulte entend parler d'une obligation qu'un associé contracte par l'intermédiaire de son coassocié et non vis-à-vis de lui. Quant aux mots *jure societatis*, ils conviennent très bien à une obligation qui incombe à un associé à raison d'une simple gestion des affaires sociales de la part d'un coassocié; cette obligation résulte du contrat de société.

qu'envers lui-même(21). S'il y a plusieurs associés non gérants, l'action *de in rem verso* se divise entre eux en proportion de leurs parts dans les bénéfices sociaux ; c'est dans cette mesure que leurs affaires ont été gérées(22).

Comme la société est inexistante à l'égard des tiers, les associés, s'ils sont soumis à l'action de ceux-ci, sont tenus sur tout leur patrimoine et non pas seulement sur leur avoir social ; ils ne peuvent pas même exiger la discussion préalable de cet avoir(23).

F) *Des causes de dissolution de la société ;* § 158.

I. Tout d'abord la société prend fin par la réalisation du but

(21) *Non obstat* D. *h. t.*, L. 82. Cette loi ne soumet le coassocié de l'emprunteur à l'action du tiers prêteur que si l'argent emprunté a été versé dans la caisse sociale. On n'est pas autorisé à conclure de là que l'action est ouverte au tiers toutes les fois que le versement prémentionné a été fait.

Voyez en ce sens TREITSCHKE, cité, § 59 à 61, VANGEROW, III, § 653, *Anm.*, n° II, 2°, b et c, et WINDSCHEID, II, § 407, et note 8, et § 483, note 5.

Il existe deux opinions divergentes. D'après les uns (GLÜCK, XV, § 970, n° II, 2°, b. — SCHILLING, III, § 316, 2°. — MAYNZ, II, § 227, et note 8, cbn. avec § 274, et note 29), le coassocié du gérant serait tenu à l'égard des tiers par cela seul qu'il aurait profité de la gestion, alors même que le gérant aurait voulu contracter pour son compte personnel. D'après d'autres (MOLITOR, cité, II, n° 658; voyez cependant le n° 777), à défaut d'un mandat, l'associé gérant n'obligerait jamais son coassocié envers les tiers; l'action *de in rem verso* ne se donnerait que contre celui qui aurait profité de la gestion de ses esclaves ou de ses enfants sous puissance, et non à raison de la gestion d'une personne libre. Nous réfuterons cette dernière doctrine ci-après au § 193, 1°, et note 7.

(22) Arg. D. 15, 3, *de in rem verso*, L. 10, § 4, L. 13.

Les contrats conclus pour compte de la banque par un banquier associé, obligent solidairement les coassociés envers les tiers, sans qu'il semble qu'un mandat fût nécessaire (AUCTOR *ad Herennium* II, 13, vis Consuetudine jus est... id, quod argentario tuleris expensum, a socio ejus recte repetere possis). Mais nous pensons qu'il faut au moins que la gestion réunisse les conditions de l'action *de in rem verso ;* cette action est la seule qui soit possible dans l'espèce.

(23) *Non obstat* D. *h. t.*, L. 65, § 14. Ce passage oblige l'associé, devenu créancier de ses coassociés à raison des affaires sociales, à poursuivre avant tout le coassocié qui a été constitué caissier de la société; la constitution du caissier a été faite précisément dans ce but (cf. ci-dessus T. II, § 154, note 38 i. f.). Mais ce motif est sans force à l'égard des tiers; la constitution du caissier est pour les tiers une *res inter alios acta*. Contra WINDSCHEID, II, § 407, et note 4.

social(1) et par l'expiration du terme convenu(2) ou l'accomplissement d'une condition résolutoire. Dans ces différents cas, la société a produit tous les effets que les contractants ont voulu y attacher. Mais l'on comprend que la société, dissoute par l'arrivée d'un terme ou l'accomplissement d'une condition, peut être renouvelée(3) d'une façon expresse ou tacite. Notamment, une nouvelle société se formera si les associés continuent les opérations sociales; ce fait ne saurait être interprété que dans le sens d'une volonté de renouveler la société(4). Quant aux règles à appliquer à cette société tacite, ce sont celles de la société ancienne; car les parties ont voulu s'en rapporter à leur contrat primitif(5). Seulement la société nouvelle est conclue sans terme(6).

II. La société est dissoute par un événement quelconque qui rend impossible la réalisation du but social. Cette impossibilité peut être physique ou juridique.

1° Elle est physique si des choses indispensables au but social viennent à périr(7); par exemple A et B étaient convenus de mettre en commun l'un ses trois chevaux, l'autre son cheval unique, à l'effet de les vendre comme quadrige, et l'un des chevaux périt avant la vente(8). Il en est de même si des choses nécessaires au but social sont évincées ou bien se trouvent être infectées de vices qui les rendent impropres à l'usage auquel elles sont destinées, ou bien encore si l'associé qui devait fournir des services indispensables à la société, est empêché de les prester. Toutefois, l'associé dont l'apport a péri, ou a été évincé ou bien est vicieux, a la faculté de le remplacer par un autre également propre à atteindre le but social; car l'objet véritable de l'apport est moins de procurer certaines choses à la société que de les faire servir au but social(9).

2° Il existe une impossibilité juridique de réaliser le but social si

(1) I. *h. t.*, § 6; D. *h. t.*, L. 65, § 10 initio. — (2) Cf. D. *h. t.*, L. 65, § 6 i. f.
(3) Arg. L. 65, § 6 i. f., cit. — (4) Arg. D. 19, 2, *loc.*, L. 14.
(5) Arg. D. *eod.*, L. 13, § 11 initio.
(6) Arg. L. 13, § 11 i. f., cit. On suit ici l'analogie de la relocation tacite. Cf. ci-dessus T. II, § 127. — (7) D. *h. t.*, L. 63, § 10 i. f. — (8) D. *h. t.*, L. 58, pr.
(9) Arg. D. 19, 2, *loc.*, L. 60, pr. i. f. Cf. ci-dessus T. III, § 154, 1, 2° i. f.

des choses indispensables à ce but sont mises hors du commerce (10) ou si une loi nouvelle vient prohiber les opérations sociales.

III. La société finit encore par le consentement de tous les associés (11), donc aussi par la substitution d'une nouvelle société à l'ancienne au moyen d'une novation (12). Le consentement est tacite si les associés commencent à faire chacun des opérations séparées (13). Mais, par dérogation au principe général de l'irrévocabilité des conventions (14), chaque associé est libre de renoncer à la société par sa seule volonté (15). C'est que la prospérité d'une société exige le dévouement spontané de tous ses membres; dès lors, si l'un d'eux désire se retirer de la société, il est de l'intérêt commun qu'elle soit dissoute. La société que l'on maintiendrait contre le gré de l'un des associés, serait d'ailleurs une source de contestations et de procès (16). Pour ces motifs, les parties ne peuvent pas même interdire la renonciation par le contrat de société (17). Il leur est seulement permis de l'exclure pendant un certain temps (18), et telle doit avoir été leur intention lorsqu'elles ont conclu la société pour un terme déterminé (19). Encore chaque associé est-il autorisé à renoncer plus tôt pour une cause légitime (20); par exemple l'associé qui avait été nommé gérant des affaires sociales, est mis dans l'impossibilité prolongée de gérer, soit par une mala-

(10) D. *h. t.*, L. 63, § 10 i. f.

(11) D. *h. t.*, L. 65, § 3 initio; I. 3, 29, *quib. mod. oblig. toll.*, § 4.

(12) D. *h. t.*, L. 65, pr., vis Actione distrahitur, cum.. stipulatione.. mutata sit causa societatis.. ».

(13) D. *h. t.*, L. 64. « Itaque cum separatim socii agere cœperint et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio jus societatis dissolvitur ».

(14) Cf. ci-dessus T. II, § 101.

(15) GAIUS, III, 151 initio; I. *h. t.*, § 4 initio; D. *h. t.*, L. 4, § 1, L. 63, § 10 i. f.; C. *h. t.*, L. 5 initio.

(16) Arg. D. 31, *de leg. I*, L. 77, § 20 i. f., et D. 8, 2, *de S. P. U.*, L. 26.

(17) D. *h. t.*, L. 14, vis Quid tamen si hoc convenit, ne abeatur, an valeat? « eleganter Pomponius scripsit frustra hoc convenire : nam et si non convenit, « si tamen intempestive renuntietur societati, esse pro socio actionem.. ».

(18) Arg. L. 14 cit., vis Sed et si convenit, ne intra certum tempus societate « abeatur, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio.. ».

(19) Arg. D. *h. t.*.. L. 65, § 6 initio. — (20) D. *h. t.*, L. 14, vis citis à la note 18.

die(21), soit par une absence justifiée(22), et il ne peut se faire convenablement remplacer(23), ou bien le coassocié manque d'une manière grave à ses obligations(24). Pour le surplus, la renonciation à la société est soumise aux règles suivantes :

1° Elle peut être tacite. Il y a renonciation tacite si un associé poursuit la liquidation générale de la société par l'action *pro socio*(25), s'il demande le partage de la communauté par l'action *communi dividundo*(26), s'il cède ses droits sociaux(27), etc.

2° La renonciation doit être notifiée aux coassociés; jusque-là elle ne peut leur être opposée; il serait injuste qu'elle leur causât un préjudice(28). Mais la notification peut se faire par un représentant, tel qu'un mandataire ayant qualité à cet effet(29) ou le curateur d'un

(21) Arg. D. *h. t.*, L. 16, pr. — (22) L. 16, pr., cit.

(23) L. 16, pr., cit. « Idemque erit dicendum, si socius renuntiaverit societati, « qui rei publicæ causa diu et invitus sit afuturus : quamvis nonnumquam ei « objici possit, quia potuit et per alium societatem administrare vel socio com- « mittere : sed hoc non alias, nisi valde sit idoneus socius aut facilis afuturo « etiam per alium societatis administratio ».

(24) D. *h. t.*, L. 14, vis Nec tenebitur pro socio qui ideo renuntiavit, quia con- « dicio quædam, qua societas erat coita, ei non præstatur : aut quid si ita inju- « riosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati? L. 15 « vel quod ea re « frui non liceat, cujus gratia negotiatio suscepta sit? ».

La renonciation à la société n'est pas exclue par la convention que le partage des biens sociaux ne sera pas demandé avant l'expiration d'un certain terme. Autre chose est l'interdiction du partage, autre chose est l'interdiction de la renonciation à la société. Il faut d'autant plus admettre cette solution que la convention de ne pas partager, dérogeant au droit commun, est de stricte interprétation. Elle ne s'opposera donc pas à la renonciation à la société; mais, après la dissolution de celle-ci, les biens sociaux devront rester indivis jusqu'à l'époque convenue (D. *h. t.*, L. 14 initio). Cf. ci-après § 200, II, 3°.

Jusqu'à quel point peut-on renoncer à une société conclue ' pour la vie des associés '? Seulement à raison d'une cause légitime; en s'associant pour la vie, l'on s'engage à ne pas rompre la société tant qu'on vivra. Peu importe que la société dont il s'agit ne soit pas véritablement une société à terme; cf. ci-dessus T. III, § 153, note 70. Contra Molitor, cité, II, n° 668, p. 53.

(25) D. *h. t.*, L. 65, pr., vis Actione distrahitur, cum.. judicio mutata sit causa societatis.. ». — (26) Cf. ci-dessus T. III, § 154, II.

(27) Cf. ci-dessus T. III, § 155. — (28) Arg. D. *h. t.*, L. 17, § 1, cf. L. 18.

(29) D. *h. t.*, L. 65, § 7. « Renuntiare societati etiam per alios possumus : et « ideo dictum est procuratorem quoque posse renuntiare societati. Sed utrum de

associé atteint d'aliénation mentale(30); réciproquement elle peut se faire au représentant d'un coassocié(31). L'absence de celui-ci ne dispense pas de la notification(32), si elle est possible.

3° La renonciation ne peut être ni frauduleuse(33), ni intempestive(34). Elle est frauduleuse si elle est faite dans le but de frustrer la société d'une acquisition destinée à devenir commune(35). Deux personnes concluent une société universelle de biens; celle-ci comprend les hérédités qui échoient aux associés(36). Une hérédité ayant été déférée à l'un des associés, celui-ci renonce à la société, dans l'intention frauduleuse de profiter seul de l'hérédité en l'acceptant plus tard. Sa renonciation à la société est entachée de dol(37). La renonciation est intempestive si, à raison du moment où elle a lieu, elle cause à la société une perte qu'on aurait évitée en différant la renonciation(38). Elle aura ce caractère si un associé gérant renonce à la société après avoir commencé des opérations sociales que lui seul pouvait avantageusement achever; ou bien, une société ayant été conclue en vue de l'achat et de la

« eo dictum sit, cui omnium bonorum administratio concessa est, an de eo, cui « hoc ipsum nominatim mandatum est, videamus, an vero per utrumque recte « renuntietur? quod est verius, nisi si prohibuerit eum dominus specialiter « renuntiare ». — (30) C. *h. t.*, L. 7.

(31) D. *h. t.*, L. 65, § 8 initio; C. *h. t.*, L. 7. Cf. D. *h. t.*, L. 65, § 8, vis Quod Servius....., cbn. avec § 3-4. — (32) Arg. D. *h. t.*, L. 17, § 1.

(33) GAIUS, III, 151, vis sed plane.....; I. *h. t.*, § 4, vis Sed plane.....; D. *h. t.*, L. 65, § 3-4. — (34) D. *h. t.*, L. 17, § 2, L. 65, § 5.

(35) Cf. GAIUS, III, 151, vis Sed plane..... habeat, I. *h. t.*, § 4, vis Sed plane..... habeat, et D. *h. t.*, L. 65, § 3, vis Quod utique..... facta sit.

(36) Cf. ci-après § 164, I.

(37) GAIUS, III, 151, vis sed plane..... lucri faciat; I. *h. t.*, § 4, vis veluti si..... lucri faceret; D. *h. t.*, L. 65, § 3, vis veluti si..... propter hoc renuntiavit. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 65, § 4.

(38) Cf. D. *h. t.*, L. 65, § 5, vis Labeo autem posteriorum libris scripsit, si « renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non « dirimi societatem, committere eum in pro socio actione : nam si emimus mancipia coita societate, deinde renunties mihi eo tempore, quo vendere mancipia « non expedit, hoc casu, quia deteriorem causam meam facis, teneri te pro « socio judicio. Proculus hoc ita verum esse ait, si societatis non intersit dirimi « societatem : semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis, ser« vari solet, sed quod societati expedit... ».

revente de certaines marchandises, l'un des associés renonce à un moment défavorable pour la revente des marchandises(39). Dans les deux hypothèses, il peut exister une cause légitime de désistement immédiat(40), par analogie du cas où le contrat social interdit la renonciation avant l'expiration d'un délai déterminé(41).

Quel est l'effet d'une renonciation qui a lieu avant l'époque convenue, ou bien qui n'a pas été notifiée aux coassociés, ou bien encore qui est frauduleuse ou intempestive? Le renonçant doit réparer tout le dommage que sa renonciation cause à ses cocontractants; car il est coupable de dol ou de faute dans l'exécution du contrat, et cette culpabilité entraîne, ici comme ailleurs, une obligation de payer des dommages et intérêts(42). S'il s'agit d'une renonciation frauduleuse, les dommages et intérêts consistent dans la quote-part de l'acquisition dont le renonçant a voulu frustrer ses coassociés; s'il est lui-même associé pour 1/4, il doit à ses coassociés les 3/4 de l'acquisition frauduleuse(43). Dans le cas d'une renonciation intempestive, non notifiée ou faite avant l'époque convenue, le renonçant est tenu de procurer à ses coassociés leur part et portion dans toutes les acquisitions qu'il fait postérieurement à sa renonciation et avant que celle-ci soit devenue régulière(44); d'un autre côté il doit, pour la même période, supporter sa part sociale dans les pertes subies par ses coassociés(45). Mais, les intérêts des coassociés du renonçant étant ainsi sauvegardés, la renonciation produit pour le surplus tous ses effets; elle n'est frappée d'inefficacité qu'en tant qu'elle lèse les droits des coassociés. En conséquence, si l'acquisition en vue de laquelle a eu lieu la renonciation frauduleuse, cause une perte au renonçant, il supporte exclusivement la perte(46); de même les autres

(39) D. *h. t.*, L. 65, § 5.

(40) Arg. D. *h. t.*, L. 14, vis Sed et si convenit....., L. 15, L. 16, pr.

(41) Cf. ci-dessus le nº III initio du présent paragraphe. Il est même permis à un associé de stipuler le droit de renoncer à la société à un moment quelconque, fût-il inopportun pour ses coassociés (D. *h. t.*, L. 65, § 5 i. f.).

(42) D. *h. t.*, L. 65, § 4, vis teneberis quanti interest mea...

(43) Gaius, III, 151, vis sed plane..... communicare; I. *h. t.*, § 4, vis Sed plane..... communicare; D. *h. t.*, L. 65, § 3, vis Quod utique..... actione pro socio. — (44) D. *h. t.*, L. 17, § 1 initio. — (45) L. 17, § 1 i. f., cit.

(46) D. *h. t.*, L. 65, § 3, vis ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad « eum qui renuntiavit pertinebit.. ».

acquisitions du renonçant(47), toutes celles de ses coassociés(48), comme toutes les pertes, demeurent propres à l'associé qui a fait l'acquisition ou subi la perte. Que si la renonciation a été intempestive, n'a pas été notifiée ou bien a été faite avant l'époque convenue, les coassociés du renonçant profitent seuls de leurs acquisitions subséquentes(49), et le renonçant supporte pour le tout les pertes qui le frappent plus tard(50).

IV. Une autre cause de dissolution spéciale à la société est la mort de l'un des associés(51); la société ne passe pas aux héritiers du défunt; elle ne continue pas entre ces héritiers et les associés survivants(52). Elle ne continue pas même entre les associés survivants(53). La raison en est que la considération de la personne des différents coassociés est la cause déterminante du contrat de société; chacun y contracte en vue des qualités réunies de tous les autres; si A conclut uue société avec B et C, il n'entend pas la conclure soit avec B seul, soit avec C seul, soit avec B ou C et les héritiers de l'autre(54). Les parties peuvent-elles convenir du contraire lors de la conclusion de la société? Une distinction est nécessaire. Rien n'empêche de convenir qu'au décès de l'un de ses membres, la société sera maintenue entre les membres survivants, ce qui suppose au moins trois associés originaires; cette convention constitue une seconde société, une société à terme, qui doit se former à l'époque du décès de l'un des membres de la société originaire(55). Mais il n'est pas au

(47) GAIUS, III, 151 i. f.; I. *h. t.*, § 4 i. f.; D. *h. t.*, L. 65, § 3 i. f.

(48) GAIUS, III, 151 i. f.; I. *h. t.*, § 4 i. f.

(49) D. *h. t.*, L. 17, § 1, v^is^ sed quod absens adquisiit, ad solum eum pertinere..

(50) L. 17, § 1, cit., v^is^ detrimentum autem solius ejus esse qui renuntiaverit..

Nos sources disent de la renonciation frauduleuse qu'elle libère les coassociés envers le renonçant, mais non le renonçant envers ses coassociés (D. *h. t.*, L. 65, § 3 initio). Cette observation est trop absolue; l'associé qui renonce frauduleusement, est aussi libéré vis-à-vis de ses coassociés, sauf par rapport à l'acquisition frauduleuse.

(51) GAIUS, III, 152 initio; I. *h. t.*, § 5 initio; D. *h. t.*, L. 4, § 1, L. 63, § 10 initio.

(52) D. 3, 2, *de his qui not. inf.*, L. 6, § 6 i. f.; D. *h. t.*, L. 65, § 9 initio et 11 initio. — (53) I. *h. t.*, § 5 i. f.; D. *h. t.*, L. 65, § 9 initio.

(54) GAIUS, III, 152 i. f.; I. *h. t.*, § 5 initio. Cf. ci-dessus T. II, § 102.

(55) I. *h. t.*, § 5 i. f.; D. *h. t.*, L. 65, § 9 initio.

pouvoir des associés de convenir qu'il y aura société entre les membres survivants et les héritiers du défunt(56), soit que ces héritiers aient été nominativement désignés, soit qu'ils ne l'aient pas été. En effet, dans le premier cas, la convention est une institution contractuelle, et celle-ci est frappée de nullité(57). Dans le second cas, les héritiers non désignés sont des personnes incertaines; or, on ne saurait conclure une société avec de pareilles personnes; la considération de l'individualité des coassociés est un élément essentiel du contrat de société(58). Il est à peine nécessaire de faire remarquer

(56) D. *h. t.*, L. 35, vis Nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse « heres socius sit.., L. 52, § 9, vis Idem respondit societatem non posse ultra mor- « tem porrigi.., L. 59, pr., vis Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab « initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati.., L. 70, « Nulla « societatis in æternum coitio est », cf. L. 1, pr. « Societas coiri potest vel in « perpetuum, id est dum vivunt.. ».

(57) D. *h. t.*, L. 52, § 9. ULPIANUS *libro XXXI ad edictum.* « Idem respondit « societatem non posse ultra mortem porrigi, et ideo nec libertatem de supremis « judiciis constringere quis poterit vel cognatum ulteriorem proximioribus « præferre ».

Le même (Papinien) a émis l'avis qu'une société ne peut être étendue au delà de « la mort (de l'un des associés); en effet, nul ne peut (par une simple convention « ni) restreindre sa volonté dernière, ni préférer aux parents plus rapprochés un « parent plus éloigné ».

Dans ce passage, Ulpien justifie de deux manières la nullité de l'institution d'héritier faite par un contrat de société. Si cette institution était valable, il en résulterait que l'associé serait empêché d'instituer un autre héritier par testament; sa liberté de tester serait restreinte par un simple contrat. Ce motif n'était pas péremptoire, puisqu'on aurait pu se borner à reconnaître l'institution contractuelle en tant qu'elle n'aurait pas été révoquée par un testament postérieur. Mais, ajoute le jurisconsulte, la validité de l'institution contractuelle conduirait à cette autre conséquence que, si l'institué contractuel est une personne autre que l'héritier présomptif ab intestat, celui-ci serait exclu de la succession légitime en vertu d'un contrat dénué de toute forme.

Le mot *ideo* de notre passage signifie à proprement parler *en conséquence.* Cette traduction ne donnerait guère de sens; Ulpien veut motiver l'avis de Papinien, et non en faire une application. Nous avons donc traduit *ideo* par *en effet.* Cf. POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 17, 2, *pro socio*, nº 56, note *i.*

(58) Arg. D. *h. t.*, L. 65, § 11, vis ne alioquin invitus quis socius efficiatur cui non vult...

Est-ce que la clause que la société continuera avec les héritiers, ne pourrait pas valoir comme convention relative à un contrat innomé? Nous ne voyons rien qui

qu'après la dissolution de la société par le décès de l'un de ses membres, une nouvelle société peut se former entre les membres survivants et les héritiers du défunt(59) ou entre quelques-unes de ces personnes seulement; cela résultera tacitement de la continuation commune des opérations sociales(60). La dissolution de la société par suite de la mort de l'un des associés donne encore lieu aux observations suivantes :

1° Les droits et les obligations de l'associé défunt vis-à-vis de la société passent pleinement à ses héritiers(61).

2° La mort de l'associé n'a d'effet vis-à-vis des associés survivants(62) et des tiers(63) qu'après qu'ils ont respectivement acquis connaissance de la mort; jusque-là les actes de gestion émanés des associés survivants demeurent valables au point de vue de la société; car ces associés et les tiers ont du croire à la persistance de la société(64).

3° Les associés survivants et les héritiers du défunt ont l'obligation d'achever les opérations sociales commencées, si l'intérêt commun l'exige; la bonne foi qui doit présider au contrat de société, le leur commande(65). Mais, précisément pour ce motif, ils répondent seulement de leur dol et de leur faute lourde(66).

s'y oppose; les parties ont certainement voulu, pour elles et pour leurs héritiers, qu'un but commun fût poursuivi à l'aide d'apports respectifs. La réalisation de ces apports constitue, au point de vue des héritiers, un contrat réel innomé. Donc, au décès de l'un des contractants, la convention subsistera à ce dernier titre. Cf. WINDSCHEID, II, § 408, et note 11.

(59) D. *h. t.*, L. 37. — (60) Cf. ci-dessus le n° I du présent paragraphe.

(61) D. *h. t.*, L. 36, L. 63, § 8 initio; C. *h. t.*, L. 3. — (62) D. *h. t.*, L. 65, § 10 i. f.

(63) Arg. D. 39, 5, *de donat.*, L. 19, § 3, vis sed si quidem....., D. 46, 3, *de solut.*, L. 32 i. f., et D. 40, 2, *de manum. vind.*, L. 4, pr. initio. Voyez encore le D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 11, pr.

En ce sens MOLITOR, cité, II, n° 675, *c.*

(64) D. *h. t.*, L. 65, § 10, vis quod si integris omnibus manentibus alter decesserit, deinde tunc sequatur res, de qua societatem coierunt, tunc eadem distinctione utemur, qua in mandato, ut, si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat societas, si nota, non valeat ». Cf. ci-dessus T. III, § 140, 2°, *a.*

(65) D. *h. t.*, L. 40. « Heres socii quamvis socius non est, tamen ea, quæ per defunctum inchoata sunt per heredem explicari debent.. ».

(66) D. *h. t.*, L. 40 i. f., L. 35 i. f. *Non obstat* D. *h. t.*, L. 36, L 65, § 9 i. f.; ces passages imposent aux héritiers de l'associé décédé la responsabilite de la faute

4° La dissolution de la société par suite du décès de l'un de ses membres laisse subsister une communauté accidentelle entre les héritiers du défunt et les membres survivants ; cette communauté produit les effets ordinaires(67).

V. La société finit encore par la grande ou la moyenne diminution de tête de l'un des associés(68); car la perte de la liberté ou de la cité est considérée comme une mort civile(69). Naturellement, une nouvelle société peut se former entre les autres associés(70). Quant à la petite diminution de l'un des associés, elle est indifférente(71).

VI. Enfin, la société s'éteint par la déconfiture de l'un de ses membres, parce que celle-ci détruit la confiance réciproque qui a servi de base à la conclusion de la société(72). Ici encore une nouvelle société est possible entre tous les membres de l'ancienne ou entre certains d'entre eux(73).

légère; le premier parle de la prestation de la faute commise par le *decujus* (note 61), et le second a en vue la gestion de la communauté accidentelle qui survit à la société (note 67).

En ce sens SCHILLING, III, § 317, note ff, et MAYNZ, II, § 228, note 12 i. f.

Contra GLÜCK, XV, § 971, n° III i. f., UNTERHOLZNER, cité, II, § 528, n° I, 1° i. f., et MOLITOR, cité, II, n° 675, *a* et *b*.

L'obligation dont il s'agit incombe même à un héritier mineur, sauf à tenir compte de cette qualité dans l'appréciation du dol et de la faute lourde. Elle existe aussi, avec une modification analogue, quelle que soit la difficulté de la gestion. MOLITOR, cité, II, n° 675, *a* i. f.

(67) D. *h. t.*, L. 65, § 2 et 9 i. f., et spécialement chaque communiste est tenu de la faute légère *in concreto* (L. 65, § 9 i. f., cit.).

(68) D. *h. t.*, L. 63, § 10 initio, L. 4, § 1; GAIUS, III, 153 initio.

(69) GAIUS, l. c.; I. *h. t.*, § 7 i. f.; D. *h. t.*, L. 65, § 12 i. f. Comme la confiscation des biens d'un associé suppose au moins une moyenne diminution de tête (D. 48, 20, *de bon. damnat.*, L. 1, pr.), elle entraîne la dissolution de la société (I. *h. t.*, § 7; D. *h. t.*, L. 65, § 12). — (70) GAIUS, III, 153 i. f.

(71) D. *h. t.*, L. 58, § 2, L. 65, § 11. L'aliénation de l'esclave qui a conclu une société pour compte de son maître, éteint aussi la société, sauf la possibilité de la formation d'une nouvelle société pour compte du nouveau maître (D. *h. t.*, L. 58, § 3).

(72) GAIUS, III, 154 initio; I. *h. t.*, § 8 initio; D. *h. t.*, L. 4, § 1, L. 65, § 1. La société est dissoute alors même que l'associé déconfit a fait cession de biens (I. *h. t.*, § 8 initio).

(73) I. *h. t.*, § 8 i. f.

D'après Ulpien, la société se dissout *ex personis*, *ex rebus*, *ex voluntate* et *ex actione* (D. *h. t.*, L. 63, § 10 initio) :

G) *De la liquidation de la société.*

§ 159. *Aperçu.*

La liquidation d'une société dissoute comprend trois opérations principales : le prélèvement des apports (§ 160), la rentrée des créances et le payement des dettes sociales (§ 161), enfin le partage des biens sociaux (§ 162). A ce partage se rattache l'action *communi dividundo* (§ 163).

§ 160. *Du prélèvement des apports.*

Nos sources gardent le silence le plus absolu sur la question du prélèvement des apports; cette question doit donc être résolue exclusivement par les principes généraux du droit. Trois hypothèses peuvent se présenter : ou bien l'apport avait pour objet la simple jouissance d'une chose, ou bien un associé avait mis en commun la propriété de choses non consomptibles, ou bien il s'agit d'un apport de la propriété de choses consomptibles.

I. *L'apport n'avait pour objet que la jouissance.* Ici pas de difficulté; le prélèvement est de droit dans tous les cas. L'associé ne devait prester que la jouissance pendant la durée de la société; cette obligation a pris fin avec la société; l'associé reprend son apport en sa qualité de propriétaire.

II. *L'apport avait pour objet la propriété de choses non consomptibles* telles que des immeubles ou des ustensiles. En règle générale,

ex personis par la mort, la grande ou la moyenne diminution de tête et la déconfiture de l'un des associés (D. *h. t.*, L. 63, § 10 initio, L. 65, § 1),

ex rebus par un événement qui rend impossible la réalisation du but social (D. *h. t.*, L. 63, § 10 i. f.),

ex voluntate par la réalisation de ce but, par l'expiration d'un terme ou l'accomplissement d'une condition résolutoire, par le consentement des associés et la renonciation de l'un d'eux (D. *h. t.*, L. 63, § 10 i. f., L. 65, § 3 initio, 6 i. f. et 10 initio),

ex actione par la novation et par l'exercice de l'action *pro socio* en liquidation de la société (D. *h. t.*, L. 65, pr.).

Cette division est arbitraire.

il n'y a pas lieu à prélèvement. En effet, si des choses non consomptibles sont devenues la propriété de la société, c'est en vertu d'une convention spéciale; car, de plein droit, l'associé débiteur d'un pareil apport en conserve la propriété(1). Or, la convention par laquelle un associé s'engage à procurer à la société la propriété de choses non consomptibles, ne peut s'interpréter que dans le sens d'une aliénation définitive de l'apport; une aliénation temporaire, limitée à la durée de la société, n'a pas de raison d'être; la société n'a nul besoin d'être propriétaire de choses non consomptibles pour pouvoir les faire servir au but social. Les parties ont donc voulu confondre pour toujours l'apport dans la masse sociale, en d'autres termes exclure le prélèvement. La règle ne cède que devant la manifestation d'une volonté contraire.

III. *L'apport avait pour objet la propriété de choses consomptibles* et notamment d'une somme d'argent. En principe, l'associé peut prélever son apport; d'abord, parce que dans le doute les obligations de chaque associé s'interprètent restrictivement, comme toutes les autres obligations conventionnelles(2); ensuite, parce que le but de la société est de réaliser des bénéfices à l'aide des apports, et non d'avoir ceux-ci en commun d'une manière définitive. Il est vrai que la propriété de l'apport avait été transférée à la société. Mais ce transfert était forcé, indépendant de la volonté des parties; la société n'aurait guère pu retirer d'utilité des choses consomptibles sans le droit de les consommer, et ce droit n'appartient qu'au propriétaire(3). Le transfert de la propriété s'étant opéré en dehors de la volonté des contractants, on ne saurait en induire une volonté de faire une aliénation définitive. Néanmoins, une intention contraire des associés résultera souvent du contrat ou des circonstances. En réalité, l'on devra considérer dans chaque cas particulier la volonté des parties et admettre ou exclure le prélèvement selon que l'on constatera une volonté expresse ou tacite dans l'un ou dans l'autre sens, sauf à interdire le prélèvement toutes les fois que la volonté des parties restera douteuse. Faisons quelques applications.

(1) Cf. ci-dessus T. III, § 153, 2°, *b*. — (2) Cf. ci-dessus T. II, § 100bis, I, B, 4°.
(3) Cf. ci-dessus T. III, § 153, 2°, *a*.

1° *Première application.* A et B s'associent pour des parts égales; le premier apporte une somme d'argent, le second son industrie. En thèse générale, A reprendra son apport avant le partage, conformément au principe énoncé. — Il y a des cas dans lesquels cette reprise n'est pas contestable, à raison de l'importance de l'apport pécuniaire; par exemple A a mis en commun 200,000 fr. En excluant ici la reprise des 200,000 fr., on serait conduit à ce résultat que A perdrait 1° l'intérêt de 200,000 fr. et 2° 100,000 de son capital, tandis que la perte de B se réduirait à son travail et qu'il gagnerait 100,000 fr. du capital de son coassocié; une pareille inégalité serait tout à fait injustifiable. Le prélèvement de l'apport de A l'évitera. Si, à la fin de la société, celle-ci possède exactement 200,000 fr., A obtiendra la totalité de cette somme et B ne recevra rien. Si l'avoir social est de 300,000 fr., A recevra 200,000 fr., le montant de sa mise, + 50,000 fr. pour sa part dans le gain, = 250,000 fr; B recevra comme part de bénéfices 50,000 fr. Si la caisse sociale ne renferme que 100,000 fr., A obtiendra 200,000 fr. du chef de sa mise — 50,000 fr., sa part dans la perte, = 150,000 francs; B devra contribuer à la perte pour 50,000 fr. Le droit de A au prélèvement de son apport sera moins évident dans d'autres cas où son apport est moins considérable; mais, dans le doute, il devra encore être admis en vertu de notre règle générale. — Celle-ci cessera seulement d'être applicable si l'apport pécuniaire de A s'abaisse au point que la valeur du travail à prester par B pendant la durée de la société se rapproche du montant du capital versé par A; alors le prélèvement de ce capital doit être exclu. Tel est le cas où B apportant son industrie, A fournit seulement un capital de 10,000 fr. Si on admettait ici la reprise de ces 10,000 fr., la perte de A se réduirait à l'intérêt de 10,000 fr., donc à une somme moins élevée que la valeur de l'industrie de B; les parties ne peuvent avoir voulu une pareille inégalité. On la préviendra en partageant entre les deux associés l'avoir social y compris le capital apporté par A.

2° *Seconde application.* A et B s'associent pour des parts égales; l'un apporte du numéraire, l'autre une somme d'argent moins

considérable et son industrie. Le cas est tout à fait analogue au précédent; car, abstraction faite d'un apport égal en numéraire, A apporte un supplément en numéraire et B son travail. La solution est aussi la même. Les mises pécuniaires seront sujettes à prélèvement, sauf si la valeur de l'industrie de B pendant la durée de la société se rapproche de la somme d'argent que A apporte de plus que B.

3° *Troisième application*. A et B se sont associés; le premier apporte de l'argent, le second la jouissance d'une chose non consomptible. A peut-il prélever son capital? L'affirmative est certaine, d'autant plus que B reprend son apport.

4° *Quatrième application*. A et B se sont associés; ils ont mis respectivement en commun de l'argent et la propriété d'une chose non consomptible. A est-il autorisé à prélever son capital? La négative doit être admise. En effet, comme nous l'avons établi ci-dessus(4), B ne prélève pas son immeuble; le prélèvement du numéraire de A rendrait inégale la position des associés.

Par dérogation à ce système, il n'y a jamais lieu à prélèvement ni dans la société universelle de biens, ni dans la société générale d'acquêts. En concluant ces sociétés, les parties se proposent précisément d'avoir des choses en commun et de les partager à la dissolution de la société; ce partage est ici le but définitif du contrat; dès lors il doit porter sur l'ensemble des biens sociaux.

Les auteurs sont loin de s'entendre sur ces règles; par suite du silence de nos sources, leurs systèmes sont des plus variés. Beaucoup d'interprètes se bornent à distinguer si c'est la propriété ou la jouissance de l'apport qui a été mise en commun; dans le second cas, on admet avec raison le droit absolu de prélever; mais, dans le premier, on l'exclut d'une manière générale, qu'il s'agisse de choses consomptibles ou de choses non consomptibles (5). A notre

(4) N° II du présent paragraphe.

(5) Voyez en ce sens MOLITOR, cité, II, n° 679, 3°, cbn. avec les n^os 647 i. f. et 648, et KOCH, cité, III, § 303, p. 622-623.

Des opinions de nature diverse sont professées par TREITSCHKE, cité, § 79, p. 208-210, cbn. avec § 32 et 33 initio, et RAUTER, cité, p. 84-89.

avis, en ce qui concerne les choses consomptibles, c'est le prélèvement qui constitue la règle; il n'est exclu que par la preuve d'une volonté contraire des parties(6).

§ 161. *De la rentrée des créances et du payement des dettes sociales.*

Le prélèvement des apports a pour effet de débarrasser la masse sociale de ses éléments hétérogènes; la masse se trouve ainsi épurée. Mais cette masse renferme généralement des créances, et, dans la plupart des cas, des dettes auront été contractées dans l'intérêt commun. La liquidation de la société exige encore la liquidation de ces créances et de ces dettes; il s'agit de faire rentrer les premières et de payer les secondes(1). Il est à remarquer à ce sujet que la société doit recouvrer non seulement ses créances contre des tiers, mais aussi celles qui existent vis-à-vis de l'un de ses membres; par exemple l'un des associés a reçu quelque chose pour compte commun(2), il a perçu, les fruits des biens sociaux(3) ou bien causé un dommage à la société par sa mauvaise gestion(4). D'autre part, la société est tenue de payer ce qu'elle doit à des tiers ou à l'un de ses membres; notamment, elle est tenue de rembourser aux associés les dépenses faites dans l'intérêt commun(5), de les indemniser des pertes résultant de leur gestion(6) et de les décharger des obligations contractées pour compte de la société(7). Le payement des dettes de la société se fera avec le numéraire social; subsidiairement l'on vendra des biens de la masse, et, si celle-ci est encore insuffisante,

(6) Cf. GLÜCK, XV, § 965, p. 396-401, SINTENIS, II, § 121, n° I, et *Anm.* 27, VANGEROW, III, § 651, *Anm.* 2, et MAYNZ, II, § 229, p. 291-294.

UNTERHOLZNER, II, § 526, n° I, 1°, s'abstient de poser aucune règle générale sur la reprise des apports pécuniaires; d'après lui tout dépendrait des circonstances de fait. Cf. WINDSCHEID, II, § 405, note 13.

(1) D. *h. t.*, L. 27, vis Omne æs alienum, quod manente societate contractum est, de communi solvendum est.. ». — (2) D. *h. t.*, L. 74. — (3) D. *h. t.*, L. 38, § 1.

(4) D. *h. t.*, L. 59, § 1 i. f. — (5) D. *h. t.*, L. 38, § 1.

(6) Arg. D. 47, 2, *de furt.*, L. 62 (L. 61, édition Kriegel), § 5.

(7) D. *h. t.*, L. 27 initio. Cf. ci-dessus T. III, § 154, I, 3°, et II, note 46.

chaque associé devra intervenir pour sa part contributoire dans les pertes. Si au contraire, après l'acquittement des dettes, il reste un excédent, celui-ci se partagera entre les associés en proportion de leurs quotes-parts respectives dans les gains.

§ 162. *Du partage des biens sociaux.*

D. 10, 3, *communi dividundo.* — C. 3, 37, *eod.*

Le partage des biens sociaux comprend d'abord les choses corporelles(1) et les droits réels divisibles(2); c'est précisément l'objet de la communauté existant entre associés. Le partage s'étend ensuite aux droits réels indivisibles, qui à proprement parler ne sont pas communs, mais appartiennent pour le tout à chaque associé(3). Il y a même lieu de régler par le partage le sort des créances et des dettes relatives aux affaires sociales, toutes les fois qu'elles ne sont pas déjà divisées entre les divers associés en raison des parts sociales(4). Le partage des biens sociaux peut se faire par convention(5) ou par jugement(6). — Le partage conventionnel des biens sociaux est soumis en tous points à la théorie générale du partage conventionnel, telle qu'elle a été exposée précédemment(7); il peut s'opérer, au choix des associés, soit par la division effective des biens sociaux, soit par la composition de lots, soit par la vente du patrimoine social au profit commun(8); selon les circonstances, il constitue un échange ou une

(1) D. *h. t.*, L. 4, pr. — (2) D. *h. t.*, L. 7, pr. initio, § 10 et 12 initio.
(3) D. *h. t.*, L. 10, § 1, cf. L. 4, § 1, L. 19, § 4 initio.
(4) D. 17, 2, *pro socio*, L. 27, L. 28, L. 38, pr., L. 67, pr. initio; arg. D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 2, § 5, L. 3, et D. 20, 5, *de distract. pignor.*, L. 11, L. 14. Cf. ci-dessus T. III, § 154, note 46. Ce règlement ne fait l'objet de l'action *communi dividundo* que si la créance ou la dette concerne la communauté de biens existant entre associés. Cf. ci-dessus T. III, § 154, II.

Si l'un des associés a aliéné sa part indivise dans un bien commun, celui-ci doit se partager entre ses coassociés et le tiers acquéreur de la part indivise (C. *h. t.*, L. 1, L. 3, pr. (L. 3 initio, édition Kriegel); cf. D. *h. t.*, L. 24, § 1). Voyez encore le D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25, § 8.

(5) C. *h. t.*, L. 4, pr. (L. 4 initio, Kriegel); C. 3, 38, *comm. utr. judic.*, L. 2.
(6) D. *h. t.*, L. 2, pr.; C. *h. t.*, L. 5. — (7) T. II, § 118.
(8) § 118 initio.

Ces trois modes de partage ne sont pas restreints aux choses corporelles. Ils s'appliquent d'abord aux droits d'emphytéose et de superficie. On peut divi-

vente et produit les effets de l'un ou de l'autre de ces contrats(9); enfin, il est sujet à rescision du chef d'une lésion considérable subie par l'un des associés(10). — Reste le partage judiciaire.

I. Il s'opère par les trois mêmes voies que le partage conventionnel(11). Seulement, le juge n'est autorisé à recourir aux différents modes de partage que dans l'ordre prémentionné.

1° Si les biens sociaux admettent une division physique(12) et que cette division ne nuise pas aux associés(13), le juge doit s'arrêter à

ser l'emphytéose et la superficie d'une manière effective en faisant alterner la jouissance quant au temps entre les associés (arg. D. *h. t.*, L. 7, § 10 i. f., cf. L. 7, pr.).

L'usufruit admet aussi les trois modes de partage. On peut partager d'une manière effective entre les associés la chose usufructuaire, si bien entendu elle est physiquement divisible (D. *h. t.*, L. 7, § 10 initio), et, dans tous les cas, il est possible de faire alterner la jouissance entre les associés (L. 7, § 10 i. f., cit.; arg. D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 16, § 2). On peut encore attribuer à un seul associé l'exercice de l'usufruit (arg. D. 7, 1, *de usu fructu*, L. 6, § 1, et D. *h. t.*, L. 7, § 10 initio) ou bien vendre cet exercice au profit commun (arg. L. 7, § 10 initio, cit.). Ce dernier texte cite de plus la location de l'usufruit comme moyen de sortir d'indivision.

La servitude personnelle d'usage, malgré son indivisibilité, est susceptible d'être partagée quant à la chose (arg. D. *h. t.*, L. 7, § 10 initio) et quant au temps (arg. L. 7, § 10 i. f., cit.). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 19, § 4. Mais, comme elle est absolument inaliénable, on n'admet, ni l'attribution de l'exercice de l'usage à un seul associé, ni la vente de cet exercice dans l'intérêt commun (D. *h. t.*, L. 10, § 1 initio).

Il en est de même de la servitude personnelle qui donne droit aux services d'esclaves ou d'animaux, puisque c'est au fond un usage (D. 7, 7, *de oper. servor.*, L. 5).

La servitude personnelle d'habitation est susceptible d'être partagée quant au temps (arg. D. *h. t.*, L. 7, § 10 i. f.) et son exercice peut être attribué à un seul associé ou bien être vendu.

Quant aux servitudes prédiales dues à un immeuble de la société, elles suivent cet immeuble (cf. D. *h. t.*, L. 19, § 4 initio, L. 4, § 1).

Enfin, s'il s'agit d'une hypothèque attachée à une créance relative à la société, elle suit aussi cette créance (arg. D. 20, 5, *de distract. pignor.*, L. 11, L. 14; cf. D. *h. t.*, L. 7, § 12). Voyez encore le D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 29.

(9) § 118, initio, 2° et 3. — (10) § 118, 4°.

(11) I. 4, 17, *de off. judic.*, § 5 cbn. avec § 4; C. *h. t.*, L. 1, L. 3, § 1 (L. 3 i. f., édition Kriegel) Voyez de plus le D. *h. t.*, L. 10, § 1. — (12) I. 4, 17, *de off. judic.*, § 5.

(13) § 5 cit.; C. *h. t.*, L. 1, § 1 initio, L. 3, § 1 initio (L. 1 i. f., L. 3 i. f., Kriegel); D. *h. t.*, L. 21. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 7, pr. i. f.

ce mode de partage(14). En y procédant, il est tenu de se laisser guider par l'intérêt commun des associés et par leur volonté réelle ou présumée(15). Souvent il assignera aux associés une part plus forte ou plus faible que celle qui leur revient(16) ; dans ce cas, il condamnera celui qui reçoit trop, à payer à celui qui reçoit trop peu, une indemnité pécuniaire appelée soulte ou retour(17), ou bien il rétablira l'égalité entre associés à l'occasion du partage d'une autre chose. Le juge sera aussi parfois amené à établir des servitudes prédiales entre les portions d'immeubles qu'il attribue aux différents associés(18), notamment une servitude de passage pour cause d'enclave, sauf de nouveau le payement d'une soulte(19).

2° Si, comme il arrive généralement, tous les biens sociaux ne sont pas susceptibles d'être divisés en parts et portions(20), ou si cette division est préjudiciable aux associés(21), le juge doit recourir à la formation de lots(22). A cette fin les bien sociaux sont soumis à une estimation préalable(23) et le montant de celle-ci est réparti entre les associés eu égard à leurs parts sociales; après quoi, le juge attribue à chaque associé des biens d'une valeur égale à celle qui doit lui revenir. En procédant à la composition des lots, le juge a encore le devoir de s'inspirer de l'intérêt commun et de la volonté des associés(24). Donc, si la chose est possible, chaque lot doit être composé d'une valeur égale en biens de chaque espèce(24) et comprendre des choses destinées naturellement à demeurer réunies entre les mêmes mains(25). Mais le juge romain était investi d'un pouvoir

(14) I. 4, 17, *de off. judic.*, § 5 initio; C. *h. t.*, L. 1, § 1 initio (L. 1 i. f., Kriegel).

(15) D. *h. t.*, L. 21. « Judicem in prædiis dividundis quod omnibus utilissimum « est vel quod malint litigatores sequi convenit ».

(16) Arg. I. 4, 17, *de off. judic.*, § 5. — (17) § 5 cit. — (18) D. *h. t.*, L. 7, § 1.

(19) Arg. I. 4, 17, *de off. judic.*, § 5 initio cbn. avec § 4 initio.

(20) Arg. C. *h. t.*, L. 3, § 1 initio (L. 3 i. f., édition Kriegel).

(21) Texte cité à la note précédente.

(22) Texte cité à la note 20; I. 4, 17, *de off. judic.*, § 5 initio cbn. avec § 4 initio.

(23) D. *h. t.*, L. 10, § 2; C. *h. t.*, L. 3, § 1 (L. 3 i. f., Kriegel). D'après ces lois, l'estimation doit être juste, c'est-à-dire se référer à la valeur réelle des biens. Voyez encore le D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 52, § 3.

(24) Arg. D. *h. t.*, L. 21, transcrite à la note 15.

(25) C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 11.

très étendu par rapport à la formation des lots, à tel point qu'il lui était permis d'attribuer à l'un des associés l'usufruit et à un autre la nue propriété d'un ou de plusieurs biens sociaux (26). Les lots sont faits et attribués par le juge (27); si l'un d'eux est d'une valeur trop élevée, l'associé qui l'obtient, est condamné au payement d'une soulte envers ses coassociés qui reçoivent un lot d'une valeur trop faible(28). Il peut aussi y avoir lieu à l'établissement d'une servitude entre des immeubles échus à différents associés (29), sauf encore le payement d'une soulte (30).

3° Si, à raison de la nature des biens sociaux, la formation de lots est impossible — par exemple l'avoir social se réduit à un établissement industriel — ou si elle est contraire à l'intérêt commun, le juge doit ordonner la vente des biens au profit des associés(31). La vente se fait aux enchères ou par licitation(32). En principe, les associés sont seuls appelés à enchérir(33); les étrangers ne le sont que s'il est à craindre que, sans leur concurrence, les biens ne se vendent pas à leur valeur réelle(34). Le produit de la vente est réparti entre les associés en proportion de leurs parts sociales(35).

Quant aux titres de la société, s'ils concernent exclusivement un bien échu pour le tout à l'un des associés, ils doivent être remis à

(26) D. *h. t.*, L. 6, § 10; D. 7, 1, *de usu fructu*, L. 6, § 1. Cf. D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 16, § 1. — (27) Arg. I. 4, 17, *de off. judic.*, § 5 initio cbn. avec § 4 initio.

(28) I. 4, 17, *de off. judic.*, § 5 initio cbn. avec § 4 initio; C. *h. t.*, L. 3, § 1 initio (L. 3 i. f., édition Kriegel). — (29) Arg. D. *h. t.*, L. 7, § 1.

(30) Arg. I. 4, 17, *de off. judic.*, § 5 initio cbn. avec § 4 initio.

(31) D. *h. t.*, L. 19, § 3; arg. D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 22, § 1 i. f. Voyez encore les I. 4, 17, *de off. judic.*, § 5 i. f.

(32) D. *h. t.*, L. 19, § 3; C. *h. t.*, L. 3, § 1 (L. 3 i. f., Kriegel); arg. D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 22, § 1 i. f., et C. *h. t.*, L. 1, pr. (L. 1 initio, Kriegel).

(33) C. *h. t.*, L. 3, § 1 i. f., L. 1, pr. (L. 3 i. f., L. 1 initio, Kriegel); D. *h. t.*, L. 19, § 3.

(34) C. *h. t.*, L. 3, § 1 i. f. (L. 3 i. f., Kriegel), vis ad licitationem nonnumquam « etiam extraneo emptore admisso, maxime si se non sufficere ad justa pretia « alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licentem profiteatur ».

(35) Cf. C. *h. t.*, L. 1, pr., L. 3, § 1 initio (L. 1 initio, L. 3 i. f., Kriegel), et I. 4, 17, *de off. judic.*, § 5 i. f.

celui-ci(36). Les titres d'une propriété divisée et les titres relatifs à l'ensemble de la société sont remis à celui qui a obtenu la part la plus forte, soit de la propriété divisée, soit de l'avoir social(37), et, en cas d'égalité de parts, à un dépositaire choisi par tous les associés(38); s'ils ne s'accordent pas sur le choix, le juge désigne lui-même le dépositaire(39) . Le dépositaire des titres d'une propriété divisée ou des titres communs à l'ensemble de la société est obligé d'en aider les intéressés qui en ont besoin; il doit, d'après les circonstances, les représenter à l'intéressé(40), surtout en vue de lui permettre d'en prendre copie(41), ou bien les lui confier pendant un certain temps(42).

II. Comme le partage conventionnel, le partage judiciaire des biens sociaux constitue un échange ou une vente(43) et produit les effets de l'un ou de l'autre de ces contrats(44); nous nous référons à cet

(36) Arg. D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 48, L. 52, pr. Si le bien échoit pour le tout à un tiers acheteur, c'est à ce dernier que revient le titre.

(37) Arg. D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 5. « Si quæ sunt cautiones hereditariæ, eas « judex curare debet ut apud eum maneant, qui majore ex parte heres sit.. », L. 4, § 3 initio.

(38) Arg. D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 5, vis Si omnes iisdem ex partibus heredes « sint,.. *ex consensu* vel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur... ».

(39) ce qu'il peut faire par la voie d'un tirage au sort entre les associés (C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 5; arg. D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 5, vis Si omnes iisdem « ex partibus heredes sint nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, « sortiri eas oportet : aut ex consensu vel suffragio eligendus est amicus, apud « quem deponantur : vel in æde sacra deponi debent », L. 4, § 3, vis aut in æde « deponere »). Voyez encore le D. 22, 4, *de fide instrum.*, L. 6, et le D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 4, § 3 i. f.

(40) Arg. D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 5, vis ut, cum res exegerit, ipsæ exhibeantur...

(41) Arg. D. *eod.*, L. 5, vis ceteri descriptum et recognitum faciant.. », L. 4, § 3 i. f.

(42) Arg. D. *eod.*, L. 5 initio. Le dépositaire doit fournir caution en sûreté de ces obligations (arg. L. 5 initio, cit.).

(43) Cf. C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 1, et C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 2. Voyez ci-dessus T. II, § 118 initio.

(44) D. *h. t.*, L. 6, § 8. « Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me, « venit quidem in communi dividundo judicio, sed jus pignoris creditori manebit, « etiamsi adjudicatus fuerit : nam et si pars socio traditus fuisset, integrum « maneret. Arbitrum autem communi dividundo hoc minoris partem æstimare « debere, quod ex pacto vendere eam rem creditor potest, Julianus ait, cf. § 9. D. *h. t.*, L. 10, § 2 i. f.; arg. C. 3, 36, *fam. ercisc.*, L. 14.

égard à la théorie générale du partage conventionnel(45). Toutefois, le partage judiciaire des biens sociaux n'est point rescindable pour cause de lésion; il peut seulement être attaqué de ce chef par la voie de l'appel; s'il est devenu irrévocable, il vaut d'une manière absolue comme chose jugée(46).

§ 163. *De l'action communi dividundo.*

D. 10, 3, *communi dividundo.* — C. 3, 37, *eod.*

Nous avons expliqué précédemment(1) comment l'action *communi dividundo* concourt avec l'action *pro socio* en vue de poursuivre l'exécution des obligations spéciales naissant de la communauté ou le règlement général de celle-ci. Ici nous ne nous occupons plus de l'action *communi dividundo* qu'en ce qui concerne le partage des biens sociaux.

1° A ce point de vue elle est imprescriptible; elle peut être exercée utilement alors même que la communauté a persisté pendant plus de trente ans(2). En effet, l'action se fonde sur la communauté; or celle-ci est un état de choses qui se renouvelle sans cesse; donc l'action *communi dividundo* aussi naît et renaît sans cesse, et quelle que soit l'époque à laquelle elle est intentée, elle n'est jamais née que depuis un instant, ce qui exclut sa prescription(3).

(45) T. II, § 118, 2° et 3°.

(46) Cf. ci-dessus T. II, § 118, 4°. Mais la vente aux enchères qui s'est faite à l'occasion du partage judiciaire, est rescindable au profit des associés vendeurs lésés d'outre moitié par cette vente. Cf. ci-dessus T. II, § 116bis, II, B, 2°.

Les règles sur l'invalidité du partage conventionnel pour cause d'erreur, de dol, ou de violence (T. II, § 118, 4°), ne s'appliquent pas au partage judiciaire.

(1) T. III, § 154, II. — (2) Arg. C. *h. t.*, L. 5.

(3) Par contre, pour autant qu'elle sert à poursuivre les obligations résultant de la communauté, l'action *communi dividundo* est parfaitement prescriptible, comme l'action *pro socio* avec laquelle elle concourt. Elle commence à se prescrire à partir du jour où l'obligation dont il s'agit est devenue exigible, car elle est née à ce moment; si trente années se sont écoulées depuis lors, la prescription est acquise (C. 7, 40, *de ann. except.*, L 1, § 1[a] (L. 1, § 1 i. f., édition Kriegel)). Mais cette prescription peut être interrompue par la reconnaissance de l'obligation de la part de l'associé débiteur, et le fait de continuer la communauté sans contestation implique une reconnaissance des droits que la communauté peut avoir

2° L'action *communi dividundo* se donne à un associé contre ses coassociés sur le seul fondement de la communauté de biens existant entre eux ; il n'est pas nécessaire que le défendeur possède les biens communs (4). Il est aussi loisible à un associé d'actionner seulement en partage quelques-uns de ses coassociés (5), sauf le droit de ces derniers de réclamer le partage entre tous les associés et sans que le partage puisse nuire aux absents (6). Mais si l'un des associés a aliéné sa part indivise dans la communauté, l'action *communi dividundo* se donne à l'acquéreur ou contre lui (7).

3° Le jugement rendu à l'action *communi dividundo* se caractérise par l'adjudication (8). Il attribue à chaque associé la propriété des choses ou des portions de choses qu'il lui assigne (8) ; il crée une propriété nouvelle ; c'est un mode d'acquérir la propriété (9). Tout différent est le jugement rendu à l'action revendicatoire ; ce jugement se borne à reconnaître une propriété préexistante. Il va de soi que l'adjudication attribue aux associés la propriété telle qu'elle existe, avec tous les droits réels dont elle était grevée au moment de l'adjudication ; le juge ne peut disposer des biens communs au profit des associés que dans l'état où ils sont, exactement comme les associés qui procèdent à un partage conventionnel (10). L'action en par-

produits en faveur des cointéressés ; le système contraire conduirait à la conséquence inadmissible que le règlement d'une communauté prolongée au delà de trente ans ne pourrait être poursuivi que pour les trente dernières années. Donc, aussi longtemps que la communauté est continuée sans contestation, la prescription est impossible. Elle ne commence vraiment à courir que si l'associé, devenu débiteur de ses coassociés à raison d'un certain bien social, usurpe ce bien comme le sien propre ou s'il conteste sa dette.

Cf. MAYNZ, II, § 278 i. f.

(4) D. *h. t.*, L. 30. « Communi dividundo judicio recte agi, sive neuter possideat, « sive alter sociorum fundum non possideat ».

(5) D. *h. t.*, L. 8, pr., « Et si non omnes, qui rem communem habent, sed certi « ex his dividere desiderant, hoc judicium inter eos accipi potest », cf. L. 29, § 1 initio. — (6) Cf. MAYNZ, II, § 278, note 22, B.

(7) C. *h. t.*, L. 1, L. 3, pr. (L. 3 initio, édition Kriegel). Cf. D. *h. t.*, L. 24, § 1. Voyez encore le D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25, § 8.

(8) I. 4, 17, *de off. judic.*, § 5 ; I. 4, 6, *de action.*, § 20 i. f.

(9) ULPIEN, XIX, 16. Cf. GAIUS, IV, 42.

(10) D. *h. t.*, L. 6, § 8, « Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me,

tage comporte aussi l'adjudication, sur les biens communs, de droits réels autres que la propriété, et en particulier une adjudication de servitudes(11). Mais l'adjudication est exclue si le juge ordonne la vente aux enchères des biens sociaux; ce sont alors les règles de la vente et de la tradition qui sont décisives(12).

4° L'action *communi dividundo* est une action purement personnelle. En effet, elle n'a d'autre fondement que les obligations naissant de la communauté, alors même qu'elle poursuit le partage de celle-ci; car la communauté oblige chacun des communistes à partager les biens communs, si l'un de ses cointéressés en fait la demande; l'action en partage tend à l'exécution de cette obligation; aussi ne se donne-t-elle que contre les autres communistes. Elle ne se base pas sur la copropriété du demandeur; une action naissant de la copropriété suppose la lésion de ce droit de la part du défendeur et tend à sa reconnaissance; or le défendeur à l'action en partage ne lèse nullement la copropriété du demandeur, il ne la conteste même pas; l'action *communi dividundo*, loin d'avoir pour but la reconnaissance de la copropriété, tend à mettre fin à l'indivision; l'action résultant de la copropriété est la revendication. Peu importe que l'adjudication faite à l'action *communi dividundo* soit attributive de propriété; cette propriété ne saurait être le fondement de l'action, puisqu'elle est seulement créée par le jugement(13).

« venit quidem in communi dividundo judicio, sed jus pignoris creditori manebit, « etiamsi adjudicatus fuerit : nam et si pars socio tradita fuisset, integrum « maneret... », et § 9. Voyez encore le D. 20, 6, *quib. mod. pignus solv.*, L. 7, § 4, « le C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 7 initio, et ci-dessus T. II, § 118, 2°.

(11) D. *h. t.*, L. 7, § 1. Cf. ci-dessus T. III, § 162, I, 1° i. f. et 2° i. f.

(12) Cf. ci-dessus T. II, § 118, 2°.

(13) Les textes suivants confirment notre doctrine :

1° D. 10, 1, *fin. regund.*, L. 1. « Finium regundorum actio in personam est, licet « pro vindicatione rei est ».

« L'action *finium regundorum* est personnelle, quoiqu'elle tienne lieu de la « revendication ».

D'après cette loi l'action *finium regundorum* est purement personnelle, et cette personnalité n'est pas exclue par la circonstance que l'action tient lieu de la revendication de la lisière de terrain usurpée par le voisin. Or l'action *communi dividundo* a exactement la même nature, et de plus on ne peut dire d'elle qu'elle

Néanmoins, on soutient souvent que l'action *communi dividundo* est une action mixte, c'est-à-dire à la fois réelle et personnelle : réelle à raison du partage de la communauté, personnelle en tant qu'elle poursuit l'exécution des obligations naissant de la gestion des biens communs(14).

remplace la revendication, car elle n'implique aucune contestation de la copropriété de la part du défendeur.

2° C. 7, 40, *de ann. except.*, L. 1, § 1[d] (L. 1, § 1 i. f., édition Kriegel).

« Nemo itaque audeat neque actionis familiæ erciscundæ *neque communi divi-*
« *dundo* neque finium regundorum... *neque alterius cujuscumque personalis actionis*
« vitam longiorem esse triginta annis interpretari... ».

3° D. *h. t.*, L. 4, § 2. « Hoc judicium bonæ fidei est.. ». Les actions de bonne foi sont toutes personnelles.

Contra I. 4, 6, *de action.*, § 20. « Quædam actiones mixtam causam optinere
« videntur tam in rem quam in personam. Qualis est familiæ erciscundæ actio,
« quæ competit coheredibus de dividenda hereditate : item communi dividundo,
« quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur : item
« finium regundorum, qua inter eos agitur qui confines agros habent... ».

Cette appréciation de Justinien sur un point de pure théorie n'a pas force de loi; elle a une valeur simplement doctrinale. Dans tous les cas, elle doit céder devant l'opinion différente exprimée au Digeste et au Code; cette dernière est seule rationnelle.

THÉOPHILE, I. 4, 6, § 20 initio, se rallie à Justinien.

Cf. D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 22, § 4. « Familiæ erciscundæ judicium ex duobus
« constat, id est rebus atque præstationibus, quæ sunt personales actiones ».

D'après ce passage, l'action *familiæ erciscundæ* a un double but : le partage de l'hérédité et l'exécution des obligations naissant de la communauté entre cohéritiers. Le jurisconsulte ajoute que ces obligations donnent lieu à des actions personnelles; en effet l'action *familiæ erciscundæ*, comme l'action *communi dividundo* (ci-dessus T. III, § 154, II), peut concourir avec des actions personnelles. Il ne résulte nullement de là que, dans la pensée du juriscon sulte, l'action *familiæ erciscundæ* ne soit pas également une action personnelle.

(14) Voyez en notre sens MACKELDEY, I, § 195, 3°, et note *g*, THIBAUT, I, § 62, et note r, et *Braun's Erörterungen*, § 60, PUCHTA, *Institut.* II, § 167, et note *k*, MOLITOR, cité, II, n° 682, ARNDTS, I, § 97, *Anm.* 7, et MAYNZ, II, § 278 i. f.

Cf. GŒSCHEN, I, § 137, 4°, VANGEROW, I, § 136, *Anm.*, DEMANGEAT, II, p. 645-657, NAMUR, II, § 424, 3, et ACCARIAS, II, n° 830, 2°.

Contra GLÜCK, III, § 273 i. f., SCHILLING, II, § 104, *Zusatz* 1, n° 2, MÜHLENBRUCH, I, § 138, n° I, 2° i. f., DE SAVIGNY, *System* V, § 209 i. f., KELLER, *Der römische Civilprocess*, § 87 i. f., SINTENIS, I, § 29, n° II, a, 3°, et *Anm.* 13, BRINZ, 1(2), § 84 i. f., ORTOLAN, III, n°s 1962 et 2121 à 2124, et BARON, § 80, II.

H) *De quelques espèces particulières de sociétés.*

§ 164. *De la société universelle de biens.*

I. La société universelle de biens (*societas omnium bonorum*(1)) est celle qui a pour objet la mise en commun de tous les biens présents et futurs des associés(2). Réciproquement, elle supporte toutes les dettes présentes et futures de ses membres(3); car on n'entend par biens que l'excédent de l'actif sur le passif; *bona non intelleguntur, nisi ære alieno deducto*(4). Le droit romain admet pleinement la validité d'une semblable société, même quant aux biens à venir acquis à cause de mort(5), et ce nonobstant la prohibition des pactes successoires(6). Il n'y a pas dans l'espèce un véritable pacte successoire. D'un côté, si la société universelle de biens comprend les hérédités qui viennent à échoir aux associés, elle ne constitue pas cependant une convention sur la succession d'une tierce personne *déterminée;* elle ne renferme donc aucune spéculation sur le décès d'autrui(7). D'un autre côté, la société de tous les biens ne peut être considérée comme une institution contractuelle réciproque faite par chacun des associés en faveur des autres. En effet, l'héritier étant le représentant de la personne du défunt, a essentiellement un droit éventuel à toute la succession; il jouit d'un droit d'accroissement vis-à-vis de ses cohéritiers(8). Or, dans la cas de la société universelle de biens, chaque associé ne dispose jamais en faveur de ses coassociés que d'une partie de ses biens; il s'en réserve une autre partie, qu'à son décès il transmet à ses héritiers, conjointement avec sa portion dans le patrimoine de ses coassociés. A en juger par les nombreuses lois qui s'y rapportent, la société de tous les biens paraît avoir été assez répandue chez

(1) D. *h. t.*, L. 1, § 1, L. 3, § 1, L. 65, § 3; D. 34, 1, *de alim. v. cib. leg.*, L. 16, § 3 initio. Cf. GAIUS, III, 148, I. *h. t.*, pr., et D. *h. t.*, L. 5, pr., L. 65, pr. i. f., L. 73 initio.

(2) Cf. D. *h. t.*, L. 52, § 16 initio, L. 73 initio. — (3) D. *h. t.*, L. 27 initio, L. 73 i. f.

(4) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 39, § 1; D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 11 i. f.

(5) D. *h. t*, L. 3, § 1, L. 73 initio. — (6) Cf. ci-dessus T. II, § 91, II, 6°.

(7) l. c., n° 6 initio. — (8) D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 63, § 1.

les Romains; elle intervenait aussi parfois entre époux(9). Examinons maintenant de plus près le contenu de cette société. Elle comprend l'ensemble des biens présents des associés(10), que ce soient des choses corporelles ou des droits(11); si l'un des associés est créancier d'un coassocié, la dette de ce dernier s'éteint par confusion pour sa part sociale, puisque, pour cette part, il a droit à la créance et par conséquent se trouve être à la fois débiteur et créancier(12). Tombent également dans la société tous les biens futurs des associés, qu'ils aient été acquis à titre onéreux, par vente, échange, etc.(13), ou à titre gratuit, par hérédité, legs ou donation(14). La communauté s'étend même à la dot de la femme d'un associé(15), ainsi qu'aux actions acquises à l'un des associés sur le fondement d'un délit commis envers lui(16). En sens inverse, la société doit prendre à sa charge indistinctement toutes les dettes des associés, soit actuelles(17), soit futures(18). Elle est tenue de pourvoir aux besoins de chaque associé et de sa famille selon sa condition(19); elle supporte même les frais d'établissement des enfants des associés(19) et spécialement la dotation de leurs filles(20). Incombent aussi à la

(9) D. 34, 1, *de alim. v. cib. leg.*, L. 16, § 3. — (10) D. *h. t.*, L. 1, § 1.

(11) D. *h. t.*, L. 3, pr.

(12) Arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 107 i. f. A la dissolution de la société, l'associé qui était créancier originaire, prélèvera sa part sociale de la créance, tandis que son coassocié devra se contenter de sa libération, qui lui a déjà procuré sa part dans la créance. — (13) D. *h. t.*, L. 74. — (14) D. *h. t.*, L. 3, § 1, L. 73 initio.

(15) Arg. D. *h. t.*, L. 65, § 16, L. 66, sauf à tenir compte de l'inaliénabilité des immeubles dotaux. — (16) D. *h. t.*, L. 52, § 16 i. f.

(17) *Non obstat* D. *h. t.*, L. 27 initio. Si cette loi ne cite que les dettes contractées pendant la société (*manente societate*), c'est pour faire ressortir qu'elles incombent à la communauté alors même qu'elles ont été acquittées après la dissolution de la société (*posteaquam societas distracta est*).

(18) D. *h. t.*, 27 initio; D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 39, § 3.

(19) D. *h. t*, L. 73 i. f., L. 81. La femme associée qui se marie, a droit à une dot.

(20) D. *h. t.*, L. 81, vis Dixi pactum..... solus filiam habuit. On ne doit pas conclure de cette loi que la dotation n'incombe à la société qu'en vertu d'un engagement spécial des coassociés; le jurisconsulte cite cet engagement à titre d'exemple.

Au reste, l'associé qui a doté sa fille à l'aide des biens sociaux et qui recouvre plus tard la dot, doit la mettre en commun comme toute autre acquisition.

société les dettes relatives aux acquisitions dont elle profite, telles que l'obligation de payer le prix des biens achetés par l'un des associés(21), les dettes inhérentes à des hérédités qui lui sont échues, les charges d'un legs ou d'une donation, l'obligation de restituer, conformément au droit commun, la dot reçue par l'un de ses membres(22), etc. — Sont seules exclues de la société universelle de biens les choses qui proviennent d'un délit commis par l'un de ses membres; l'associé coupable du délit n'est pas obligé de mettre ces choses en commun(23). En effet, comme il n'y a pas de société de délits(24), on ne saurait admettre que la société universelle de biens

D'après cela, si le mariage est dissous pendant la durée de la société par le décès de la fille, comme la dot retourne au père (D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 6, pr.), celui-ci est obligé de la faire avoir à la société (L. 81 cit., vis Ceterum si..... interpretantibus). S'il y a eu divorce pendant la société et que la fille soit sous puissance paternelle, la dot doit être rendue au père avec le consentement de la fille (D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 2, § 1 initio) et à charge de donner éventuellement la dot à un second mari (Nov. 97, c. 5); donc le père est tenu de la mettre en commun avec la même charge (D. *h. t.*, L. 81, vis Quod si salva societate..... dari possit). Mais si le mariage est dissous pendant la durée de la société, soit par le divorce, la fille étant *sui juris*, soit par le décès du mari, ou bien si le mariage subsiste encore à la dissolution de la société, le père ne recouvre pas la dot, ou bien il ne la recouvre qu'après la rupture du lien social, et par conséquent la société ne peut pas y prétendre davantage (L. 81 cit., vis Verum in proposito..... heres exstitisset). Dans le cas où la dot, au lieu d'avoir été payée à la fille d'un associé, lui a été simplement promise, il ne saurait être question d'une obligation de la rendre à la société à la dissolution du mariage (L. 81 cit., vis Si socius..... dos constitueretur, et vis quod si accepto.....).

Si la fille de l'associé se remarie ayant perdu sa première dot, une nouvelle dotation de la part de la société est nécessaire. *Non obstat* D. *h. t.* L. 81, vis Nec, si prior maritus..... convenisset. Il résulte seulement de cette loi que, pour la nouvelle dotation, il n'est pas permis d'invoquer la convention par laquelle les coassociés ont promis de fournir la première dot.

(21) Arg. D. *h. t.*, L. 12.

(22) Si le mariage de l'associé est dissous dans le cours de la société, celle-ci doit restituer la dot à qui de droit, pour autant qu'elle est sujette à restitution (D. *h. t.*, L. 65, § 16 i. f.). Si, par contre, la société prend fin alors que le mariage persiste, l'associé marié prélève la dot hors part, à l'effet de pouvoir faire plus tard la même restitution (L. 65, § 16 initio, cit.), donc aussi dans les limites de sa propre obligation éventuelle de restituer; il doit laisser à la société les biens dotaux qui lui sont définitivement acquis (D. *h. t.*, L. 66).

(23) D. *h. t.*, L. 52, § 17, L. 53 initio. — (24) Cf. ci-dessus T. III, § 153, 3°.

s'étende au produit des délits des associés(25). Mais si l'associé coupable a mis spontanément en commun le produit de son délit, il ne peut le répéter par la *condictio ex injusta causa*(26); sa propre turpitude ne lui crée pas un droit à la restitution de la chose, pas plus que dans le cas où une convention illicite pour l'un des contractants a été volontairement exécutée par lui(27). En ce qui concerne les obligations naissant du délit, elles n'incombent pas davantage à la société(28). Toutefois, si l'objet délictueux a été mis en commun et l'associé coupable condamné, la société doit lui rendre cet objet, pour qu'il puisse en faire la restitution à la partie lésée(29); dans une pareille circonstance, la réclamation de la chose devient parfaitement légitime. L'associé coupable est donc seul tenu à raison de son délit et il est poursuivi sur sa part sociale, qui constitue tout son patrimoine; il devient de ce chef débiteur de ses coassociés et se libère en moins prenant lors de la dissolution de la société(30).

II. La société universelle reste sous l'empire de la théorie commune de la société(31), à part les différences suivantes :

1° La société universelle tend à la mise en commun et au partage ultérieur de tous les biens des associés. C'est pourquoi l'apport des choses corporelles a toujours pour objet la propriété(32) et il n'y a jamais lieu à un prélèvement d'apports lors de la dissolution de la société(33).

2° Les choses corporelles qui appartiennent à chaque associé au

(25) D. *h. t.*, L. 53, vis quia delictorum turpis atque fœda communio est...

(26) L. 53 i. f., cit. — (27) Cf. ci-dessus T. II, § 91, II, 5° initio.

(28) D. *h. t.*, L. 52, § 18, L. 59, § 1 initio.

(29) D. *h. t.*, L. 54, cf. L. 55 initio, L. 56.

(30) Arg. D. *h. t.*, L. 55 initio, L. 56 i. f. Si plusieurs associés ont participé au délit, chacun est tenu sur sa part sociale; les payements faits en exécution de cette obligation sont supportés par ceux qui les ont faits.

Une condamnation injuste pour délit tombe à la charge de la société; c'est une dette ordinaire, puisqu'elle ne naît pas d'un délit véritable (D. *h. t.*, L. 52, § 18).

(31) D. *h. t.*, L. 3, pr., L. 73 initio, L. 74.

(32) Cf. ci-dessus T. III, § 153, 2° i. f.

(33) § 160 i. f., ou bien à la garantie du chef de l'éviction ou des vices des apports (cf. ci-dessus T. III, § 154, note 11 i. f.).

moment de la conclusion de la société, sont acquises à ses coassociés, en proportion de leurs parts sociales respectives, indépendamment de toute tradition. Cette acquisition s'opère par le seul effet du contrat de société(34), contrairement à la règle fondamentale du droit romain que le transfert de la propriété exige la tradition(35). L'exception s'explique par une considération d'utilité pratique; le patrimoine d'une personne renferme généralement un grand nombre de meubles et parfois aussi beaucoup d'immeubles; la tradition de tous ces objets aurait constitué une entrave; on en dispensa les associés. Ce motif ne s'appliquait pas aux biens corporels acquis par l'un des associés dans le cours de la société; aussi la nécessité de la tradition fut-elle maintenue à leur égard(36). La plupart des auteurs repoussent cette manière de voir; ils admettent dans l'espèce un transfert de propriété en vertu d'une tradition tacite, d'un constitut possessoire tacite; d'après eux, la société universelle de biens produirait cet effet que chaque associé deviendrait simple détenteur de ses biens corporels présents pour les parts sociales de ses coassociés; la possession juridique de ces parts serait transférée aux coassociés. Il nous est impossible de nous rallier à ce système. Ce qui prouve déjà sa fausseté, c'est que s'il était fondé à l'occasion des biens corporels présents qui font l'objet d'une société universelle, il faudrait, par identité de motif, l'étendre et aux biens corporels futurs faisant l'objet de ladite société, et aux sociétés particulières, voire même à une convention quelconque qui tendrait à une aliénation; de cette façon, la théorie romaine sur le transfert de la propriété par tradition deviendrait un vain mot; ce serait la convention qui en définitive opèrerait ce transfert, puisqu'elle serait toujours accompagnée d'une tradition. Mais il est facile d'établir directement que, dans le cas dont il s'agit, les conditions d'un véritable constitut possessoire n'existent point. Pour qu'il y ait un constitut possessoire, en d'autres termes pour que la possession juridique d'une personne soit convertie en une simple détention pour compte d'un tiers qui

(34) D. *h. t.*, L. 1, § 1. « In societate omnium bonorum omnes res quæ coeuntium sunt continuo communicantur ». — (35) C. 2, 3, *de pact.*, L. 20.
(36) D. *h. t.*, L. 73 initio, L. 74.

devient possesseur juridique, il ne suffit nullement que le possesseur actuel s'engage par une convention à aliéner la chose qu'il possède; il faut de plus que, par une seconde convention, il se réserve la seule détention de la chose, comme locataire, commodataire, usufruitier, etc. Moyennant le concours de ces conditions, le constitut possessoire s'impose; en vertu de la seconde convention prémentionnée, l'ancien possesseur ne peut plus être que détenteur pour compte de son cocontractant; il doit avoir voulu rendre celui-ci possesseur de la chose; c'est comme s'il avait déclaré expressément lui faire la délivrance par une *traditio longa manu;* il a manifesté tacitement sa volonté de délivrer la chose. Or la conclusion d'une société universelle de biens ne renferme rien de pareil; chaque associé s'engage seulement à transférer à ses cocontractants une propriété indivise, exactement comme on peut le faire par une société particulière et par une série d'autres conventions, sans que l'on songe à parler d'un constitut possessoire(37).

(37) On nous oppose le D. *h. t.*, L. 2, qui porte : quia, licet specialiter traditio « non interveniat, tacita tamen creditur intervenire ». Mais le motif par lequel Gaius justifie ici le transfert de la propriété à partir du jour du contrat, est dépourvu de force légale; il ne jouit que d'une autorité de raison. On remarquera en outre que Gaius s'exprime d'une manière quelque peu dubitative; une tradition tacite est, dit-il, considérée comme ayant eu lieu; *creditur* intervenire.

Voyez en notre sens THIBAUT, I, § 471, A initio, PUCHTA, *Institut.* II, § 241, note *c*, *Pand.*, § 148 initio, *Vorles.* I, *eod.*, et *Kleine civil. Schriften*, p. 439, MOLITOR, cité, II, n° 650 initio, et ARNDTS, § 145, *Anm.* 1. Cf. MÜHLENBRUCH, II, § 418, n° II, 1°, SINTENIS, II, § 121, n° I, *ad not.* 19, et ORTOLAN, III, n° 1525.

Contra GŒSCHEN, I, § 210 i. f., UNTERHOLZNER, cité, II, § 526, n° I, 2°, et note 6, SCHILLING, III, § 314, 1° initio, KOCH, cité, III, § 304 initio, RAUTER, cité, p. 21-22, DEMANGEAT, II, p. 369-370, NAMUR, II, § 285, 2 initio, WINDSCHEID, T. I, § 171, note 2 initio, et T. II, § 406, note 2 i. f., ACCARIAS, II, n° 627, p. 516, note 1, et BARON, § 131 i. f.

DE SAVIGNY, *Besitz*, § 27, D, semble se prononcer pour un constitut possessoire présumé plutôt que tacite. Nous l'avions suivi dans notre *Traité de la possession*, n° 93 i. f.; nous nous en sommes déjà séparé dans notre *Cours élémentaire de droit romain* II, § 446, 2°. Le système de de Savigny revient à admettre une tradition légale; or la possession étant un pur état de fait ne saurait être transférée par la loi; celle-ci est impuissante à l'attribuer à quelqu'un qui ne l'a point.

§ 165. *De la société générale d'acquêts.*

1° La société générale d'acquêts (*societas universorum quæ ex quæstu veniunt*(1)) est celle qui tend à mettre en commun le produit du travail des associés(2) ainsi que le revenu de leurs biens(3). Par voie de conséquence, elle comprend également les biens acquis

MAYNZ, II, § 230, et notes 5, 7, 8 et 9, tout en acceptant un constitut possessoire tacite, le subordonne à deux conditions spéciales : 1° à la volonté manifestée par chaque associé d'être en société ou en communauté, d'avoir les choses en commun, 2° à la volonté correspondante des associés d'avoir les choses en commun, ce qui suppose la connaissance des biens qu'il s'agit d'acquérir. Mais de deux choses l'une; ou chaque associé a fait à ses coassociés une déclaration de délivrance en présence des biens, ou pareille déclaration n'a pas eu lieu. Dans le premier cas, il y a une tradition *longa manu* tout à fait ordinaire; dans le second, la tradition n'existe pas. En réalité, Maynz voudrait étendre arbitrairement la notion de la tradition; il voit une tradition dans le contrat de société; car la volonté respective des associés d'être en communauté n'est pas autre chose que le consentement à la société. Il est vrai que Maynz sépare la volonté des associés d'être en communauté et l'engagement d'effcetuer les apports (note 7); mais cette distinction est intelligible.

La société universelle de biens, comme toute autre société, ne donne lieu qu'à une succession à titre particulier (DE SAVIGNY, *System* III, § 105, p. 16-17, et note h). Donc les dettes de chacun des associés ne passent pas en partie aux autres. Quant aux créances des associés, les autres disposent d'actions utiles pour leurs parts sociales, du moins en droit nouveau (ci-dessus T. I, § 66, II, 2, et 4°, *b*). Le D. *h. t.*, L. 3, pr., se rapporte à l'ancien droit; dans la compilation de Justinien, on doit l'entendre au point de vue de l'action directe naissant de la créance.

(1) D. *h. t.*, L. 7. On pourrait encore l'appeler société générale de gains. Cf. D. *h. t.*, L. 13, v^is^ Sed et si adjiciatur, ut et quæstus et lucri socii sint, verum est « non ad aliud lucrum, quam quod ex quæstu venit, hanc quoque adjectionem « pertinere », L. 71, § 1 initio, et D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 45, § 2 initio.

(2) D. *h. t.*, L. 8, « Quæstus enim intellegitur, qui ex operis cujus descendit », L. 52, § 8; D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 45, § 2 initio.

(3) D. *h. t.*, L. 7, v^is^ hoc est si quod lucrum ex .. locatione conductione descendit », et arg. de ce passage.

Voyez en ce sens UNTERHOLZNER, cité, II, § 524, n° IV, B, p. 381. Cf. MAYNZ, II, § 225 i f.

Contra MOLITOR, cité, II, n° 647; cet auteur n'admet la communauté que pour les fruits des biens acquis par le travail des associés.

à titre onéreux à l'aide de l'avoir social prémentionné, par vente(4), échange, etc., et ce qui vient s'ajouter par accession à ces différentes choses. Mais la société générale d'acquêts ne comprend, ni les biens présents des associés(5), ni les biens futurs acquis à titre gratuit(6); elle a donc beaucoup moins d'étendue que la société universelle de biens(7). D'un autre côté, la société générale d'acquêts doit pourvoir aux besoins des associés(8), entretenir leurs biens(9) et supporter les dettes relatives aux acquisitions dont elle profite(10); toutes autres dettes sont à la charge personnelle des membres(10).

2° Ici encore on s'en tient à la théorie ordinaire de la société. Seulement, le but social consiste dans la mise en commun et le partage des acquêts. Donc c'est la propriété des apports qui est transférée à la société(11) et leur prélèvement est exclu à la fin de la société(12).

3° Quelle société admettre si les parties se sont constituées en société d'une manière générale, sans indiquer le but social? Les contractants ne sauraient avoir eu en vue que la société universelle de biens ou la société générale d'acquêts; ce sont les seules sociétés ayant un caractère de généralité. On présume la seconde(13); elle est la moins large et, dans le doute, les conventions s'interprètent en faveur du promettant(14).

(4) D. *h. t.*, L. 7 i. f.

(5) Arg. D. *h. t.*, L. 7 i. f., L. 8.

(6) D. *h. t.*, L. 9-11, L. 71, § 1; D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 45, § 2 i. f. La société ne s'étend pas non plus à la dot reçue par l'un des associés; cette acquisition ne rentre sous aucune des catégories de biens attribués à la communauté. Les choses provenant du délit des associés sont évidemment exclues (arg. D. *h. t.*, L. 53). Cf. ci-dessus T. III, § 164, I i. f. — (7) Cf. § 164, I.

(8) Cette obligation ne s'applique aux frais d'établissement des enfants des associés que pour autant que les biens propres de ces derniers sont insuffisants. Cf. ci-dessus T. III, § 164, I, et notes 19-20.

La charge d'entretenir les associés est reconnue par UNTERHOLZNER, cité, II, § 524, n° IV, B, p. 381.

(9) UNTERHOLZNER, l. c. — (10) D. *h. t.*, L. 12.

(11) Cf. ci-dessus T. III, § 153, 2° i. f.

(12) § 160 i. f., de même que la garantie du chef de l'éviction ou des vices des apports; cf. ci-dessus T. III, § 154, note 11 i. f. — (13) D. *h. t.*, L. 7.

(14) Cf. ci-dessus T. II, § 100bis, I, B, 4°.

§ 166. *Des sociétés publiques.*

SALKOWSKI, *Quæstiones de jure societatis præcipue publicanorum*, Kœnigsberg, 1859.
Le même, *Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen, inbesondere den sogenannten corporativen Societäten und Genossenschaften*, § 5, Leipzig, 1863.
COHN, *De natura societatum juris romani, quæ vocantur publicæ*, Berlin, 1870.
Le même, *Zum römischen Vereinsrecht, Abhandlung* VII, Berlin, 1873.

I. Nous appelons sociétés publiques (*societates publicæ*(1)) celles qui constituent des personnes civiles. Ces sociétés, en leur qualité de personnes civiles, existent vis-à-vis des tiers; elles ont un caractère public; c'est ce qui justifie le nom que nous leur avons donné. A cette catégorie appartiennent les importantes sociétés pour l'exploitation des revenus publics, les *societates vectigalium*(2) *vel vectigalium publicorum*(3), plus connues sous le nom de sociétés de publicains, *societates publicanorum*(4), ainsi que les sociétés pour l'exploitation des mines d'or ou d'argent et des salines *societates aurifodinarum vel argentiofdinarum et salinarum*(5). — L'Etat romain donnait à ferme un grand nombre de ses revenus(6). Cette

(1) L'expression elle-même n'est pas employée dans nos sources. Mais le D. *h. t.*, L. 59, pr. initio, oppose aux sociétés de publicains, qui sont des personnes civiles, les sociétés dépourvues de cette qualité, en appelant les dernières *societates privatæ*. Dès lors on est autorisé à appliquer aux sociétés personnes civiles la dénomination de *societates publicæ*. Il est vrai qu'en vertu de la loi précitée cete désignation n'est justifiée que pour les sociétés des publicains, et qu'ici elle trouve un appui particulier dans le but social, l'exploitation des *vectigalia publica*. L'expression n'en convient pas moins aux autres sociétés personnes civiles, à raison de leur caractère public.

En ce sens PUCHTA, *Institut.* II, § 192, *Pand.*, § 26, et *Vorles.* I. *eod.*

Cf. DE SAVIGNY, *System* II, § 88, note h i. f.; l'auteur se contente d'appeler *societates privatæ* les sociétés ne jouissant pas de la personnalité civile.

Voyez encore COHN, *De natura societatum*, c. 1, b, note 1, et *passim*, et *Vereinsrecht*, n° VII, p. 156, et *passim*.

(2) D. *h. t.*, L. 59, pr. initio, L. 63, § 8 initio.

(3) D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 1, pr. Cf. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 17, § 1, cbn. avec L. 16 i. f.

(4) Cf. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 16; D. 39, 4, *de public.*, L. 1, § 1, L. 12, § 3, L. 13, pr. — (5) D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 1, pr.

(6) VARRON, *de lingua lat.* VI, 11 (édition BRUNS).

location comprenait d'abord les biens de l'État et surtout les terres de labour(7) et les pâturages(8) de l'*ager publicus*, les mines d'or ou d'argent et les salines de l'État(9), enfin le droit de pêche dans les fleuves et les lacs publics(10); la redevance pour les terres arables du domaine public s'appelait *vectigal decumæ*(11), celle payée pour les pâturages publics *scriptura pecoris*(12). On louait de même plusieurs impôts, tels que les droits de port et de douane (*portoria*)(13), l'impôt sur les mines et salines des particuliers(14), l'impôt de 5 °/₀ sur les hérédités testamentaires (*vicesima hereditatum*)(15), etc.(16). Dans ces derniers cas, le contrat constituait une *locatio conductio operis;* le fermier se chargeait du recouvrement de l'impôt, et, gardant le produit pour lui, il s'engageait à payer une certaine somme à l'État(17). Les divers revenus prémentionnés étaient loués aux

(7) TITE-LIVE, XXVII, 3, XLII, 19; CICÉRON, *de lege agraria* II, 19.

(8) VARRON, *de re rustica* II, 1, § 16 (BRUNS); CICÉRON, *in Verrem*, Actio II, lib. 2, c. 70.

(9) DION CASSIUS, LII, 28; POLYBE, VI, 17 (15). Voyez encore le D. 39, 4, *de public.*, L. 13, pr., qui mentionne des mines de craie, L. 15, qui parle de carrières, et le D. 50, 16, *de V. S.*, L. 17, § 1, où il est question de mines de poix (*picariæ*); cf. sur ces dernières mines PLINE, *Hist. natur.* XVI, 12.

(10) POLYBE, VI, 17 (15); D. 43, 14, *ut in flum. publ. navig. lic.*, L. un., § 7.

(11) parce que la rétribution à payer à l'État pour la jouissance des terres labourables de l'*ager publicus* était d'un dixième de la récolte. Cf. APPIEN, *de bell. civil.* I, 7.

(12) *pseudo*-ASCONIUS *in Ciceronis divinationem* 33, par le motif que le fermier sous-louait le pâturage moyennant une redevance par tête de bétail, ce qui exigeait des *annotations* pour le règlement de la redevance (FESTUS, *de verb. signific.*, v° SCRIPTURARIUS).

(13) TITE-LIVE, II, 9, XXXII, 7, XL, 51; D. 50, 16, *de V. S.*, L. 17, § 1.

(14) Cf. TITE-LIVE, XXXIV, 21, XLV, 29, et D. 50, 16, *de V. S.*, L. 17, § 1.

(15) DION CASSIUS, LV, 25; PLINE, *Panég. de Trajan* XXXVII, 29.

(16) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 17, § 1, v^is^ vectigal..venalium rerum; TACITE, *Ann.* I, 78.

Sous Auguste, la location des terres de l'*ager publicus* se perdit faute d'objet et, sinon sous cet empereur du moins peu de temps après lui, la location des pâturages publics disparut également Cf. COHN, *De natura societatum*, c. 1, c, p. 9.

(17) Cf. ci-dessus T. II, § 122, 2°, *b* i. f.

L'État romain louait encore des fournitures et des travaux publics, *opera*, *ultro tributa* (*Lex municipalis Malacitana*, c. 63 initio; VARRON, *de lingua lat.* VI, 11 (édition BRUNS); TITE-LIVE, XXXIX, 14; POLYBE, VI, 17 (15)) et parfois aussi des villes louaient des impôts (D. 39, 4, *de public.*, L. 13, § 1). Seulement, les sociétés

enchères par le censeur(18), d'après un cahier des charges (*tabulæ censoriæ*) qui contenait les conditions de l'adjudication (*leges censoriæ*)(19). La location se faisait généralement pour un terme de cinq ans(20) et pour un prix payable à la fin de chaque année(21), On louait tantôt l'ensemble des revenus, tantôt séparément un ou plusieurs revenus d'une région déterminée, par exemple d'une province(22). Ce furent ces locations qui provoquèrent la formation des sociétés des publicains; ceux-ci recevaient les qualifications spéciales de *publicani decumani*, de *publicani scripturarii vel pascuarii* et de *publicani portitores*, selon que la location avait pour objet des terres arables, des pâturages ou bien des droits de port et de douane(23). On les appelait aussi *redemptores*(24), parce que la location des impôts formait une entreprise(25). Jusque vers le siècle de Cicéron, ces sociétés de publicains étaient entourées d'une grande considération(26) et se composaient le plus souvent de chevaliers romains(27); mais depuis lors elles dégénérèrent complètement(28).

qui prenaient à ferme des impôts des villes, ne jouissaient certainement pas de la personnalité civile (arg. D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 1, pr., vis vectigalium *publicorum* sociis, cbn avec D. 50, 16, *de V. S.*, L. 17, § 1, L. 16). Nous pensons qu'il en était de même des sociétés concessionnaires de fournitures et de travaux publics, peu importe que le mot *publicanus* pris dans un sens large désigne une personne quelconque qui se rend adjudicataire vis-à-vis de l'État (TITE-LIVE, XXIII, 48-49, XXV, 3-5, XXXIX, 44) et partant que les sociétés prémentionnées soient également appelées sociétés de publicains Arg. D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 1, pr. *Non obstat* VARRON, *de lingua lat.* VI, 11 (édition BRUNS). — (18) VARRON, l. c.

(19) PLINE, *Hist. natur.* XVIII, 3, XXXIII, 21 (4).

(20) VARRON, *de lingua lat.* VI, 11 (édition BRUNS); D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 3, § 6. Parfois, le délai était réduit à 3 ans (C. 4, 61, *de vectig.*, L. 4) ou bien, sans doute pour les mines, porté à 100 ans. Cf. BARON, § 303, 2° initio, et SALKOWSKI, *Bemerkungen*, § 5 initio.

(21) Arg. D. 39, 4, *de public.*, L. 10, § 1. Cf. VARRON, *de lingua lat.* VI, 11.

(22) Arg. D. 19, 2, *loc.*, L. 60, § 8, et D. 43, 14, *ut in flum. publ. navig. lic.*, L. un., § 7. — (23) *pseudo*-ASCONIUS *in Ciceronis divinationem* 33.

(24) D. 19, 2, *loc.*, L. 60, § 3; D. 39, 4, *de public.*, L. 15 initio.

(25) Cf. ci-dessus T. II, § 122, 2°, *b* i. f.

(26) CICÉRON, *pro lege Manilia* 7, *pro Plancio* 9. — (27) CICÉRON, *pro Plancio* 9.

(28) CICÉRON, *ad Quintum fratrem* I, *epist.* 1, et TITE-LIVE, XIV, 17; D. 39, 4, *de public.*, L. 12, pr. « Quantæ audaciæ, quantæ temeritatis sint publicanorum « factiones, nemo est qui nesciat. Idcirco prætor ad compescendam eorum audaciam hoc edictum proposuit ».

Elles constituaient des personnes civiles, soit en vertu d'une loi particulière, soit par l'effet d'un usage constant(29). La société des

Le préteur les rendit responsables au double du dommage causé par leur délit ou par celui des employés de leur famille (D. *eod.*, L. 1, pr. et § 5, L. 3, § 1, L. 5, § 1, L. 12, pr. et § 2), à moins de restituer la chose provenant du délit (D. *eod.*, L. 1, pr. et § 4 initio, L. 12, § 1), sans préjudice de la responsabilité de droit commun (D. *eod.*, L. 1, § 4 i. f., L. 3, pr. initio). Cf. ci-après § 217, I initio.

(29) 1° Le passage capital sur ce point est le D. 3, 4, *quod. cujusc. univ.*, L. 1, pr., emprunté à Gaius. Il attribue la personnalité civile aux *associés pour la ferme des revenus publics* et pour l'exploitation des mines d'or ou d'argent ainsi que des salines (ut ecce *vectigalium publicorum sociis* permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum). Donc la société pour le recouvrement des revenus publics forme une corporation reconnue (voyez encore L. 1 cit., § 1, vis societatis nomine), et ce caractère lui appartient alors même qu'elle n'a pour objet, ni l'exploitation de mines d'or ou d'argent ou bien de salines de l'État, ni la perception de l'impôt sur des mines d'or ou d'argent ou bien sur des salines de particuliers. Si Gaius mentionne spécialement les sociétés pour l'exploitation des mines d'or ou d'argent et des salines, il le fait, non pas pour restreindre à ce cas particulier la personnalité civile des sociétés de publicains, mais pour étendre la personnalité civile à un autre groupe de sociétés.

2° Viennent encore à notre appui le D. *h. t.*, L. 59, pr., et L. 63, § 8, qui, en déclarant la société des publicains transmissible aux héritiers, prouvent son caractère exceptionnel, TACITE, *Ann.* XIII, 50, TITE-LIVE, XXIII, 49 initio, le D. 46, 1, *de fidej.*, L. 22 i. f., le D. 47, 2, *de furt.*, L. 31, § 1 i. f., et le D. 37, 1, *de bonor. poss.*, L. 3, § 4, qui admettent expressément ou implicitement l'existence de sociétés personnes civiles.

Voyez en notre sens DE SAVIGNY, *System* II, § 88, n° II, C i. f., PUCHTA, *Institut.* II, § 191, 4° initio, et *Pand.*, § 26, 4°, SALKOWSKI, *Quæstiones de jure societatis*, *Quæstio* II, § 2, et *Bemerkungen*, § 5, p. 30-33 et 41, ARNDTS, § 42, et *Anm.* 3, MAYNZ, II, § 227, 1°, et BARON, § 30, 6°, et § 303, 2° i. f. Cependant, SALKOWSKI (*Quæstiones de jure societatis*, *Quæstio* II, § 2, p. 29-31, et *Bemerkungen*, § 5, p. 30-32) est d'avis que, pendant une première période, qui aurait déjà pris fin au siècle de Cicéron, les sociétés de publicains ne jouissaient point de la personnalité civile. Cette appréciation n'est pas justifiée par l'auteur.

D'après COHN (*De natura societatum*, c. 3, p. 26-44, et *Vereinsrecht*, n° VII, p. 155-185), les sociétés de publicains n'auraient nullement possédé la personnalité civile. L'auteur admet seulement que les publicains, en tant qu'ils s'occupaient de l'exploitation des mines d'or ou d'argent et des salines de l'État romain, formaient des personnes civiles et spécialement des collèges de personnes exerçant la même industrie, comme les collèges des bateliers et des boulangers. Il conjecture que le but de ces collèges de publicains aurait été de pourvoir aux funérailles de leurs membres. De son côté, WEISKE (*Ueber Corporationen nach römischen und teutschen Rechtsbegriffen*, p. 137, Leipzig, 1848) se prononce pour des

publicains contractait avec l'État par l'intermédiaire d'un représentant nommé *manceps*(30), qui était l'un des associés et généralement l'associé le plus considérable(31). C'était lui qui paraissait aux enchères(32). Devenu adjudicataire, il était tenu pour le tout envers l'État(33), à l'instar de l'associé commandité dans notre société en commandite moderne(34). Pour assurer l'exécution de ses obligations, il fournissait à l'État des cautions appelées *prædes*(35); ses coassociés servaient naturellement à cette fin(36); les *prædes* étaient obligés solidairement avec le *manceps*(37). Ou bien le *manceps* engageait des immeubles à l'État (*prædia subsignare*)(38); cet engagement se faisait par une simple convention et transférait à l'État la propriété des biens engagés, à charge de les restituer après avoir été satisfait, comme s'il y avait eu mancipation avec fiducie(39). Cette garantie personnelle ou réelle accordée à l'État romain

collèges de personnes s'adonnant à l'exploitation des mines; le but de ces collèges aurait été de venir au secours des membres nécessiteux ou frappés d'accidents.

(30) FESTUS, *de verb. signific.*, v° MANCEPS dictus, quod manu capiatur. MANCEPS dicitur, qui quid a populo emit conducitve, quia manu sublata significat « se auctorem emptionis esse... ». Le *manceps* s'appelait encore *præs* (FESTUS, vis MANCEPS et PRÆS) ou *redemptor*, car anciennement ce dernier mot était restreint à ceux qui s'engageaient à faire quelque chose envers l'État pour un certain prix (FESTUS, v° REDEMPTORES).

(31) *pseudo*-ASCONIUS *in Ciceronis divinationem* 33, vis MANCIPES sunt publicanorum principes...

(32) FESTUS, v° MANCEPS, passage transcrit à la note 30.

(33) *pseudo*-ASCONIUS *in Ciceronis Verrinam* II, 1, § 142.

(34) BARON, § 303, 2°. — MOLITOR, cité, II, n° 673 i. f.

(35) FESTUS, v° PRÆS est is, qui populo se obligat, interrogatusque a magistratu, si præs sit, ille respondet : præs; *Pseudo*-ASCONIUS *in Ciceronis Verrinam* II, 1, § 142, vis sunt.. PRÆDES homines, i. e. fidejussores... Voyez encore FESTUS, v° COMPRÆDES ejusdem rei populo sponsores.

(36) SALKOWSKI, *Bemerkungen*, § 5, p. 30-31.

(37) Arg. *pseudo*-ASCONIUS *in Ciceronis Verrinam* II, 1, § 142 i. f.

(38) *Lex municipalis Malacitana*, c. 64; VARRON, *de lingua lat.* V, 40 (édition BRUNS), Prædia dicta... a præstando, quod ea pignore data publice mancupis fidem præstent. Voyez SALKOWSKI, *Bemerkungen*, § 5, p. 30.

Les immeubles étaient au préalable estimés par des experts, *cognitores*, qui répondaient de l'exactitude de leurs évaluations (*Lex municipalis Malacitana*, c. 63-65).

(39) Cf. loi citée, c. 64-65. — MAYNZ, I, § 24, et note 16.

s'appellait *cautio prædibus prædiisque*(40). Si l'État n'était pas payé à l'échéance, au lieu de poursuivre lui-même le payement en justice, il vendait aux enchères sa créance contre le *manceps* avec tous ses accessoires (*vendere prædes et prædia*)(41). Ce mode de recouvrement des impôts et avec lui les sociétés de publicains se sont maintenus jusque dans la législation de Justinien(42), sauf que le système de garantie résultant des *prædes* et des *prædia* se perdit à l'époque classique(43). — Indépendamment des sociétés de publicains, étaient reconnues comme personnes civiles les sociétés qui avaient pour objet l'exploitation des mines d'or ou d'argent et des salines des particuliers(44), sans doute par analogie des sociétés de publicains qui avaient affermé les mêmes mines de l'Etat. Mais nous ne connaissons que le fait de l'existence de cette catégorie de sociétés personnes civiles(45).

(40) Cf. *Lex municipalis Malacitana*, c. 63-65, et *pseudo*-ASCONIUS *in Ciceronis Verrinam* II, 1, § 142 i. f.

Voyez sur cette caution ZIMMERMAN, *De notione et historia cautionis prædibus prædiisque*, Berlin, 1857, et RIVIER, *Untersuchungen über die cautio prædibus prædiisque*, Berlin, 1863.

(41) Voire même *vendere prædes, prædia et cognitores*; cf. note 38 i. f. (*Lex municipalis Malacitana*, c. 64-65; CICÉRON, *in Verrem*, Actio II, lib. 1, c. 54, et *Philippique* II, 31).

De là les expressions de *prædiatura* (GAIUS, II, 61), de *prædiatores* (GAIUS, l. c.; D. 23, 3, *de jur. dot.*, L. 54, rubrique) et de *jus prædiatorium* (CICÉRON, *pro Balbo* 20; VALÈRE-MAXIME, VIII, 12, § 1) pour désigner respectivement la vente elle-même dont il s'agit, ceux qui avaient l'habitude de s'y porter acheteurs et le droit sur la matière. Voyez encore *Lex municipalis Malacitana*, c. 64, vis *lege prædiatoria*.

(42) D. 39, 4, *de public.*; C. 4, 61, *de vectig. et comm.*, L. 4-6; C. 4, 62, *vectig. nova inst. non posse*, L. 4.

(43) Il est mentionné en dernier lieu par Gaius (I. II, 61; D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 54). Pour le droit postérieur voyez le D. 39, 4, *de public.*, L. 9, pr., et le C. 7, 73, *de privil. fisci*, L. 3.

(44) D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 1, pr. Cf. D. *h. t.*, L. 63, § 8, vis societates vectigalium *ceterorumque*.

(45) Les collèges des forgerons (D. 27, 1, *de excus.*, L. 17, § 2 initio; D. 50, 6, *de jure immun.*, L. 6 (L. 5, édition Kriegel), § 12 initio), des bateliers (D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 1, pr. i. f.) et des boulangers (même texte), quoique investis également de la personnalité civile, étaient d'une tout autre nature. C'étaient des corps de métiers, c'est-à-dire des groupes de personnes exerçant la même profession (D. 50, 6, *de jure immun.*, L. 6 (L. 5, Kriegel), § 12 initio), mais chacune pour son propre compte.

II. Les sociétés publiques ont un double caractère; ce sont en même temps des sociétés ordinaires et des personnes civiles. Chacune de ces qualités opère en un sens propre. La qualité de société opère à l'intérieur, entre les associés; ceux-ci, en ce qui concerne les rapports qu'ils ont entre eux, sont pleinement soumis à la théorie commune de la société. La qualité de personnecivile opère à l'extérieur, à l'égard des tiers; toutes les fois qu'il s'agit des relations de la société publique avec les tiers, apparaît l'être fictif, entièrement distinct des associés; c'est cet être fictif qui, vis-à-vis des tiers, porte seul les droits et les obligations résultant de la société(46). Pour déterminer les effets des sociétés publiques, il faut appliquer d'après les circonstances l'un ou l'autre de ces principes.

1° Chaque associé est tenu d'effectuer l'apport qui lui est imposé par le contrat de société(47). Mais, tandis que dans la société privée l'apport est fait aux coassociés individuellement, ici il est fait à la personne civile; les choses corporelles et les droits apportés par les associés, soit immédiatement lors la conclusion de la société, soit plus tard, entrent dans le patrimoine de l'être moral; celui-ci devient propriétaire(48), créancier(49), etc. Il se forme ainsi un patrimoine propre et indépendant des patrimoines particuliers des associés(50).

2° Le but social doit être commun à tous les associés; chacun doit avoir une part dans les bénéfices(51). Quant aux pertes, chaque associé les supporte de la manière convenue, comme dans la société privée(52).Mais, vis-à-vis des tiers créanciers de la société publique, les associés ne sont point personnellement obligés; les créanciers n'ont d'action que contre la personne civile et sur le patrimoine de

(46) Cf. SALKOWSKI, *Bemerkungen*, § 3, p. 16-18, et MAYNZ, II, § 227, note l.

(47) Arg. D. *h. t.*, L. 65, § 15. Cf. ci-dessus T. III, § 153, 2°, et § 154, I, 1° et 2°.

(48) Arg. D. 1, 8, *de divis. rer.*, L. 1, pr., vis « Quæ publicæ sunt, nullius in « bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur.. ».

(49) Arg. D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 7, § 1. « Si quid universitati debetur, « singulis non debetur.. r.

(50) D. *eod.*, L. 1, § 1. « Quibus autem permissum est corpus habere collegii « societatis sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei « publicæ habere res communes, arcam communem.. ».

(51) CICÉRON, *pro Rabirio Post.* 2. Cf. ci-dessus T. III, § 153, 3°. — (52) § 153, 3°.

celle-ci; car ils ont pour débiteur l'être fictif et non les associés. Il s'ensuit que les associés ne sont tenus envers les tiers que jusqu'à concurrence de leurs apports, qui ont servi à constituer le patrimoine de la personne civile; les sociétés publiques sont des sociétés de capitaux plutôt que de personnes. En ce qui regarde particulièrement les sociétés de publicains, il paraît que le capital social était décomposé en un certain nombre d'actions (*partes*), c'est-à-dire de tantièmes égaux du capital(53); les publicains n'étaient obligés envers l'État romain que pour le montant de leurs actions; seuls le *manceps* et ses *prædes* étaient débiteurs personnels de l'Etat sur l'ensemble de leurs biens(54). Les sociétés de publicains formaient donc, pour employer une expression moderne, des sociétés en commandite par actions, où le *manceps* et les *prædes* étaient les associés commandités et les autres membres de simples associés commanditaires(55). Il arrivait que, lors de la constitution d'une société de publicains, on ne répartissait entre les associés qu'une partie des actions, en réservant le surplus pour une émission ultérieure en faveur de tiers(56). Si effectivement les actions ainsi réservées étaient vendues plus tard, les acheteurs ne devenaient pas associés, puisqu'ils n'avaient pas été acceptés comme tels. Il n'intervenait qu'une vente ordinaire entre la société et le tiers acheteur.

(53) CICÉRON, *pro Rabirio Post.* 2, et *in Vatin.* 12; D. *h. t.*, L. 59, pr.

(54) Cf. le nº 1 du présent paragraphe.

(55) Cf. *pseudo*-ASCONIUS *in Ciceronis divinationem* 33, vis Hi enim (*scilicet* « *mancipes*) exigenda a sociis suo periculo exigunt et rei publicæ repræsentant, « providentes etiam in illa redemptione commodis suis.. ». Il est possible cependant que les *socii* dont il est question dans ce passage, soient les *socii populi romani*, c'est-à-dire les contribuables.

Voyez dans le sens indiqué ci-dessus BARON, § 303, 2º. Cf. MOLITOR, cité, II, nº 673 i. f. Contra SALKOWSKI, *Bemerkungen*, § 5, p. 36, et note 49, et p. 38-41.

Telle était du moins la situation juridique à l'égard de l'État romain. Si, par l'intermédiaire de son représentant, la société des publicains s'obligeait envers des particuliers, les associés comme tels n'étaient pas obligés envers les tiers créanciers; la société seule était liée ainsi que son représentant. Cf. ci-après le nº II, 4º, de ce paragraphe.

(56) Arg. VALÈRE-MAXIME, VI, 9, § 7, vis T. Aufidius quum Asiatici publici « exiguam admodum particulam habuisset... », et PLINE, *Epist.* VII, 14, vis sed ex « nongentis, quanti a publicanis partem vicesimam emisti... ».

Celui-ci était débiteur du prix de vente, lequel était versé dans la caisse sociale. De son côté, il était créancier de la société pour le produit de l'action qu'il avait achetée; il était inscrit en cette qualité sur les registres de la société. Supposons une société de publicains à 100 actions; les associés en prenaient pour leur compte 50, en réservant les 50 autres. L'acheteur de chaque action avait droit à 1/100 du produit des opérations sociales. Si l'on ne parvenait pas à vendre les actions réservées, il faut bien admettre qu'elles accroissaient aux associés en proportion des parts qui leur avaient été directement attribuées(57). De même, chaque publicain était libre de vendre à un tiers ses actions sociales, soit en tout, soit en partie(58). Ici encore l'acheteur n'entrait nullement dans la société; car il n'avait pas été admis comme coassocié par les autres publicains; la société persistait entre le vendeur et ses coassociés. Il n'y avait qu'une simple vente entre le publicain vendeur et le tiers acheteur. Celui-ci devait payer à son cocontractant le prix convenu et avait droit vis-à-vis de lui au produit de l'action qu'il avait achetée. Il ne s'établissait des relations juridiques entre lui et la société que si celle-ci consentait à inscrire l'action vendue sur le registre social au nom de l'acheteur; moyennant cette inscription, la société était obligée de lui payer le produit de l'action; mais le vendeur restait associé à l'exclusion de l'acheteur(59). Les actions dans les sociétés des publicains pouvant ainsi faire l'objet de marchés, on comprend qu'elles étaient soumises à la hausse et à la baisse(60).

3° Les règles générales sur l'administration des affaires sociales sont aussi applicables aux sociétés publiques(61). Mais en fait ces

(57) Cf. SALKOWSKI, *Quæstiones de jure societatis*, *Quæstio* VI, n° II, p. 63-64, et *Bemerkungen*, § 5, p. 40-41.

(58) CICÉRON, *in Vatin.* 12, vis Eripuerisue partes illo tempore carissimas, « partim a Cæsare, partim a publicanis? ». Il faut admettre que dans l'espèce de ce passage César était lui-même publicain.

Rien ne s'opposait non plus à un transfert à titre gratuit de la part sociale (CICÉRON, *pro Rabirio Post.* 2, vis dare partes).

(59) Cf. SALKOWSKI, *Quæstiones de jure societatis*, *Quæstio* VI, p. 64-65, et *Bemerkungen*, § 5, p. 39-40.

(60) CICÉRON, *in Vatin.* 12, vis partes illo tempore carissimas.

(61) Cf. ci-dessus T. III, § 154, I, 3°.

sociétés, à raison de leur importance, sont administrées par des gérants, que désignent les associés. Notamment, à la tête de la société des publicains est placé un directeur, *magister*(62), élu par l'assemblée générale des associés(63), sans doute à la majorité absolue des voix(64) et d'ordinaire pour le terme d'un an(65). Il est naturel que le plus souvent ce fût l'un des associés(66), quoiqu'il pût en être autrement. Ses pouvoirs sont ceux d'un mandataire général(67). Il est aidé dans son administration par des sous-directeurs, *promagistri*(68), dont la nomination dépendait vraisemblablement de lui; chaque sous-directeur exerce ses fonctions dans une région déterminée. Enfin, dans les villes d'une certaine importance sont établis des agents locaux, *operam dantes*(69), pour ne pas parler des emplois subalternes et surtout des écritures qui sont généralement confiés à des esclaves(70). Les associés se réunissent quelquefois en assemblée générale, par exemple pour la nomination annuelle du directeur(71).

4° La société publique, à raison de sa personnalité civile, a un patrimoine complètement distinct des patrimoines de ses membres. Nous avons déjà eu l'occasion d'appliquer ce principe aux apports à effectuer par les différents associés(72); ces apports sont dus à l'être fictif; le soin de leur recouvrement incombe au *magister*, qui dispose

(62) Festus, *de verb. signific.*, v° Magisterare; Cicéron, *pro Plancio* 13, et *in Verrem*, Actio II, lib. 2, c. 74.

(63) Cf. Cicéron, *in Verrem*, Actio II, lib. 2, c. 70-71.

(64) Arg. D. 50, 1, *ad municip.*, L. 19. On tenait probablement compte de l'importance des parts sociales pour la fixation de la majorité (arg. D. 2, 14, *de pact.*, L. 8 initio). — (65) Cicéron, *in Verrem*, Actio II, lib. 2, c. 74.

(66) D. *h. t.*, L. 59, pr. i. f.; D. 39, 4, *de public.*, L. 9, § 4.

(67) D. 2, 14, *de pact.*, L. 14. Cf. ci-dessus T. III, § 135, 1°.

(68) Cicéron, *ad Attic.* XI, 10, *ad famil.* XIII, 65, et *in Verrem*, Actio II, lib. 2, c. 70.

(69) D. 4, 6, *ex quib. caus. maj.*, L. 34, § 1; D. 50, 5, *de vacat. et excus. mun.*, L. 8, § 1; Cicéron, *ad famil.* XIII, 9; Valère-Maxime, VI, 9, § 8.

(70) D. 39, 4, *de public.*, L. 1, pr. et § 5, L. 12, § 1-2. Les *promagistri* et les *operam dantes* étaient souvent des associés (D. 50, 5, *de vacat. et excus. mun.*, L. 8, § 1).

(71) Cicéron, *in Verrem*, Actio II, lib. 2, c. 70-71. Cf. Salkowski, *Bemerkungen*, § 5, p. 37-38. — (72) Cf. le n° II, 1°, du présent paragraphe.

à cette fin de l'action *pro socio* au nom des associés(73). L'apport effectué entre dans le patrimoine de l'être fictif(74). Il en est de même des autres acquisitions faites pendant la durée de la société par l'un des représentants de la personne civile; si le représentant stipule d'un tiers, le bénéfice de la stipulation est acquis à la personne civile(75). Mais le patrimoine de la société publique comprend aussi des dettes. Toutes les fois que l'un de ses représentants s'engage par contrat envers un tiers dans les limites de ses pouvoirs, il oblige l'être moral au moins à une action utile(76); lui-même n'est tenu personnellement de répondre à l'action du tiers que s'il ne lui a pas fait connaître sa qualité lors du contrat(77), le tout d'après la théorie commune du mandat(78). Le principal créancier de la société des publicains est l'État romain; le *manceps*, en prenant à ferme les revenus publics au nom de l'être fictif, outre qu'il s'oblige personnellement, oblige aussi la société envers l'État pour le montant de l'enchère; le soin de ce payement, d'ordinaire périodique, incombe au *magister*(79); s'il n'est pas effectué, l'État peut réclamer la résiliation du contrat de bail, avec des dommages et intérêts pour toute sa durée(80). Ces différentes dettes de la société publique ne sont pas des dettes des

(73) Cf. D. *h. t.*, L. 65, § 15. L'associé ainsi poursuivi au nom de la société ne peut pas compenser sa dette avec une créance qu'il a contre ses coassociés; car on n'est pas admis à compenser avec des créances contre des tiers (D. 16, 2, *de compens.*, L. 23).

(74) Arg. D. 1, 8, *de divis. rer.*, L. 1, pr. i. f., et D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 7, § 1 initio. Nous avons vu également (n° II, 2°, du présent paragraphe) que si la société des publicains vendait à des tiers des parts réservées lors de sa constitution, le prix de vente de ces parts était acquis à la personne civile.

(75) Arg. D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 5, § 7 et 9.

(76) Arg. D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 27.

(77) Cf. L. 27 cit., D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 5, § 8, D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 35, § 1, et D. 50, 8, *de admin. rer. ad civit. pertin.*, L. 5, § 1 (L. 3, § 2, édition Kriegel).

(78) Cf. ci-dessus T. II, § 111, III.

(79) Cf. le n° I i. f. du présent paragraphe. Cette créance de l'État est, comme toute autre créance fiscale, garantie par une hypothèque légale générale sur les biens de la société des publicains (arg. C. 7, 73, *de privil. fisci*, L. 3; D. 50, 6, *de jur. immun.*, L. 6 (L. 5, Kriegel), § 10).

(80) D. 39, 4, *de public.*, L. 10, § 1. Parfois aussi le sénat accordait une réduction de prix ou même la résiliation du contrat (TITE-LIVE, XXIII, 49, XXXII, 44, XLIII, 16).

associés; les tiers créanciers ont action contre l'être moral et sur le patrimoine de celui-ci; ils n'en ont ni contre les associés, ni sur les biens personnels des associés; *quod debet universitas singuli non debent*(81). Enfin, la société publique a encore des obligations envers ses membres. Chaque publicain a droit à sa part dans le produit des opérations sociales de chaque année; ce produit comprend les revenus perçus, déduction faite des frais de perception et du fonds de réserve(82); la distribution des bénéfiecs incombe au *magister*, qui peut être poursuivi par l'action *pro socio*(83).

5° A la différence de la société privée, la société publique ne prend pas fin par la renonciation ou le décès de l'un de ses membres. — D'un côté, les associés n'ont pas le droit de renoncer à la société. Si dans la société ordinaire un pareil droit appartient aux associés, c'est d'abord parce que la prospérité de la société dépendant du dévouement spontané de tous ses membres, l'intérêt commun exige sa dissolution du moment que l'un des sociétaires désire se retirer, c'est ensuite parce qu'une société maintenue contre le gré d'un associé serait une source de contestations et de procès(84). Or, ces considérations ne s'appliquent guère à la société publique. D'ordinaire celle-ci étant contractée entre un grand nombre de personnes, et l'administration confiée à une seule de ces personnes, voire même à un tiers, le maintien forcé de la société n'empêche pas sa prospérité et fait beaucoup moins craindre des contestations. D'ailleurs, chaque associé peut céder sa part sociale et se rendre ainsi en fait étranger à la société(85). — D'un autre côté, la société publique ne se dissout pas en général par le décès de l'un de ses

(81) D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 7, § 1 i. f.

(82) Nous supposons que les mises des associés équivalent aux fermages dus à l'État, sinon il y a encore lieu de tenir compte de la différence, en plus ou en moins, des mises. Cf. SALKOWSKI, *Bemerkungen*, § 5, p. 44-42.

(83) Arg. D. *h. t.*, L. 63, § 8, L. 65, § 14. La même distribution est due aux tiers acquéreurs de parts sociales qui ont été cédées soit par la société, soit par un publicain avec inscription du transfert dans les registres sociaux. Cf. ci-dessus le n° II, 2° i. f., du présent paragraphe. — (84) Cf. ci-dessus T. III, § 158, III initio.

(85) Arg. D. *h. t.*, L. 63, § 8, *vis* in voluntaria societate (ci-après note 94 du présent paragraphe). En ce sens TREITSCHKE, *Traduction allemande du Corpus*

membres. La société privée cesse de cette manière par le motif que la considération de la personne des différents coassociés est la cause déterminante du contrat(86). Dans la société publique, qui le plus souvent compte un grand nombre de membres et est administrée par une seule personne, l'individualité des coassociés a bien moins d'importance; on y a égard au capital que chacun met en commun, beaucoup plus qu'à sa personnalité; c'est une société de capitaux plutôt que de personnes. La société publique continue donc après la mort de l'un de ses membres; elle subsiste entre les membres survivants(87). Quant à l'héritier du défunt, sans devenir associé en titre(88), il succède aux droits et aux obligations de son auteur; il est inscrit pour la même part sociale sur les registres de la société(89) et le contrat continue de produire ses effets à son égard, sinon comme société(90), au moins comme convention *sui generis*(91). La mort d'un associé ne dissout la société publique que si les qualités personneles du défunt ont déterminé la conclusion du contrat, et notamment si la gestion des affaires sociales de la part du défunt était la condition de la société(92). Il va de soi que les membres survivants de la société publique ont la faculté d'admettre comme associé pur et simple l'héritier du défunt(93) et il est permis de convenir à l'avance, lors

juris, *ad h. t.*, note 150, et BARON, § 303, 2°. Cf. SALKOWSKI, *Bemerkungen*, § 5, p. 44. — (86) Cf. ci-dessus T. III, § 158, IV initio. — (87) D. *h. t.*, L. 63, § 8.

(88) L. 63, § 8, cit., vis Et circa..... adscitus.

(89) L. 63, § 8, cit., vis verumtamen omne emolumentum....., L. 59, pr., vis in societate vectigalium..... æstimandum est.

(90) On n'applique donc pas à l'héritier les règles propres à la société : la responsabilité spéciale des associés, le bénéfice de compétence et l'infamie en cas de dol; cf. ci-dessus T. III, § 154, I i. f. L'action *pro socio* ne se donne ni à l'héritier, ni contre lui, et il n'a pas un droit de vote dans les réunions de la société (PUCHTA, *Pand.*, § 372, 2°).

(91) A notre avis il y a ici un contrat réel innomé, qui donne lieu à l'action *præscriptis verbis*.

(92) D. *h. t.*, L. 59, pr. i. f. La dissolution de la société ne dégage pas celle-ci de ses obligations envers les tiers, et surtout la société des publicains demeure tenue envers l'État jusqu'à la fin du bail (cf. D. *h. t.*, L. 63, § 8 i. f.). Donc l'intérêt bien entendu des publicains leur défendait d'invoquer cette cause de dissolution de la société, à moins d'obtenir du sénat la résiliation du contrat (note 80 du présent paragraphe) ou une concession en faveur d'une nouvelle société.

(93) Cf. ci-dessus T. III, § 158, IV initio.

de la conclusion de la société publique, que celle-ci continuera purement et simplement entre les héritiers des membres qui viendront à décéder et les membres survivants. Si cette clause est prohibée à l'égard des sociétés ordinaires, c'est parce que la personnalité des associés y est décisive ; on ne peut en dire autant des sociétés publiques, qui constituent plutôt des sociétés de capitaux(94).

(94) D. *h. t.*, L. 63, § 8, vis Et circa..... adscitus.

Considérons maintenant dans leur ensemble les deux textes capitaux qui s'occupent du décès d'un membre de la société publique.

1° D. *h. t.*, L. 63, § 8. ULPIANUS *libro XXXI ad edictum*.

« In heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non « sit : licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est. Et circa « societatis vectigalium ceterorumque idem observamus, ut heres socius non « sit nisi fuerit adscitus, verumtamen omne emolumentum societatis ad eum « pertineat, simili modo et damnum adgnoscat quod contingit, sive adhuc vivo « socio vectigalis sive postea : quod non similiter in voluntaria societate obser- « vatur ».

« L'action *pro socio* se donne également contre l'héritier d'un associé, quoique « l'héritier ne soit pas un associé ; car, sans avoir cette qualité, il succède aux « avantages de la société. L'on suit la même règle pour les sociétés de revenus « publics et d'autres choses (semblables) ; (ici encore) l'héritier n'est associé que « s'il a été accueilli (dans la société), et néanmoins tout l'émolument de celle-ci « lui appartient. Mais il doit aussi supporter le dommage qui se produit, soit du « vivant de l'associé publicain, soit plus tard ; sous ce rapport, il en est autrement « dans la société volontaire ».

2° D. *h. t.*, L. 59, pr. POMPONIUS *libro XII ad Sabinum*.

« Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut « heres etiam succedat societati. Hæc ita in privatis societatibus ait : in societate « vectigalium nihilo minus manet societas et post mortem alicujus, sed ita « demum, si pars defuncti ad personam heredis ejus adscripta sit, ut heredi « quoque conferri debeat : quod ipsum ex causa æstimandum est. Quid enim, si « is mortuus sit, propter cujus operam maxime societas coita sit aut sine quo « societas administrari non possit ? ».

« La société est dissoute par la mort d'un associé, à tel point que l'on ne peut « pas même convenir dès le principe que l'héritier succèdera (à son auteur) dans « la société. C'est ce que dit (Sabinus) des sociétés privées. Par contre, s'il « s'agit d'une société de publicains, la société subsiste encore après la mort de « l'un (de ses membres), mais seulement si la part (sociale) du défunt a été ins- « crite (sur les registres de la société) au nom de son héritier. Cette inscription « dépendra des circonstances. En effet, que décider si le défunt était l'associé en « vue de l'industrie duquel la société avait été surtout conclue ou bien sans qui la « société ne peut être administrée ? ».

6° Après sa dissolution, la société publique se liquide comme toute autre société. L'être fictif ayant cessé d'exister avec la société à laquelle il était attaché, les biens appartiennent maintenant par

Dans le premier passage, Ulpien signale une analogie et une différence entre les sociétés des publicains et les sociétés privées. Dans les unes et les autres, l'héritier d'un membre décédé ne devient associé que s'il a été accepté comme tel par les membres survivants; il n'est pas associé de plein droit. Cela ne l'empêche pas de succéder à tous les effets que la société avait produits en faveur du défunt au moment du décès; il recueille tous les droits du défunt et supporte toutes ses obligations. Mais, en outre, s'il s'agit d'une société de publicains et alors seulement, l'héritier du défunt continue de participer *pour l'avenir* aux avantages et aux charges de la société, en raison de sa part sociale; car la société subsiste. Ulpien assimile à la société des publicains les *societates ceterorum*. Nous pensons qu'il veut désigner par là les sociétés autres que celles des publicains, lorsqu'elles ont pour objet l'exploitation des mines d'or ou d'argent et des salines des particuliers; elles ressemblent aux sociétés de publicains qui ont affermé les mêmes mines de l'État et, comme celles-ci, constituent des personnes civiles (D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 1, pr.). Quant à l'expression *in voluntaria societate* appliquée à la société privée, elle semble faire allusion à la faculté qui appartient ici à chaque membre de renoncer à la société; cette renonciation n'était pas permise dans la société publique (cf. TREITSCHKE, *Traduction allemande du Corpus juris, ad h. l.*, note 150). Voyez ci-dessus au commencement du présent n°. 5.

Dans le second passage, Pomponius aussi compare entre elles les sociétés privées et les sociétés de publicains. Les premières sont dissoutes par le décès de l'un des membres, alors même que les parties seraient convenues du contraire par le contrat de société. Les secondes sont seulement dissoutes par la mort d'un publicain si la personnalité de celui-ci a été la cause déterminante du contrat; en dehors de ce cas, elles subsistent malgré le décès et la part sociale du défunt est inscrite au nom de son héritier sur les registres de la société.

Les opinions sont très divisées sur l'influence du décès d'un membre de la société des publicains. Voyez en notre sens, du moins en général, GLÜCK, XV, § 971, p. 472-474, RAUTER, cité, p. 140-141, et SALKOWSKI, *Quæstiones de jure societatis*, *Quæstio* IX, § 2-3, et *Bemerkungen*, § 5 i. f. Cf. SCHILLING, III, § 313, note nn, et § 317, 2°, et PUCHTA, *Pand.*, § 372, 2°. D'après BARON, § 303, 2° i. f., la dissolution de la société ou bien son maintien, soit avec l'agréation de l'héritier comme associé, soit avec sa simple participation aux bénéfices et aux pertes, dépend de la décision des membres survivants (cf. COHN, *De natura societatum*, c. 4, et *Vereinsrecht*, n° VII, p. 171-172, et note 60). MAYNZ, II, § 228, note 8 i. f., se prononce pour le maintien de la société entre les membres survivants et l'héritier du défunt, si l'individualité de ce dernier n'était pas indispensable à la conduite des opérations sociales. MOLITOR, cité, II, n° 673 i. f., se borne à dire que la société des publicains comporte la clause que l'héritier deviendra associé à la place du défunt.

indivis aux différents associés individuellement. Mais les créanciers n'acquièrent pas pour cela une action sur les biens propres des associés; ils continuent d'avoir seulement action sur le patrimoine de l'ancienne personne civile; car ils ne sont point les créanciers des associés(95).

XIII. De la donation.

I. 2, 7, *de donationibus*. — D. 39, 5, *eod.* — C. 8, 53 (54, édition Kriegel), *eod.*

KLINKHAMER, *Commentatio de donationibus*, Amsterdam, 1826.
VON MEYERFELD, *Die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht*, T. I et T. II, 1re partie, Marbourg, 1835-1837 (ouvrage inachevé).
DE SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* IV, p. 1-297 et p. 563-601, Berlin, 1841.
SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts* III, p. 741-977, Leipzig, 1846.
HEIMBACH (C. G. E.), *Weiske's Rechtslexikon* IX, p. 641-722, Leipzig, 1855.

A) *Historique.*

§ 167. *Ancien droit civil.*

Jusqu'en l'année 204 avant J. C., les donations demeurèrent pleinement soumises au droit commun, notamment au point de vue des conditions de leur validité. S'agissait-il de transférer par la donation elle-même la propriété des choses corporelles, on recourait pour les *res mancipi* à la mancipation ou à la cession judiciaire, pour les *res nec mancipi* à la cession judiciaire ou à la tradition (1). La donation d'une servitude se faisait par la mancipation ou par la cession judiciaire dans le cas d'une servitude rurale, par la cession judiciaire dans le cas d'une servitude soit urbaine, soit personnelle(2). Voulait-on donner une créance, ou bien l'on cédait au donataire les

(95) Arg. D. 3, 4, *quod cujusc. univ.*, L. 7, § 1 i. f. Contra SALKOWSKI, *Bemerkungen*, § 5, p. 42-44. Cet auteur enseigne qu'après la dissolution de la société des publicains, et même pendant la durée de la société si celle-ci tombe en déconfiture, les publicains sont tenus personnellement envers les créanciers de la société, proportion de leurs parts sociales, et pour le tout envers l'État.

(1) Arg. *Vatic. fragm.* 263. — (2) GAIUS, II, 29-30.

actions naissant de la créance(3), ou bien on déléguait son débiteur au donataire dans l'intention de faire une novation(4). La donation consistait-elle dans la libération d'une dette, on libérait le donataire par acceptilation(5) ou par une simple convention libératoire(6), ou bien encore, si le donataire était débiteur d'un tiers, on le libérait en payant le tiers ou en s'obligeant envers lui au lieu et place du donataire(7). Enfin, le donateur ne voulait-il pas se dépouiller actuellement de la chose qui faisait l'objet de la libéralité, on employait la forme de la stipulation(8).

§ 168. *Système de la loi Cincia.*

DE SAVIGNY, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* IV, n° I, p. 1-59, Berlin, 1820.

RUDORFF, *Dissertatio de lege Cincia*, Berlin, 1825.

FRANCKE, *Zivilistische Abhandlungen*, n° 1, Gœttingue, 1826.

HASSE, *Rheinisches Museum*, T. I, n° 10, p. 185-248, et T. III, n° 8, p. 174-182, Bonn, 1827-1829.

I. En l'année 204 avant J. C., la théorie prementionnée fut profondément modifiée par un plébiscite célèbre, la loi *Cincia de donis et muneribus*(1). Cette loi contenait sur la matière des donations deux dispositions principales, qui étaient en même temps deux restrictions aux donations(2).

1° En vertu d'une première disposition, les donations n'étaient dorénavant parfaites que si, indépendamment des conditions de droit commun, elles avaient reçu une exécution pleine et entière, de telle façon que le donateur ne disposait plus d'aucune voie de droit pour

(3) Arg. *Vatic. fragm.* 263, v^is^ inchoatis litibus actiones novavit.

(4) Arg. du même texte, v^is^ interpositis delegationibus novavit.

(5) Arg. D. *h. t.*, L. 17. — (6) Arg. D. *h. t.*, L. 9, pr. i. f.

(7) Arg. D. *h. t.*, L. 21, pr.

(8) Arg. *Vatic. fragm.* 263 initio. Cf. MOLITOR, cité, II, n° 912 initio.

(1) Le système de la loi *Cincia* nous a seulement été dévoilé d'une manière complète au commencement de ce siècle par la découverte des *Vaticana fragmenta* 260-316.

(2) Nous nous contentons de citer une autre disposition de la loi *Cincia* défendant aux avocats de recevoir des gratifications pour leurs plaidoiries; TACITE, *Annal.* XI, 5 i. f. Cf. ci-aprés § 170, I, A, 4°.

revenir sur la libéralité. Le but de la règle était de prévenir des donations faites à la légère; on voulait que la volonté de gratifier se fût manifestée d'une façon aussi évidente que possible. D'après cela, si la donation avait pour objet une chose corporelle, sa perfection exigeait, pour les immeubles *res mancipi*, la mancipation ou la cession judiciaire, accompagnée l'une ou l'autre de la tradition (3); pour les immeubles *res nec mancipi*, il fallait la tradition (4). Quant aux choses mobilières, il fallait, outre ces conditions (5), que, dans l'année antérieure, le donataire eût possédé la chose plus longtemps que le donateur; car jusque-là c'était ce dernier qui triomphait au possessoire à l'ancien interdit *Utrubi;* une possession prolongée pendant six mois garantissait seule au donataire le bénéfice de la libéralité (6).

(3) *Vatic. fragm.* 311 initio et 316; C. Hermogénien VII, 1. L'opinion de Schilling, III, § 356, et note 11, d'après laquelle au moins la cession judiciaire aurait dispensé de la tradition, est contraire au principe de la loi *Cincia* sur la perfection de la donation et ne s'appuie sur aucun texte. En ce sens Rudorff, cité, § 6, p. 22-23, Francke, cité, p. 11, et Hasse, cité, § 5 initio. Cf. Maynz, II, § 253, et note 18.

(4) *Vatic. fragm.* 313 initio et 293, 1° initio. Les fonds provinciaux, qui étaient les immeubles *res nec mancipi*, n'admettaient pas de cession judiciaire (Gaius, II, 31 i. f.).

(5) Pour les meubles *res nec mancipi*, la tradition est nécessaire; la cession judiciaire, possible ici (cf. note 4), n'aurait pas dispensé de la tradition (cf. note 3) et partant elle constituait une superfétation.

(6) *Vatic. fragm.* 311 i. f. et 293, 1° i. f. Cette condition était requise pour les *res mancipi* comme pour les *res nec mancipi*, quoique les premières eussent déjà été mancipées ou cédées en justice (*Vatic. fragm.* 311 i. f.).

Les mêmes règles s'appliquaient aux promesses de donner, celles-ci fussent-elles faites dans la forme de la stipulation. Ainsi le veut le principe de la loi *Cincia* d'après lequel la donation n'est parfaite qu'après avoir reçu sa pleine exécution; cette pleine exécution comprend la mancipation ou la cession judiciaire et la tradition des immeubles *res mancipi*, la tradition des immeubles *res nec mancipi*, et en outre quant aux meubles une possession plus longue que celle du donateur dans l'année entérieure. En réalité, la simple promesse de donner était frappée d'inefficacité complète (*Vatic. fragm.* 311 initio et 267. « Actio nova ex promissione, quæ donationis causa facta sit, dari non solet »; le mot *nova* de ce texte demeure énigmatique malgré tous les efforts qu'on a faits pour en rendre compte); une donation valable ne se formait que par une dation subséquente (*Vatic. fragm.* 311 et 266). Le § 311 des *Vaticana fragmenta* prouve que la simple stipulation de donner à titre gratuit ne se convertissait pas en

De même, la donation d'une servitude n'était parfaite que si la mancipation ou la cession judiciaire avait été accompagnée de la quasi-tradition de la servitude (7); pour la donation des droits d'emphytéose et de superficie, la tradition de l'immeuble était indispensable (8). Quant à la donation de créances, si elle s'était opérée par une cession d'actions, elle n'existait aux yeux de la loi *Cincia* qu'après que le donataire avait reçu le payement de la dette ou procédé à la *litis contestatio* avec le débiteur (9). Mais, dans le cas où le donataire voulant faire une novation avait délégué l'un de ses débiteurs au donataire, la donation était parfaite dès que le débiteur s'était engagé envers le donataire; cet engagement était considéré comme l'exécution de la libéralité, car le payement de la dette de la part du débiteur délégué était une conséquence juridiquement forcée de l'obligation (10). Enfin, s'agissait-il de gratifier quelqu'un donation avant la délivrance de la chose donnée. Le § 266 ne se contente pas même de cette délivrance; il autorise la répétition de la chose payée (vis Unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici, repetere eum posse..). Mais nous pensons que la répétition d'un immeuble *res mancipi* était exclue s'il y avait eu mancipation ou cession judiciaire et même que la simple tradition d'un immeuble *res nec mancipi* était suffisante. Quant aux meubles, la donation n'était parfaite que si en outre le donataire avait une possession plus longue que le donateur dans l'année précédente (*Vatic. fragm.* 311 i. f.).

Voyez en ce sens HASSE, cité, § 3, p. 194-195, et § 11 initio, et SCHILLING, III, § 356, et notes cc et dd. Cf. RUDORFF, cité, § 6, p. 24. Contra FRANCKE, cité, p. 45-49; ce dernier auteur n'admet pas que la promesse de donner puisse jamais donner lieu à une donation valable, malgré la mancipation et la tradition subséquentes; celles-ci ne seraient que l'exécution d'une donation inefficace et non une donation. MAYNZ, II, § 253, 1°, se borne à proclamer l'inefficacité complète de la promesse de donner, sans s'expliquer sur les moyens de lui faire produire de l'effet.

(7) HASSE, cité, § 17. — (8) HASSE, cité, § 17 i. f.

(9) *Vatic. fragm.* 263, vis inchoatis litibus actiones novavit. Ainsi le voulaient déjà les principes généraux de l'ancien droit romain sur la cession des créances; cf. ci-dessus T. I, § 66, II, 1°. Voyez MAYNZ, II, § 253, 3° initio, et HASSE, cité, § 14 initio.

(10) *Vatic. fragm.* 263, vis interpositis delegationibus novavit; D. *h. t.*, L. 21, § 1 initio, cf. L. 34, pr. La perfection de la donation avait lieu sans préjudice des droits du donateur si la libéralité dépassait le taux de la loi *Cincia* (D. *h. t.*, L. 21, § 1). Cette distinction est bien établie par SCHILLING, III, § 356, et notes cc

en le libérant d'une dette, la perfection de la donation exigeait une acceptilation; celle-ci équivalant à un payement avait le même caractère définitif(11). Une simple convention libératoire était insuffisante, car elle n'impliquait en aucune manière l'exécution de la libéralité(12). Il va de soi que la donation était aussitôt parfaite si on libérait quelqu'un de sa dette envers un tiers en payant celui-ci. Que si le donateur s'était obligé au lieu et place du donataire envers un créancier de ce dernier, de façon à libérer le donataire par novation, la donation était immédiatement parfaite; elle était réputée exécutée, puisque le donateur était lié à l'égard du tiers créancier, en remplacement du donataire(13). — Aussi longtemps que la donation n'avait pas atteint le degré de perfection qui vient d'être indiqué, elle était frappée d'inefficacité complète(14). Tout d'abord une action quelconque du donataire, fondée sur la donation imparfaite,

cbn. avec § 357, et note kk; elle ne l'est point par HASSE, cité, § 14, et par MAYNZ, II, § 253, 3° i. f.

Pour une hypothèse analogue voyez le D. *h. t.*, L. 2, § 2, L. 33, § 3. Cf. D. *h. t.*, L. 2, § 3, et D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 7, pr.

(11) D. *h. t.*, L. 17; C. 8, 43 (44, édition Kriegel), *de acceptil.*, L. 2. Voyez en ce sens SCHILLING, III, § 356, et note qq, et MAYNZ, II, § 253, 2° initio. Contra HASSE, cité, § 16, et PUCHTA, *Institut.* II, § 206, p. 384 et 387, et note *ii*. Ces derniers auteurs considèrent l'acceptilation comme insuffisante; d'après Hasse, le donateur devrait recevoir effectivement la chose due et la restituer au donataire.

(12) Arg. D. 20, 6, *quib. mod. pignus solv.*, L. 1, § 1, vis Cum venditor numerata « sibi parte pretii.. residuum pretium emptori litteris ad eum missis donasset,.. « inutilem pecuniæ donationem *lex* facit.. ».

(13) D. *h. t.*, L. 21, pr. « Ut mihi donares, creditori meo delegante me « promisisti : factum valet, ille enim suum recepit ». Mais si la libéralité est supérieure au taux légal, elle est réductible à ce taux (D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 5, § 5). Ici encore (cf. note 10) HASSE, cité, § 15, repousse la perfection de la donation. Cf. MAYNZ, II, § 253, note 17.

Quid de la donation d'une hérédité ou de tous les biens du donateur? La première donation était parfaite lorsque l'hérédité avait été cédée en justice (cf. GAIUS, II, 34-36, III, 85-87, et ULPIEN, XIX, 12-15) et que de plus les autres conditions de transfert, indiquées ci-dessus, avaient été observées par rapport aux différents biens héréditaires. La seconde donation exigeait pour chaque objet du patrimoine du donateur l'observation de toutes les conditions prémentionnées (C. Hermogénien VII, 1 et 2) Cf. HASSE, cité, § 20, note 58, et SCHILLING, III, § 356, et notes ss et tt.

(14) *Vatic. fragm.* 266.

était repoussée par une *exceptio legis Cinciæ*(15); cette exception appartenait même à des tiers(16) autres que le donateur ou ses cautions(17), ce qui lui valut le nom d'exception populaire(18). De plus le donateur qui avait livré sa chose, mais sans en avoir régulièrement transféré la propriété, pouvait la revendiquer et opposer à l'*exceptio rei traditæ* la *replicatio legis Cinciæ*(19). D'autre part, le donateur d'une chose mobilière, alors même qu'il l'avait livrée et en avait transféré la propriété dans la forme légale, disposait encore de l'interdit *Utrubi* tant que, dans l'année antérieure, il avait possédé plus longtemps que son adversaire(20). Pareillement dans le cas de donation d'une servitude, le donateur conservait son action réelle, s'il n'y avait pas eu un transfert régulier du droit de servitude. La donation consistait-elle dans une cession de créance, le donateur avait la faculté de poursuivre son débiteur aussi longtemps que celui-ci n'avait ni payé le donataire, ni engagé la *litis contestatio* avec lui. Enfin, si la donation consistait dans une libération de dette consentie par une simple convention libératoire, le donateur continuait de pouvoir actionner le donataire en payement de la dette; à l'exception de dol du défendeur il répondait par une *replicatio legis Cinciæ*(21). — Ce système sur la perfection des donations s'appliquait même aux donations inférieures au taux établi par la loi *Cincia*. L'esprit de la loi milite en ce sens; en frappant d'inefficacité les donations qui n'avaient pas été pleinement exécutées, on

(15) *Vatic. fragm.* 310 et 266. Le premier texte parle aussi d'une exception *in factum* (*si non donationis causa mancipavi vel promisi, me daturum*). On a conjecturé que cette exception s'accordait dans le cas où le donataire n'invoquait pas directement la donation à l'appui de sa demande, mais seulement l'acte juridique (mancipation, stipulation, etc.) qui avait accompagné la libéralité, de manière que le défendeur était amené à lui opposer le fait de la donation.

(16) *Vatic. fragm.* 266, vis nec solum ipse, verum, ut Proculeiani contra « (*S*)ab(*inianos*) putant, etiam quivis, quasi popularis sit hæc exceptio.. ».

(17) Arg. D. *h. t.*, L. 24. Il sera question ci-après des héritiers du donateur; n° III, 1°, du présent paragraphe.

(18) *Vatic. fragm.* 266, passage transcrit à la note 16.

(19) ou une *replicatio in factum*. Cf. ci-dessus la note 15.

(20) *Vatic. fragm.* 311 i. f. et 293, 1° i. f.

(21) ou par une replique *in factum*. Cf. ci-dessus la note 15.

voulait prévenir des libéralités inconsidérées; or le danger de pareilles libéralités est à proprement parler indépendant de leur importance; il existe pour les donations inférieures au maximum de la loi *Cincia* comme pour celles qui dépassent ce maximum. Il y a plus : les donations immodérées étaient déjà réprouvées de ce dernier chef; leur prohibition garantissait pleinement l'auteur de la libéralité; dès lors il semble que les conditions formelles de la validité des donations devaient surtout avoir en vue les donations moins importantes(22). Aussi nos sources exigent-elles les formes nouvelles d'une manière générale, sans distinguer entre les grandes et les petites donations(23).

2° D'un autre côté, la loi *Cincia* prohibait les donations excédant un certain taux(24), qui nous est complètement inconnu; une conjecture le réduit à 1000 as(25), une autre le porte à 20,000 sesterces(26). Si la donation dépassait le taux légal, bien qu'elle eût été revêtue

(22) Le système contraire conduit encore à la conséquence que les donations excédant le maximum légal vaudraient dans les limites de ce maximum alors même que les formes de la loi *Cincia* n'auraient pas été observées; cf. ci-après le n° I, 2° initio, du présent paragraphe.

(23) *Vatic. fragm.* 293, 1°, 310 et 311. *Non obstat* D. *h. t.*, L. 2, pr., L. 12, L. 22, L. 24, L. 33, pr., D. 42, 1, *de re judic.*, L. 19, § 1, L. 30. Ces lois qui reconnaissent directement ou implicitement la validité d'une promesse de donner, doivent être rapportées à des cas exemptés de la théorie de la loi *Cincia* et non à des libéralités minimes.

Voyez en ce sens FRANCKE, cité, p. 14-15, 17-20, 40-45 et 47-48, SCHILLING, III, § 356, et note aa, § 357, note z, et PUCHTA, *Institut.* II, § 206, p. 388-390. Cf. MAYNZ, II, § 253, et note 8.

Contra RUDORFF, cité, § 7, p. 25, 29-30, et § 10, p. 37-38, et HASSE, cité, § 21 initio et 27 initio. Cf. DE SAVIGNY, *System* IV, § 165, p. 196; dans cet ouvrage l'auteur laisse la question indécise; précédemment il avait restreint les formes de la loi *Cincia* aux donations importantes (*Zeitschrift für gesch. Rechtswiss.* IV, p. 16-19).

(24) Arg. *Vatic. fragm.* 304, PAUL, V, 11, § 6, et ULPIEN, *præf.* 1.

(25) KLINKHAMER, cité, § 7-8. Cf. PUCHTA, *Institut.* II, § 206, p. 389.

(26) SCHWEPPE, *Röm. Rechtsgeschichte*, § 317 initio.

Mais voyez WALTER, *Gesch. des röm. Rechts* II, § 613 initio.

L'importance de la donation se déterminait eu égard au moment où elle se faisait (D. *h. t.*, L. 9, § 1 initio, L. 11), à moins qu'elle n'eût pour objet des choses futures (L. 9, § 1 i. f., cit).

de la forme légale, c'est-à-dire pleinement exécutée, elle n'était valable que jusqu'à concurrence du maximum légal(27); pour le surplus elle était sujette à rescision(27). A l'effet d'en demander la réduction, le donateur disposait d'une *condictio ex injusta causa;* car il avait fait une prestation en vertu d'une cause qui n'était pas légalement reconnue(28). Dans le cas où le donateur avait payé par erreur, et spécialement s'il avait cru à tort que le donataire était une personne exceptée par la loi *Cincia*(29), il était autorisé à recourir à la *condictio indebiti*(30). Si une créance immodérée avait été donnée par la voie d'une novation subjective, tant que le débiteur n'avait pas payé le donataire, le donateur pouvait le poursuivre en payement de l'excédent du maximum légal; son ancienne action lui était restituée dans cette limite, *rescissa donatione;* l'action était donc une *actio rescissoria*(31). Lorsque le débiteur avait déjà payé le donataire, c'était celui-ci que le donateur devait attaquer en réduction de la libéralité par la *condictio ex injusta causa vel indebiti*(32). D'un autre côté, si le donateur avait libéré le donataire d'une dette supérieure au taux légal en s'obligeant à sa place par novation, il pouvait, au moyen de la *condictio ex injusta causa vel indebiti*, se faire libérer jusqu'à due concurrence par le donataire ou bien répéter contre lui l'excédent du taux légal, selon

(27) D. *h. t.*, L. 21, § 1. — (28) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 6.
(29) Cf. ci-après le n° II du présent paragraphe. — (30) *Vatic. fragm.* 266.

(31) D. *h. t.*, L. 21, § 1. « Sed si debitorem meum tibi donationis immodicæ causa promittere jussi, an summoveris donationis exceptione necne, tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. Sed ego si quidem pecuniæ a debitore meo nondum solutæ sint, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit ita, ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus. »

Au point de vue de la législation de Justinien, cette loi s'applique au cas où une donation qui dépasse 500 solides, n'a pas été insinuée. Mais Celsus, l'auteur du fragment, n'avait pu songer à cette règle, qui ne fut admise que longtemps après lui (cf. ci-après § 169). Il devait nécessairement avoir visé une donation supérieure au taux de la loi *Cincia*. Des actions rescisoires analogues sont mentionnées par GAIUS, IV, 38, et au C. 4, 29, *ad sctum Vell.*, L. 16.

(32) D. *h. t.*, L. 21, § 1, vis sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, « quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem ».
Cf. D. *h. t.*, L. 2, § 3, et D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 7, pr.

que la dette que le donateur avait prise à sa charge, existait encore ou qu'il l'avait déjà payée(33).

La loi *Cincia* était sans doute une loi imparfaite, c'est-à-dire une loi prohibitive sans sanction; elle ne prononçait pas l'inefficacité des donations dépourvues de la forme requise ou dépassant le maximum légal; elle n'édictait pas davantage une peine contre ceux qui recevaient de pareilles donations(34). Selon toute apparence, elle se bornait à prescrire la forme que devaient dorénavant revêtir les donations, et à en fixer le maximum. Ce fut l'édit prétorien et la doctrine des jurisconsultes qui assurèrent l'efficacité de ces prescriptions, en établissant les différents moyens de droit prémentionnés dans le but de paralyser les donations contraires à la loi *Cincia*(35).

II. La double restriction apportée aux donations par la loi *Cincia*

(33) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 5, § 5. « Si eum, qui volebat mihi donare « supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus peten- « tem uti exceptione, quoniam creditor suum petit... Itaque condictione tenetur « debitor qui delegavit,.. ut vel liberet debitorem vel, si solvit, ut pecunia ei red- « datur ».

Mais les tiers n'avaient pas le droit d'opposer au donataire le montant illégal de la libéralité (D. *h. t.*, L. 21, § 1), ce qui était une différence avec le cas où la donation était imparfaite; cf. ci-dessus le n° I, 1, du présent paragraghe. De même, le donateur ne pouvait invoquer contre les tiers l'exagération de la libéralité (D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 5, § 5).

(34) La préface des fragments d'Ulpien dans son § 2 définit la loi moins que parfaite. Le § 1, en grande partie illisible, porte à la fin « *prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit* ». Il s'agit ici d'une prohibition de donner au delà d'une certaine somme à des personnes autres que certains cognats, sans que la nullité de la donation immodérée fût prononcée. Or, non-seulement cette prohibition concorde en tous points avec celle de la loi *Cincia*, mais nous ne connaissons aucune autre loi prohibitive des donations. Ulpien dans le § 1 de sa préface a donc dû s'occuper des lois imparfaites et citer comme exemple la loi *Cincia*.

(35) Cf. ci-dessus le n° I, 1° i. f. et 2°, du présent paragraphe. Il est permis de supposer que le préteur aura accordé l'exception et la réplique *legis Cinciæ* ou *in factum*, ainsi que l'action rescisoire dont il est question *ad not.* 31, et que les autres actions ouvertes au donateur lui auront été concédées par l'interprétation des jurisconsultes (SCHILLING, III, § 357, et notes ss et tt, cbn. avec § 356, note ff).

Il est même probable que la loi *Cincia* se sera contentée de prescrire, quant à la perfection des donations, que cette perfection exigeait leur pleine et entière exécution et que l'application de ce principe aux divers cas particuliers aura été

ne s'appliquait qu'aux donations proprement dites et non aux actes de libéralité qui ne réunissaient pas les caractères des donations, tels qu'ils seront déterminés ci-après (36). En outre, un grand nombre de donations proprement dites étaient soustraites au système de la loi *Cincia* et continuaient d'être régies par le droit antérieur; c'étaient:

1° les donations qui intervenaient, soit entre parents des cinq premiers degrés (37) ou entre parents du sixième degré qui étaient petits-enfants de frères ou sœurs (*sobrini*) (38), soit entre l'un de ces parents et une personne soumise à la puissance d'un autre de ces parents ou bien l'ayant sous sa puissance (39), et même les constitutions de dot en faveur d'une parente à un degré quelconque (40),

2° les donations entre alliés au premier degré en ligne directe (41),

3° les donations entre époux (42) ou entre fiancés (43),

4° les donations faites au profit d'un pupille par son tuteur gérant (44),

5° les donations d'un affranchi en faveur de son patron (45) ou des enfants de son patron (46),

6° les donations qu'une personne sauvée de la mort faisait à son sauveur (47),

faite également par les jurisconsultes; cf. ci-dessus n° I, 1° initio, du présent paragraphe (SCHILLING, III, § 356, et note bb).

(36) D. *h. t.*, L. 23, pr.; C. *h. t.*, L. 3. Cf. § 170, I, B.

(37) *Vatic. fragm.* 298 initio et 299 initio.

(38) *Vatic. fragm.* 298 initio et 299 i. f. Cf. ULPIEN, *præf.* 1 i. f.

(39) *Vatic. fragm.* 298 i. f., 300 et 301 initio. — (40) *Vatic. fragm.* 305-306.

(41) *Vatic. fragm.* 302 initio, pourvu que l'alliance persistât au moment de la donation (*Vatic. fragm.* 303).

(42) *Vatic. fragm.* 302 i. f. Comme les donations entre époux étaient prohibées en général (D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 1, L. 3, pr.), les seules donations entre époux soustraites à la loi *Cincia* étaient celles qui étaient exceptionnellement permises (ULPIEN, VII, 1; D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 11, § 11, L. 12, L. 13, pr. et § 1, vis in casum deportationis, L. 43, L. 60, § 1, L. 61, L. 62, pr.). — (43) *Vatic. fragm.* 302 i. f. — (44) *Vatic. fragm.* 304, cf. 304 i. f.

(45) *Vatic. fragm.* 307 initio.

(46) du moins d'après certains jurisconsultes romains (*Vatic. fragm.* 308, cf. 309 et 313. Il en était de même des donations qu'un homme libre qui avait de bonne foi servi comme esclave, faisait à son maître putatif après avoir été reconnu libre (*Vatic. fragm.* 307).

(47) PAUL, V, 11, § 6. Ce texte exempte seulement du taux de la loi *Cincia* et

et 7° les donations à cause de mort. Par leur nature, ces donations deviennent seulement définitives au décès du donateur; la loi *Cincia* n'avait guère besoin ni de les subordonner à de nouvelles conditions de forme, ni d'en limiter le montant(48).

Dans les cinq premiers cas, où l'exemption de la loi *Cincia* constituait une faveur personnelle, on appelait *exceptæ personæ*(49) ou *excepti*(50) ceux qui jouissaient de l'exemption(51).

III. Les donations inefficaces en vertu de la loi *Cincia* devenaient elles-mêmes valables dans deux circonstances:

1° Une donation imparfaite ou excédant le taux légal était vali-

suppose que le donateur avait été enlevé à des brigands ou aux ennemis. Mais il semble devoir être étendu à la condition de forme exigée par la loi *Cincia* et au cas où le donateur avait été sauvé d'un danger de mort quelconque (SCHILLING, III, § 357, et note h). Cf. D. *h. t.*, L. 34, § 1.

Les autres donations rémunératoires étaient soumises à la théorie de la loi *Cincia*; le D. *h. t.*, L. 19, § 1, L. 27, ne les en exempte en aucune façon. Cf. HASSE, cité, § 20 i. f. Contra SCHILLING, III, § 357, et note i, cbn. avec § 353, note gg, et SCHWEPPE, *Röm. Rechtsgeschichte*, § 317, p. 473.

(48) Ajoutons que, dans le système de la loi *Cincia*, les donations entre-vifs qui étaient soit imparfaites, soit supérieures au taux légal, se validaient aussi par le décès du donateur (*Vatic. fragm.* 259 i. f. et 265 i. f.; cf ci-après la fin du présent paragraphe). L'exemption des donations à cause de mort présentait d'autant moins d'inconvénient de la loi *Furia testamentaria* de l'an 183 avant J. C. défendit de donner à cause de mort à une personne au delà de 1000 as (GAIUS, II, 225 initio), sauf si le donataire était un parent du donateur à l'un des six premiers degrés ou bien son parent au septième degré comme descendant au quatrième degré de l'auteur commun; *sobrinus a sobrino natus* (*Vatic. fragm.* 301 i. f.). Il est vrai que cette prohibition de donner à cause de mort fut levée par la loi *Voconia* de l'an 169 avant J. C. pour les hérédités supérieures à 100,000 as (GAIUS, II, 226 initio, cbn. avec CICÉRON, *in Verrem*, Actio II, lib. 1, c. 43) et pour les autres par la loi Falcidie de l'an 40 avant J. C. (GAIUS, II, 227).

En ce sens HASSE, cité, § 18 i. f., SCHILLING, III, § 356, et note f, et PUCHTA, II, § 206, et note *mm*. Cf. DE SAVIGNY, *System* IV, § 174 initio.

Contra HAUBOLD, *Opuscula* I, p. 442, et MAYNZ, II, § 253, note 26.

(49) *Vatic. fragm.* 310 et 293, 1° initio; PAUL, V, 11, § 4 i. f.

(50) *Vatic. fragm.* 306. On parlait aussi de *non exceptæ personæ* (*Vatic. fragm.* 293, 1° initio et 313 initio) et de *non excepti* (*Vatic. fragm.* 266 et 311 initio).

(51) Dans tous les cas l'exemption concernait la perfection de la donation comme son montant (*Vatic. fragm.* 265, 293, 1° i. f. et 310; PAUL, V, 11, § 1). Cf. ci-dessus note 47 initio.

dée si le donateur décédait sans l'avoir révoquée(52). Ses héritiers ne pouvaient pas se prévaloir du vice de la donation(53); comme demandeurs ils étaient repoussés par une exception de dol(54), et si comme défendeurs ils opposaient une exception *legis Cinciæ*, le donataire la détruisait par une réplique de dol(55). Pour que la donation fût ainsi validée, il suffisait que le donateur ne l'eût point révoquée de son vivant(56). Mais s'il l'avait révoquée d'une manière quelconque, ses héritiers succédaient à tous ses droits(57).

2° Une donation imparfaite parce qu'une *res mancipi* avait été simplement livrée et non mancipée ou cédée en justice(58), devenait valable par l'usucapion; celle-ci procurait au donateur la propriété qui manquait à la perfection de la donation(59).

§ 169. *Droit impérial.*

1° La loi *Cincia* fut virtuellement abrogée par Constantin 1er ou tout au moins elle tomba en désuétude à la suite des réformes de cet empereur. En effet, Constantin soumit les donations à des formes nouvelles, en grande partie différentes de celles de la loi *Cincia* et rendant ces dernières inutiles. Aussi n'est-il plus question de la loi *Cincia* dans les sources postérieures(1). Le système de

(52) *Vatic. fragm.* 259, vis morte Cincia removetur, 266, vis nisi forte durante voluntate decessit donator, et 312 initio. — (53) *Vatic. fragm.* 312 initio.

(54) Arg. *Vatic. fragm.* 259 i. f., 266 i. f. et 294 initio.

(55) *Vatic. fragm.* 266 i. f. et 294 initio. Il pouvait aussi y avoir lieu à une duplique de dol (*Vatic. fragm.* 259 i. f.).

(56) *Vatic. fragm.* 259, vis si tamen voluntatem mulier non mutasset, cf. 266 i. f. et 294 initio. — (57) *Vatic. fragm.* 266 i. f.

(58) Cf. ci-dessus le n° I, 1°, du présent paragraphe.

(59) *Vatic. fragm.* 293, 1°, vis quæ mancipi sunt, usucapta... avocari non possunt, cf. 259, vis servos autem et pecora, quæ collo vel dorso domarentur, usu non capta.

Rappelons encore que la donation d'un meuble, qui était imparfaite aussi longtemps que, dans l'année antérieure, le donateur avait une possession plus longue que le donataire, se validait au moment où la possession du donataire devenait la plus longue; n° I, 1° initio, du présent paragraphe.

(1) Cf. Schilling, III, § 358, p. 891-892, et *Erinnerung*, Puchta, *Institut.* II, § 206 i. f., et Maynz, II, § 253 i. f.

Constantin était des plus sévères et renchérissait encore sur la rigueur de la législation classique. Dans le but de prévenir des donations inconsidérées, l'empereur n'exige pas moins de trois conditions spéciales pour la perfection des donations, à savoir un écrit, la tradition de la chose devant témoins et l'insinuation de la donation dans les registres judiciaires(2).

a) L'écrit devait mentionner le nom du donateur et la chose donnée(3) et être rédigé en présence de plusieurs témoins(4), soit par le donateur, soit par une autre personne(5).

b) La tradition de la chose donnée devait se faire devant les voisins et plusieurs témoins(6).

c) Enfin, la donation devait être insinuée, c'est-à-dire être inscrite sur les registres judiciaires, après que les parties avaient fait devant le magistrat les déclarations nécessaires(7). Le magistrat compétent était le gouverneur de la province dans laquelle le donateur avait son domicile, ou, en l'absence du gouverneur, un magistrat municipal du domicile du donateur(8).

Il y avait des règles spéciales pour les donations faites entre personnes précédemment exceptées par la loi *Cincia*. On se contentait à leur égard de deux formalités : la mancipation ou la tradition de la chose(9) et l'insinuation de la donation(10). On se montrait plus indulgent encore pour les donations entre parents et enfants; elles étaient simplement soumises à l'insinuation(11).

(2) *Vatic. fragm.* 249; C. Théod. 8, 12, *de donat.*, L. 1; C. J. *h. t.*, L. 25. Déjà l'empereur Constance Chlore, père de Constantin 1er, avait prescrit la dernière formalité (C. Théod. 3, 5, *de sponsal.*, L. 1; cf. C. Théod. 8, 12, *de donat.*, L. 3).

(3) *Vatic. fragm.* 249, 4° initio; C. Théod. 8, 12, *de donat.*, L. 1, § 1; C. J. *h. t.*, L. 25, § 1 initio.

(4) *Vatic. fragm.* 249, 5° initio; C. Théod. 8, 12, *de donat.*, L. 1, § 1 i. f.

(5) *Vatic. fragm.* 249, 5° initio; C. Théod. 8, 12, *de donat.*, L. 1, § 1 i. f.; C. J. *h. t.*, L. 25, § 1.

(6) *Vatic. fragm.* 249, 5°, vis ac tum.....; C. Théod. 8, 12, *de donat.*, L. 1, § 2.

(7) *Vatic. fragm.* 249, 6°; C. Théod. 8. 12, *de donat.*, L. 1, § 2 i. f.; C. J. *h. t.*, L. 25, § 1 i. f. — C. Théod. 8, 12, *de donat.*, L. 6. — (8) C. Théod. *eod.*, L. 3.

(9) C. Théod. *eod.*, L. 4, L. 7.

(10) C. Théod. 3, 5, *de sponsal.*, L. I. Cf. *Vatic. fragm.* 249, 1°, vis Hinc enim nuper..... opulentat.

(11) C. Théod. 8, 12, *de donat.*, L. 5; C. J. *h. t.*, L. 27. Cf. C. Théod. 3, 5, *de*

2° A partir du cinquième siècle de l'ère chrétienne, une réaction s'opéra contre ce système d'une rigueur excessive. Les empereurs Théodose II et Valentinien III supprimèrent la condition de la rédaction d'un écrit pour la validité des donations(12). Zénon supprima celle de la présence des voisins et des autres témoins lors de la tradition de la chose donnée(13) et Justinien la condition de la tradition elle-même(14). Restait l'insinuation de la donation; Justinien la restreignit aux donations dépassant 500 solides(15). Enfin le même empereur décida que, sauf cette formalité de l'insinuation, la donation serait parfaite par le seul consentement des parties, sans qu'il fût besoin d'employer la forme de la stipulation(16). De cette

sponsal., L. 3. La mancipation ou la tradition de la chose donnée est inutile (C. Théod. 8, 12, *de donat.*, L. 4). En vertu d'une constitution d'Antonin le pieux, les donations entre parents et enfants avaient même été déclarées parfaites par le seul consentement des parties (*Vatic. fragm.* 314; C. Théod. 8, 12, *de donat.*, L. 4). Mais Constantin 1er, après avoir d'abord renouvelé cette disposition (L. 4 cit.), subordonna plus tard la perfection desdites donations à leur insinuation (textes cités au commencement de la présente note).

(12) C. *h. t.*, L. 29. Voyez encore le C. *h. t.*, L. 31, § 1 i. f. (L. 31 i. f., édition Kriegel). — (13) C. *h. t.*, L. 31, pr., cf. § 1 initio (L. 31, Kriegel).

(14) C. *h. t.*, L. 35, § 5a-5e (L. 35, § 5, Kriegel); I. *h. t.*, § 2, vis Perficiuntur autem ..... incumbat donatori. Cf. 1° C. Théod. 8, 12, *de donat.*, L. 8, pr., L. 9, et C. J. *h. t.*, L. 35, § 5 (§ 5 initio, Kriegel), 2° C. Théod. 3, 5, *de sponsal.*, L. 8 initio.

(15) C. *h. t.*, L. 36, § 3; I. *h. t.*, § 2, vis Et cum retro..... firmitatem. Les empereurs Théodose II et Valentinien III avaient déjà dispensé de l'insinuation la donation *ante nuptias* qui n'excède pas 200 solides (C. Théod. 3, 5, *de sponsal.*, L. 8; cf. I. *h. t.*, § 2, vis Et cum retro..... solidorum). Justinien lui-même fixa d'abord en général à 300 solides le maximum des donations non sujettes à l'insinuation (C. *h. t.*, L. 34, pr., § 1a et 1b (L. 34, pr., Kriegel); C. 1, 2, *de sacros. eccl.*, L. 19.)

Les autorités chargées de l'insinuation étaient, depuis Honorius et Théodose II, à Constantinople le *magister census* et dans les provinces le gouverneur, en l'absence de celui-ci un magistrat municipal et, celui-ci faisant défaut, un défenseur de la cité (C. Théod. 8, 12, *de donat.*, L. 8, § 1). Depuis l'empereur Léon 1er, c'étaient les mêmes personnes, avec la faculté de choisir un gouverneur, un magistrat municipal ou un défenseur quelconque (C. *h. t.*, L. 30, L. 32); il était aussi permis de s'adresser au *juridicus Alexandriæ* (C. 1, 57, *de off. jurid. Alex.*, L. un.).

(16) C. *h. t.*, L. 35, § 5a-5e (L. 35, § 5, édition Kriegel); I. *h. t.*, § 2, vis Perficiuntur autem..... incumbat donatori.

manière la donation a pris rang parmi les pactes légitimes(17).

B) *Notion et conditions des donations*; § 170.

I. La donation (*donatio*(1)) est la convention(2) par laquelle une personne, dans l'intention de faire une libéralité à une autre, aliène ou promet d'aliéner quelque chose en sa faveur de manière à l'enrichir(3). Le donateur s'appelle *donator*(4), tandis que le donataire n'est jamais désigné dans nos sources que par des circonlocutions(5); l'expression de *donatarius* est de création moderne. Considérée d'une manière générale, la donation constitue une convention à titre gratuit ou de bienfaisance(6); mais elle se distingue des autres conventions de cette espèce par l'aliénation à laquelle elle donne lieu(7). En particulier, les conditions de sa validité sont les suivantes:

(17) On n'en a pas moins soutenu qu'encore sous Justinien, toute donation qui n'est pas soumise à l'insinuation, doit se faire en présence de trois témoins, et que l'écrit, s'il en est dressé un, doit mentionner le nom du donateur et la chose donnée (arg. C. *h. t.*, L. 25, § 1 initio, et Nov. 52, c. 2). Telle est l'opinion de MAREZOLL, *Magazin für Rechtswissenschaft* IV, p. 175-203, Giessen, 1844. Elle est mal fondée; on ne peut argumenter des vestiges du droit antéjustinien qui se rencontrent dans le recueil de Justinien (C. *h. t.*, L. 25, § I initio), alors que cet empereur base la donation en termes précis sur le simp'e consentement des parties (C *h. t.*, L. 35, § 5 à 5ᶜ (L. 35, § 5, Kriegel); I. *h. t.*, § 2, vⁱˢ Perficiuntur autem..... incumbat donatori). Voyez en ce sens SCHILLING, III, § 359, p. 910-911, et *Erinnerung* (l'argumentation de cet auteur est péremptoire), DE SAVIGNY, *System* IV, § 165, p. 204-208, et PUCHTA, *Institut.* II, § 206 i. f.

(1) de *dono datio* (D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 35, § 1).

(2) du moins c'est à ce point de vue restreint que nous devons envisager la donation dans la théorie des conventions; car la donation peut aussi constituer un acte unilatéral; cf. ci-après le nº III du présent paragraphe.

(3) Cf. D. *h. t.*, L. 29, pr. « Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur », et L. 1, pr.

(4) I. *h. t.*, § 2; D. *h. t.*, L. 18, § 3, L. 19, § 3 initio, L. 33, § 1; *Vatic. fragm.* 275. Autres désignations: *donans* (D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 8-9, L. 31, § 7; *Vatic. fragm.* 282 initio) et *qui donavit* (I. *h. t.*, § 1 initio; D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 16, L. 11, pr. i. f.).

(5) *is cui donatur* (I. *h. t.*, § 1 i. f.; D. *h. t.*, L 9, § 3), *qui donum accepit* (D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 32, § 10; D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 48) et autres semblables (D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 16 i. f., L. 32, § 14).

(6) I. 2, 20, *de leg.*, § 6 initio; D. 6, 2, *de Publ. act.*, L. 7, § 3.

(7) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 3, § 8 i. f.

A) Le donateur doit être capable d'aliéner(8), car toute donation a pour objet de faire une aliénation(9). En ce qui concerne les personnes qui ne peuvent aliéner que moyennant l'autorisation de leur tuteur ou le consentement d'un curateur et un décret du magistrat(10), il leur est impossible de faire des donations(11); en effet, le magistrat ne doit homologuer une aliénation que si elle est commandée par la nécessité ou par un avantage évident(12); or les donations ne reposent pas sur de pareils motifs(13). De même, aucun administrateur des biens d'autrui n'a qualité pour en faire donation, eût-il en général le droit de les aliéner(14). De son côté, le

(8) Arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 165.

(9) Applications : D. *h. t.*, L. 23, § 1; D. 2, 14, *de pact.*, L. 28, pr. initio; *Vatic. fragm.* 259 initio, cf. 264. — (10) Cf. ci-dessus T. II, § 87, 2°, cf. 1°.

(11) C. 5, 74, *si major fact. sine decr. fact. alien. rat. hab.*, L. 3, § 2 initio (L. 3, édition Kriegel).

(12) D. 27, 9, *de reb. eor., qui sub tut.*, L. 1, § 2, L. 5, § 9; C. 5, 71, *de præd et al. reb. minor.*, L. 6, L. 12, L. 18.

(13) Cette interdiction de donner ne s'applique, ni aux choses dont l'aliénation ne requiert pas un décret du magistrat (C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 22, § 6-7, L. 28, § 5, et C. 5, 72, *quando decreto opus non sit*, L. 4, cbn. avec D. 26, 7, *de admin. et peric. tut.*, L. 12, § 3 i. f., L. 13, § 2), ni aux donations par simple promesse, qui, comme toutes les autres promesses, sont valables indépendamment d'une homologation judiciaire, sauf que l'aliénation de la chose est impossible au profit du donataire et sans préjudice de la restitution en entier pour cause de minorité (arg. C. 2, 21 (22, Kriegel), *de in integr. restitut. minor.*, L. 3 i. f.). Cf. ci-dessus T. II, § 87, 2°, p. 50-51. Le mineur peut constituer une dot ou faire une donation *propter nuptias* à son conjoint moyennant un décret du magistrat (C. 5, 74, *si major fact. sine decr. fact. alien. rat. hab.*, L. 3, § 2 initio (L. 3 i. f., Kriegel) et arg. de ce texte); mais il n'y a pas donation véritable dans l'espèce; cf. ci-dessus T. II, § 84, note 12 i. f., et ci-après la note 92 du présent paragraphe.

(14) D. *h. t.*, L. 7, pr. « Filius familias donare non potest, neque si liberam « peculii administrationem habeat : non enim ad hoc ei conceditur libera peculii « administratio, ut perdat »; D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 3, § 2 i. f.; D. 2, 14, *de pact.*, L. 28, § 2, vis verum est..... non habere. — D. 26, 7, *de admin. et peric. tut.*, L. 22 i. f., L. 46, § 7; C. 5, 37, *de admin. tut. et curat.*, L. 16; D. 27, 10, *de curat. fur.*, L. 12, L. 17. Cf. D. 26, 7, *de admin. et peric. tut.*, L. 12, § 3 i. f., L. 13, § 2. — D. 2, 14, *de pact.*, L. 37; C. 2, 4, *de transact.*, L. 12. — Cf. ci-dessus T. III, § 135, 1° i. f.

Pas plus qu'aucune autre convention (ci-dessus T. II, § 87, 3°, cbn. avec T. I, § 47, II, 2°), une donation ne peut intervenir entre personnes unies par la

donataire doit avoir la capacité de stipuler(15); mais, comme il ne contracte aucun engagement, il n'a pas besoin d'être capable de promettre; la donation modale fait exception, à cause de l'obligation d'exécuter le mode(16). Il y a en outre des donations prohibées entre certaines personnes pour des motifs particuliers :

1° Telles sont les donations entre époux(17); la dépendance résultant du mariage ne laisse pas aux conjoints une liberté suffisante(18).

2° Si quelqu'un ayant des enfants d'un premier mariage convole en secondes noces, il ne peut donner à son second conjoint qu'une part d'enfant du premier lit le moins prenant(19). Cette interdiction a pour but de protéger les enfants du premier lit contre les conséquences de la nouvelle union de leur père ou mère, dont l'affection se reporte souvent sur le second conjoint.

3° Le père naturel, qui a de plus des enfants légitimes, ne peut donner à ses enfants concubinaires et à sa concubine ensemble qu'un douzième de son patrimoine(20) et à sa concubine seule qu'un vingt-quatrième (21).

puissance paternelle (D. 41, 6, *pro donato*, L. 1, § 1; D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 3, § 2; C. *h. t.*, L. 11, L. 17). — (15) Cf. ci-dessus T. II, § 87, 1°.

(16) Cf. ci-après § 176, 2° initio. Au reste, il ne suffit point que le donateur et le donataire possèdent respectivement la capacité d'aliéner et celle de stipuler en général; cette capacité doit aussi leur appartenir quant à la chose qui fait l'objet de la donation. Le mari ne peut donner des immeubles dotaux (arg. I. 2, 8, *quib. alien. licet*, pr.); un fonctionnaire provincial ne peut recevoir des donations dans la province où il exerce sa fonction (arg. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 62, pr.; ci-dessus T. II, § 115, I, 2°). — (17) D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 1 initio.

(18) L. 1 i. f., cit.

(19) C. 5, 9, *de sec. nupt.*, L. 6, pr., § 1-3 (L. 6, pr., édition Kriegel). La donation ne se valide pas pour l'excédent, si le donateur décède dans le mariage sans l'avoir révoquée (L. 6, pr. i. f., cit. (L. 6, pr. initio, Kriegel)).

(20) Nov. 89, c. 12, § 2. Cf. C. 5, 27, *de natur. lib.*, L. 9, § 8 (L. 9, § 3, Kriegel), et Nov. 89, c. 3, pr.

(21) Nov. 89, c. 12, § 2 i. f. Les enfants concubinaires ne peuvent donner à leur père naturel que dans la même mesure (Nov. 89, c. 13) et toute donation est prohibée de la part du père naturel en faveur d'enfants adultérins ou incestueux (arg. Nov. 89, c. 15, pr. initio). Cf. C. 6, 57, *ad sctum Orfit.*, L. 5, et C. 1, 3, *de episc. et cler.*, L. 44 (L. 45, Kriegel).

Le développement de ces différentes prohibitions de donner appartient à

4° Aux termes de la loi *Cincia*, les avocats ne pouvaient recevoir des gratifications pour leurs plaidoiries (22). Cette défense paraît avoir été provoquée par l'exagération des honoraires que les avocats patriciens se faisaient payer à l'avance par les plébéiens (23). Elle fut renouvelée par Auguste (24), preuve qu'elle n'était guère observée. Aussi Claude l'abrogea-t-il, tout en défendant aux avocats de recevoir au delà de 100 solides (environ 1,500 fr.) par affaire (25) et cette prohibition demeura en vigueur (26), même après que Septime Sévère et Caracalla eurent ouvert aux avocats une *cognitio extraordinaria* en payement de leurs honoraires, jusqu'à concurrence du maximum indiqué (27).

Les donations prohibées pour cause d'incapacité sont nulles alors même qu'elles sont faites à des personnes interposées, c'est-à-dire chargées de procurer la libéralité à l'incapable (28); à vrai dire, ces

d'autres théories. Voyez notre *Cours élémentaire de droit romain* II, § 556, 564, 2°, et § 647, I, 5°.

Cf. encore le D. *h. t.*, L. 5.

(22) TACITE, *Annal.* XI, 5, vis consurgunt Patres, legemque Cinciam flagitant, « qua cavetur antiquitus, ne quis ob causam orandam pecuniam donumve « accipiat ».

(23) TITE-LIVE, XXXIV, 4, vis quia vectigalis jam et stipendiaria plebes esse « senatui cœperat; TACITE, *Annal.* XV, 20, vis oratorum licentia.

(24) DION CASSIUS, LIV, 18. Cf. TACITE, *Annal.* XIII, 42.

(25) TACITE, *Annal.* XI, 7 i. f.; PLINE, *Epist.* V, 21.

(26) SUÉTONE, *Néron* 17. Cf. TACITE, *Annal.* XIII, 5 et 42.

(27) D. 50, 13, *de extraord. cognit.*, L. 1, § 9, 10 et 13 initio. Un sénatus-consulte, porté vraisemblablement sous le règne de Trajan, avait défendu aux avocats de recevoir des gratifications avant leurs plaidoiries (PLINE, *Epist.* V, 21). Mais cette interdiction tomba en désuétude dès la période classique (D. 50, 13, *de extraord. cognit.*, L. 1, § 10 et 13 i. f.; D. 19, 2, *loc.*, L. 38, § 1; C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 11).

Pour les honoraires des avocats voyez notre *Cours élémentaire de droit romain* I, § 126, n° I, 2°, et n° II initio.

Pour être complet, citons encore les incapacités variées de donner et de recevoir qui frappaient les hérétiques (C. 1, 5, *de hæret.*, L. 4, § 2-3, L. 15 (Manichéens et Donatistes). — C. *eod.*, L. 17, § 1 (Samaritains), cf. L. 18, § 3 (L. 18, pr., édition Kriegel). — C. 1, 7, *de apost.*, L. 4, pr. et § 1 (L. 4 initio, Kriegel) (apostats). — C. 1, 6, *ne sanct. bapt. iteretur*, L. 3. — C. 1, 5, *de hæret.*, L. 19, pr. — C. *eod.*, L. 5, L. 10).

(28) PAUL, II, 23, § 3. « Inter virum et uxorem nec per interpositam personam

donations sont faites au profit de l'incapable. En général, l'interposition de personnes doit être directement établie par celui qui l'allègue. Toutefois, au point de vue des donations entre époux, sont présumées interposées les personnes unies par un lien de puissance avec l'un des conjoints(29), soit que l'un des époux donne à une personne ainsi unie avec son conjoint, donc à son père de famille(30), à son enfant sous puissance(31), à son esclave(32), ou bien à son frère ou à sa sœur soumise à la même puissance(33), soit que, en sens inverse, une personne unie par un lien de puissance avec l'un des époux donne au conjoint(34), soit enfin qu'une donation intervienne entre deux personnes respectivement unies par un lien de puissance avec l'un et l'autre conjoint(35).

B) Objectivement la donation suppose deux choses :

« donatio fieri potest » ; D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 2 initio ; C. 5, 9, *de sec. nupt.*, L. 6, § 3 i. f. (L. 6, pr. i. f., Kriegel).

(29) D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 2 initio.

(30) D. *eod.*, L. 3, § 6, vis Sed et his..... vir in soceri.

(31) D. *eod.*, L. 3, § 4 initio et 6, vis Sed et his..... vir in soceri.

(32) Arg. D. *eod.*, L. 3, § 3. — (33) Arg. D. *eod.*, L. 3, § 2.

(34) D. *eod.*, L. 3, § 2, 3, 5 et 6 initio, L. 38, pr. ; C. 5, 16, *eod.*, L. 5.

(35) D. 24, 1, *eod.*, L. 32, § 20-21 ; C. 5, 16, *eod.*, L. 4. Cf. D. 24, 1, *eod.*, L. 32, § 16.

Il y a exception pour les biens castrains ou quasi-castrains donnés par un enfant sous puissance (D. 24, 1, *eod.*, L. 3, § 4 i. f.) et pour les donations qui doivent profiter à son pécule castrain ou quasi-castrain (L. 3, § 4, cit., vis sed si..... castrensis peculii) ; car par rapport à ces biens l'enfant est réputé père de famille (D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 2 i. f.).

En dehors d'un lien de puissance, les personnes précitées ne sont pas considérées comme interposées (D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 3, § 6 i. f., L. 38, § 1). Voyez d'autre part les *Vatic. fragm.* 269, et le C. 5, 16, *de donat. inter V. et U.*, L. 19.

Ces règles semblent devoir encore être suivies dans le droit de Justinien, quoique les enfants sous puissance soient devenus capables d'acquérir pour eux-mêmes. Si ce motif d'une présomption d'interposition a disparu, il demeure vrai que les personnes dont il s'agit sont en fait souvent interposées en vue d'éluder la prohibition de donner entre conjoints. Cf. DE SAVIGNY, *System* IV, § 162, note o, lequel est partiellement contraire, et SCHILLING, III, § 354, et note z.

Les présomptions d'interposition relatives aux donations entre époux ne sauraient être étendues aux autres incapacités de donner et de recevoir.

1° une aliénation(36) ou tout au moins la promesse de faire une aliénation(37). Par aliénation il faut entendre une diminution de patrimoine(38). D'après cela le mandat(39), le commodat(40), le précaire(41) et le dépôt(42) ne constituent pas des donations, quoique l'une des parties y fasse une libéralité à l'autre; cette libéralité ne consiste pas en une diminution de patrimoine; les contrats précités sont des contrats de bienfaisance distincts de la donation. Ne forment pas davantage des donations les conventions par lesquelles on renonce à des droits non encore acquis; de pareilles renonciations n'entraînent aucune diminution de patrimoine; elles excluent seulement une augmentation de patrimoine(43). A cette catégorie de conventions

(36) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 3, § 8, vis ceteræ enim personæ « alienationem peculii ut donent non habent », D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 45, pr., vis non solum per donationem, sed quocumque modo res alienatæ.., et D. 50, 17, *de R. J.*, L. 165.

(37) I. *h. t.*, § 2 initio; C. *h. t.*, L. 35, § 5ª-5ᵉ (L. 35, § 5, édition Kriegel).

(38) D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 31, § 7, vis non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis deminuitur, L. 5, § 16. Cf. D. 41, 6, *pro donato*, L. 3, et D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 8.

(39) Arg. D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 9, § 3 i. f., et D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 58, § 2.

(40) *Vatic. fragm.* 269; arg. D. 31, *de leg.* II, L. 88, pr., vis aut donavi aut in usum concessi. *Non obstant* D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 18, D. *h. t.*, L. 9, pr., L. 27; dans les deux premiers passages, le commodat est représenté comme une donation dans le sens large; dans le troisième, il s'agit de la donation de la servitude personnelle d'usage. Le commodat ayant pour objet un immeuble ne fait pas exception à la règle (arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 18); le D. *h. t.*, L. 9, pr., n'est pas contraire; il emploie le mot *donatio* dans l'acception large, comme le D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 18.

Voyez en ce sens SCHILLING, III, § 349, et notes e et f. Contra DE SAVIGNY, *System* IV, § 145, p. 27-28, et § 146, p. 32-37.

(41) *Non obstant* D. 43, 26, *de prec.*, L. 1, § 1-2, L. 14 i. f., et D. 47, 2, *de furt.*, L. 14, § 11 initio, qui se bornent à dire que le précaire est une sorte de donation dans le sens large.

(42) D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 52, pr., vis cum autem depositum.....; arg. D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 9, § 3 i. f. Pour la constitution de dot voyez ci-dessus T. II, § 84, et note 12, et ci-après la note 92 du présent paragraphe.

(43) Arg. D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 45, pr., vis idemque juris est et si non quæratur, cbn. avec le surplus du passage, et D. 50, 16, *de V. S.*, L. 28, pr. i. f. Le C. *h. t.*, L. 3, en parlant d'une donation, a en vue une donation dans le sens large.

appartiennent le prêt de consommation, si. dans une pensée de libéralité, le prêteur s'abstient de stipuler des intérêts(44), et la remise d'intérêts à échoir(45). De même, on ne saurait admettre une donation des intérêts à échoir, si, une dette étant à terme et non productive d'intérêts, le débiteur prend un nouvel engagement pur et simple(46) ou bien paye la dette avant l'échéance(47). Enfin, il n'y a donation véritable que si l'auteur de la libéralité est propriétaire ou possesseur de bonne foi de la chose donnée, et non s'il n'en a que la possession de mauvaise foi. Dans le premier cas, il aliène sa propriété ; dans le second, il abandonne aussi un droit véritable; mais, dans le troisième, il n'abandonne qu'un simple fait et partant ne diminue pas son patrimoine(48).

(44) Arg. D. *h. t.*, L. 23, pr.

(45) L. 23, pr., cit. « Modestinus respondit creditorem futuri temporis usuras et « remittere et minuere pacto posse nec in ea donatione ex summa quantitatis « aliquid vitii incurrere ». Dans le recueil de Justinien, ce passage signifie que la remise d'intérêts futurs supérieurs à 500 solides ne requiert pas l'insinuation; le motif en est qu'il n'y a pas dans l'espèce donation véritable.

Il en est de même si le créancier d'un capital non productif d'intérêts accorde un délai de payement à son débiteur (arg. D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 56, vis pactum, quod..... condictionem). Cf. D. *h. t.*, L. 9, pr., qui admet seulement une donation dans le sens large.

Il n'en est pas autrement de la convention par laquelle on renonce à des fruits futurs autres que les intérêts (arg. D. 42, 8, *quæ in fraud. credit.*, L. 25, § 4 i. f., et D. *h. t.*, L. 9, § 1 initio, L. 11). En ce sens SCHILLING, III, § 349, et note q.

Mais la concession gratuite d'une servitude personnelle est une véritable donation (D. *h. t.*, L. 27, L. 32).

(46) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 31, § 6.

(47) L. 31, § 6, cit. « Quod vir uxori in diem debet, sine metu donationis præ- « sens solvere potest, quamvis commodum temporis retenta pecunia sentire « potuerit ».

(48) Arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 119. « Non alienat, qui dumtaxat omittit possessionem », et D. 41, 6, *pro donato*, L. 3. « Si vir uxori vel uxor viro donaverit, « si aliena res donata fuerit, verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is « qui donasset non fieret, usucapionem possidenti procedere ». Il résulte de cette loi que le conjoint donataire peut usucaper *pro donato* s'il a reçu la chose d'autrui dont le donateur avait la possession de mauvaise foi; car alors il n'y a pas de donation proprement dite, donc la prohibition de donner entre époux est inapplicable, ce qui permet l'usucapion en vertu d'un juste titre. Mais, si l'époux donateur possédait de bonne foi, il s'est formé une donation véritable et, comme

2° La seconde condition objective de la donation est l'enrichissement du donataire(49). Avant tout ne présentent pas ce caractère les nombreuses conventions à titre onéreux où l'une des parties veut faire une aliénation en vue d'un équivalent à fournir par son cocontractant; c'est le cas dans la vente, l'échange et le prêt de consommation(50). Mais la donation n'est pas exclue par la circonstance que le donataire s'engage à exécuter certaines charges qui n'équivalent pas au montant de la libéralité reçue; la donation modale est une vraie donation; elle porte sur la chose donnée, déduction faite de la valeur de la charge(51). En outre, la donation est exclue toutes les fois qu'une personne fait une aliénation au profit d'une autre dans un esprit de bienfaisance, mais sans qu'il en résulte un enrichissement pour le gratifié; par exemple un créancier hypothécaire renonce à son hypothèque(52), un débiteur accorde

la donation entre époux est nulle, il manque un juste titre au donataire; dès lors l'usucapion *pro donato* se trouve exclue. Cf. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 25. Voyez en ce sens DE SAVIGNY, *System* IV, § 156, p. 112-116.

Par analogie, l'abandon gratuit de la simple possession d'une chose de la part du propriétaire ne constitue pas une vraie donation (arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 46; cf. D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 1, § 4 initio). En ce sens DE SAVIGNY, *System* IV, § 149, p. 54.

(49) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 8, v^is^ definiri solet eam demum « donationem impediri solere, quæ et donantem pauperiorem et accipientem « faciet locupletiorem.. », et § 16, v^is^ etiamsi deminuat (*scil. de facultatibus suis « qui donavit*), locupletior tamen non fit qui accepit, donatio valet », L. 25.

(50) Il faut en dire autant du payement d'une dette, alors même que celle-ci serait simplement naturelle (D. *h. t.*, L. 19, § 4 initio) ou résulterait d'une donation; un créancier ne s'enrichit jamais par le payement qu'il reçoit, puisqu'il perd son droit de créance.

(51) D. *h. t.*, L. 18, pr. « Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, « obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum « existimare refert. § 1. Denique refert Aristonem putare, si servum tibi tradi- « dero ad hoc, ut eum post quinquennium mammittas, non posse ante quin- « quennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur.. ».

(52) D. 20, 6, *quib. mod. pignus sólv.*, L. 1, § 1. On peut encore citer ici la remise d'une dette inefficace à raison d'une exception (cf. D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 3, et D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 2, § 3); voyez DE SAVIGNY, *System* IV, § 149, p. 56, et § 158, p. 127 i. f. Mais cette remise n'entraîne pas davantage une aliénation véritable de la part du créancier.

une hypothèque à son créancier(53), on concède à quelqu'un un terrain pour y construire un tombeau(54), etc.(55). *Quid* du cautionnement et de la constitution d'une hypothèque pour la dette d'autrui? Ces actes n'impliquent jamais une donation en faveur du créancier, puisque celui-ci n'augmente pas son patrimoine; il garantit seulement une créance préexistante(56). Mais il existe une donation éventuelle en faveur du débiteur, si l'on se porte caution ou qu'on constitue une hypothèque dans l'intention de faire une libéralité au débiteur, c'est-à-dire sans vouloir exercer un recours contre lui si l'on paye le créancier ou si la chose hypothéquée vient à être vendue; telle est aussi l'éventualité dont dépend la donation(57).

Sous les conditions prémentionnées, la donation peut avoir pour

(53) le débiteur fût-il insolvable; cette circonstance ne saurait donner lieu à une donation, alors que le payement même de la dette n'a pas ce caractère (DE SAVIGNY, *System* IV, § 149, et note e).

(54) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 8, « Concessa donatio est « sepulturæ causa : nam sepulturæ causa locum marito ab uxore vel contra posse « donari constat et si quidem intulerit, faciet locum religiosum. Hoc autem ex eo « venit, quod definiri solet eam demum donationem impediri solere, quæ et « donantem panperiorem et accipientem faciet locupletiorem : porro hic non « videtur fieri locupletior in ea re quam religioni dicavit. Nec movit quemquam, « quod emeret, nisi a marito accepisset : nam etsi pauperior ea fieret, nisi « maritus dedisset, non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit », voyez encore L. 5, § 12.

(55) Il en est de même de l'affranchissement d'un esclave (arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 106, « Libertas inæstimabilis res est », et ULPIEN, II, 11, vⁱˢ nec pretii computatio pro libertate fieri potest), de l'émancipation d'un enfant sous puissance et de la concession du droit de cité romaine. Ces actes n'enrichissent point ceux qui en profitent. Si on les appelle assez souvent donations (I. 1, 7, *de lege Fufia Caninia subl.*, i. f.; D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 39 i. f. — C. 6, 61, *de bonis, quæ lib.*, L. 6, § 3 i. f. (L. 6, § 3 initio, édition Kriegel). — GAIUS, I, 94 initio, et III, 20 i. f.), c'est d'une manière impropre.

(56) D. 38, 5, *si quid in fraud. patr.*, L. 1, § 19. « Si fidejussit apud me libertus « vel rem suam pro alio pignori dedit in necem patroni, an Faviana locum « habeat, videamus, et numquid cum damno meo non debeat patrono subveniri : « *neque enim donavit aliquid mihi, si pro aliquo intervenit, qui non fuit solvendo : « eoque jure utimur*. Igitur creditor non poterit Faviana conveniri... ».

(57) L. 1, § 19, cit., vⁱˢ debitor poterit quidem (*scil. Faviana conveniri*), sed « potest et mandati : plane si deficiat mandati actio, quia donationis causa inter- « venit, erit Favianæ locus »; D. 17, 1, *mand.*, L. 6, § 2; D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 4.

objet des droits de toute nature, réels ou de créance. — Les droits réels susceptibles de donation sont la propriété, les servitudes, l'emphytéose, la superficie et l'hypothèque. Pas de difficulté pour la propriété. En ce qui concerne les servitudes, la donation peut avoir pour objet soit la constitution d'une servitude quelconque, personnelle(58) ou prédiale(59), soit la renonciation à une servitude(60), soit la cession de l'exercice d'un usufruit(61). La donation peut aussi consister dans la constitution d'un droit de superficie(62) dans la renonciation à un droit d'emphytéose ou de superficie(63) ou dans le transfert de l'un de ces droits à un tiers autre que le proriétaire(64). Quant à l'hypothèque, au moins sa constitution pour la dette d'autrui est une donation éventuelle en faveur du débiteur, si on a voulu lui faire une libéralité(65). — Les créances

(58) D. 7, 9, *usufruct. quemadm. cav.*, L. 1, § 2, vis si ex mortis causa donatione usus fructus constituatur..; D. *h. t.*, L. 27, L. 32.

(59) Arg. D. 8, 4, *comm. præd.*, L. 17 initio.

(60) C. 6, 61, *de bonis, quæ lib.*, L. 6, § 3ª initio (L. 6, § 3, édition Kriegel). — D. 8, 4, *comm. præd.*, L. 17 i. f.

(61) D. 7, 1, *de usufructu*, L. 2, § 12, vis Sed et si alii..... probat, L. 38 initio, L. 40. L'exercice des autres servitudes personnelles est généralement inaliénable à titre gratuit (I. 2, 5, *de usu et habit.*, pr. i. f. et § 3 i. f. — D. 7, 8, *de usu et habit.*, L. 10, pr., vis Denique donare non poterit... — Arg. D. 33, 2, *de usu et usufructu*, L. 2, vis Et quoniam..... tenebitur). Voyez cependant le D. 7, 8, *de usu et habit.*, L. 2, § 1 i. f., L. 3, L. 4 initio.

(62) D. 43, 18, *de superfic.*, L. 1, § 7. En ce sens MEYERFELD, cité, I, § 11, nº 24, et DE SAVIGNY, *System* IV, § 156 i. f. Contra SCHILLING, § 350, et note u.

Mais, comme le contrat emphytéotique suppose essentiellement une rente à payer par l'emphytéote, il ne forme jamais une donation. En ce sens SCHILLING, III, § 350, et note u. Contra MEYERFELD, cité, I, § 11, nº 23 initio, et DE SAVIGNY, *System* IV, § 156 i. f.

(63) Cf. D. 30, *de leg.* I, L. 86, § 4. Toutefois, cette donation n'existe que pour autant que le droit de superficie a été concédé gratuitement ou pour un prix global déjà payé, ou bien encore que la rente périodique à payer par l'emphytéote ou par le superficiaire est inférieure à la valeur réelle de l'emphytéose ou de la superficie. Cf. MEYERFELD, cité, I, § 11, nºs 23 i. f. et 24, DE SAVIGNY, *System* IV, § 156 i. f., et SCHILLING, III, § 350, et note t.

(64) I. 3, 24, *de loc. et conduct.*, § 3; C. 11, 62 (61, édition Kriegel), *de fund. patrim.*, L. 1.

(65) Cf. ci-dessus *ad not.* 56 et 57 du présent paragraphe. Rien n'empêche même de donner le droit d'hypothèque sans la créance, comme nous l'avons démontré au T. I, § 67, II, A, 4º.

sont susceptibles de donation en deux sens différents. D'un côté, un créancier peut donner sa créance à un tiers autre que le débiteur, soit en la lui cédant(66), soit en le substituant à lui-même comme créancier par la voie d'une novation subjective(67). Parfois la créance qu'il s'agit de donner, ne se forme qu'au moment de la donation. A, voulant donner 1000 à B, prête 1000 à X au nom de B ; il y a donation d'une créance de 1000 *ex mutuo* en faveur de B(68); seulement la créance a pris naissance à l'instant de la donation(69). Un cas analogue est celui où quelqu'un, voulant gratifier une femme mariée, constitue un dot a son mari(70). De même si A, dans l'intention de faire une libéralité à B, charge X, qui n'est pas son débiteur, de promettre 1000 à B, et que X promette effectivement les 1000 à B, sa promesse contient la donation d'une créance de 1000 de la part de A en faveur de B; cette créance s'est encore formée au moment même de la donation(71). D'un autre côté, la donation peut avoir pour objet de libérer le donataire d'une dette, soit vis-à-vis du donateur, soit vis-à-vis d'un tiers. Dans le premier cas, la libération se fait par une convention libératoire, acceptila-

(66) C. *h. t.*, L. 2; C. 4, 35, *mand.*, L. 22, § 3 i. f. (L. 22 i. f., Kriegel), L. 23, pr. i. f. — (67) D. *h. t.*, L. 2, § 1; C. *h. t.*, L. 11, § 1 (L. 11 i. f., Kriegel).

(68) D. *h. t.*, L. 34, pr. « Si pater emancipati filii nomine donationis animo « pecuniam fæneravit eamque filius stipulatus est, ipso jure perfectam donatio- « nem ambigi non potest »; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 2, § 4, L. 9, § 8. Cf. D. *h. t.*, L. 19, § 3, L. 35, § 2.

(69) Pour être parfaite, cette donation exige l'acceptation de B (D. *h. t.*, L. 34, pr., transcrit à la note précédente).

(70) La femme mariée n'a pas besoin d'accepter la donation, car elle acquiert de plein droit l'action en restitution de la dot (C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un., § 13-13c (§ 13, Kriegel). Cf. D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 43, § 1).

En dehors des deux cas que nous venons d'indiquer (prêt de consommation et constitution de dot), la donation faite au profit d'un tiers n'est valable que s'il a stipulé au contrat; car en principe on n'est pas admis à stipuler en faveur d'un tiers (D. *h. t.*, L. 31, § 3. — D. *h. t.*, L. 31, § 1; D. 33, 4, *de dote præleg.*, L. 11. Cf. C. 5, 16, *de donat. inter V. et U.*, L. 6, pr. (L. 6 initio, Kriegel)). Voyez ci-dessus T. II, § 111, III, 2° i. f.

Cf. sur ce point DE SAVIGNY, *System* IV, § 157, p. 122-124.

(71) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 52, § 1. « Uxor viro fructum fundi « ab herede suo dari, quod si datus non fuisset, certam pecuniam mortis causa « promitti curavit : defuncto viro viva muliere stipulatio solvitur... ».

tion(72) ou simple convention(73), qui intervient entre le donateur et le donataire. Dans le second cas, ou bien le donateur payera de ses deniers le créancier du donataire(74), ou bien il s'engagera envers ce créancier à la place du donataire par la voie de la novation(75), ou bien encore il chargera un tiers de prendre un pareil engagement; si ce tiers est un débiteur du donateur, comme il arrive d'habitude, lui aussi sera libéré de sa dette, mais à titre onéreux; deux obligations auront été remplacées par une seule(76). — Souvent on représente comme donation d'une créance toute promesse de donner à titre gratuit, parce que cette promesse établit toujours un lien obligatoire entre le donateur et le donataire(77). Mais la promesse de donner une chose corporelle ou un droit réel sur la chose d'autrui a plutôt pour objet cette chose corporelle ou ce droit réel; l'obligation naissant de la promesse n'est qu'un moyen de faire avoir au donataire l'objet de la libéralité. La promesse de donner n'implique vraiment une donation de créance que si elle porte sur une créance; alors seulement elle ressemble à la donation qui consiste dans la cession immédiate d'une créance(78). Parfois aussi l'on dit que les dona-

(72) C. 8, 43 (44, édition Kriegel), *de acceptil.*, L. 2; D. *h. t.*, L. 17.

(73) D. 2, 15, *de transact.*, L. 1 i f.; C. 8, 42 (43, Kriegel), *de solut.*, L. 6; arg. D. 2, 14, *de pact.*, L. 2, § 1.

(74) C. 2, 18 (19, Kriegel), *de neg. gest.*, L. 12 initio; arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 7, § 7, L. 50, pr.

(75) D. *h. t.*, L. 21, pr.; D. 46, 2, *de novat.*, L. 33; D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 5, § 5.

(76) D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 18, § 1, L. 31, § 3. Voyez encore le D. 46, 3, *de solut.*, L. 23.

Le donateur peut aussi prendre à sa charge une dette du donataire en empêchant cette dette de se former. A veut donner 1000 à B et B 1000 à C; B charge A de promettre 1000 à C; A fait cette promesse. Il y a à la fois donation entre A et B, et entre B et C. A a fait une donation à B en l'empêchant de s'obliger envers C, comme il avait l'intention de le faire, et B a fait à C donation d'une créance contre A, avec cette particularité que cette créance date seulement de la donation; cf. ci-dessus *ad not.* 68 à 70 du présent paragraphe (D. *h. t.*, L. 2, § 2, « Cum « vero ego Titio pecuniam donaturus te, qui mihi tantundem donare volebas, « jussero Titio promittere, inter omnes personas donatio perfecta est », L. 33, § 3 initio. Cf. L. 33, § 3 i. f., cit., et D. 42, 1, *de re judic.*, L. 41, pr.).

(77) DE SAVIGNY, *System* IV, § 157 initio. — SCHILLING, III, § 350, p. 772.

(78) Nous disons d'une façon analogue de la vente qu'elle a pour objet une aliénation et non qu'elle porte sur une simple créance.

tions se font *dando*, *obligando* ou *liberando*, selon qu'elles procurent au donataire un droit réel, une créance ou le libèrent d'une dette(79). Cette division, tout en étant de nature à aider la mémoire, présente l'inconvénient de séparer la donation *obligando* de la donation *liberando*, alors que les deux se rapportent également à une créance(80). La seule division rationnelle consiste à distinguer une donation réalisée et une promesse de donner, la première consistant en une aliénation actuelle, la seconde en une promesse d'aliéner; cette distinction résulte de la nature même de la donation et influe sur ses effets(81). — Ajoutons que, pour être valable, la donation doit être physiquement et juridiquement possible(82). En vertu du droit commun des conventions, la donation est nulle comme immorale si elle constitue un pacte successoire(83). A raison des règles propres aux donations, sont réputées immorales les donations faites soit à un fonctionnaire public à l'occasion de l'exercice de sa fonction(84),

(79) DE SAVIGNY, *System* IV, § 155, p. 105.

(80) SCHILLING, III, § 350, s'abstient de faire cette division.

(81) MAYNZ, II, § 255 initio, distingue des donations faites *dando*, des donations faites *liberando* et des donations faites *promittendo*, Mais, outre que les deux premières classes de donations ont une nature commune, Maynz ne trouve aucune place dans sa division pour les donations de créances, qu'il rattache d'une manière forcée aux donations *dando*.

(82) C. *h. t.*, L. 25, pr. « Donatio.. sub hac fieri debet observatione, ut quas « leges indulgent actiones condiciones pactionesque contineat.. »; *Vatic. fragm.* 249, 2°. Cf. ci-dessus T. II, § 91.

(83) D. *h.t.*, L. 29, § 2 initio; C. 2, 3, *de pact.*, L, 30, § 4, vis Jubemus etenim..... (L. 30 i. f., édition Kriegel). Cf. D. *h. t.*, L. 29, § 2, vis verum ei.....,.., L. 30, et D. 34, 9, *de his quæ ut ind. aufer.*, L. 2, § 3. Voyez ci-dessus T. II, § 91, II, 6°.

(84) D. 48, 11, *de lege Julia repetund.*, L. 3, « Lege Julia repetundarum tenetur, « qui, cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob judicandum vel non judi- « candum decernendumve acceperit », L. 4, vel quo magis aut minus quid ex « officio suo faceret ». Voyez encore le D. *eod.*, L. 1, pr., L. 5, L. 6, pr. et § 2, L. 7, pr. et § 2, L. 8, pr., et le C. 9, 27, *ad leg. Jul. repetund.*, L. 3, L. 6, pr. (L. 6 initio, Kriegel). Le fonctionnaire prévaricateur était en outre soumis à une poursuite criminelle (D. 48, 11, *de lege Julia repetund.*, L. 5, L. 6, § 1, L. 7, § 3, L. 9; C. 9, 27, *ad leg. Jul. repetund.*, L. 1, L. 4, L. 6, § 1 (L. 6 i. f., Kriegel)). Exceptions : 1° D. 48, 11, *de lege Julia repetund.*, L. 1, § 1, L. 7, § 1 initio; 2° D. *eod.*, L. 6, § 2 i. f; D. 1, 16, *de off. procons.*, L. 6, § 3; cf. D. 1, 13, *de off. præs.*, L. 18.

soit en vue de l'obtention d'une fonction publique(85) ou d'une dignité ecclésiastique(86); l'origine de cette prohibition remonte à une loi *Julia repetundarum* de Jules César, portée en l'an 59 avant J. C.(87).

C) La troisième condition de la donation est le consentement des parties(88). Ainsi la simple offre de donner ne constitue pas encore une donation; elle n'acquiert ce caractère que par l'acceptation du donataire; jusque-là il existe seulement une pollicitation non obligatoire(89). Le consentement à la donation suppose l'intention du donateur de faire une libéralité au donataire ou l'*animus donandi*; cet esprit de libéralité, qui est impliquée dans la notion même de la donation, est de son essence(90). Il en résulte que l'exécution d'une obligation naturelle ne forme pas une donation(91); l'intention du payant est d'acquitter sa dette et non de faire une libéralité à son créancier(92). Il n'y a pas davantage donation si un débiteur

(85) C. 9, 27, *ad leg. Jul. repetund.*, L. 6; Nov. 8, c. 1; Nov. 161, c. 1 et 2.

(86) C. 1, 3, *de episc. et cler.*, L. 30 (L. 31, édition Kriegel); Nov. 123, c. 2, § 1.

(87) D. 48, 11, *de lege Jul. repetund.*; C. 9, 27, *ad leg. Jul. repetund.* Au sujet d'autres prohibitions de donner, voyez : 1° le D. *h. t.*, L. 20, pr., 2° PAUL, V, 12, § 7, le D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 22, § 2, et le C. 2, 17 (18, Kriegel), *ne fiscus v. res publica*, L. 2.

(88) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 55. Cf. C. *h. t.*, L. 10.

(89) CICÉRON, *Topica* 8 i. f., vis neque donationem sine acceptione intelligi posse; D. *h. t.*, L. 10, vis Sed si....., L. 26. Voyez aussi le D. *h. t.*, L. 19, § 2, et le D. 50, 17, *de R. J.*, L. 69. Application : D. *h. t.*, L. 2, § 6; C. 4, 10, *de O. et A.* L. 8. Voyez encore le D. 50, 12, *de pollicit.*, L. 5.

(90) D. *h. t.*, L. 1, pr., vis Dat aliquis.. et propter nullam aliam causam facit, « quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat : hæc proprie donatio appella- « tur.. », et § 1 initio. — D. *h. t.*, L. 29, pr. « Donari videtur, quod nullo jure « cogente conceditur »; D. 34, 4, *de adim. v. transfer. leg.*, L. 18.

(91) D. *h. t.*, L. 19, § 4. « Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber « factus eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio.. ».

(92) Cf. SCHILLING, III, § 352, 1°. On peut encore dire que le créancier ne s'enrichit point par le payement. Le payement d'une dette naturelle n'étant pas une donation, il faut refuser le caractère de donation à la constitution de dot de la part de la femme mariée; car celle-ci a l'obligation naturelle de se doter. Cf. ci-dessus T. II, § 84, note 12 i. f., et T. I, § 47, IV, 1°, ainsi que DE SAVIGNY, *System* IV, § 149, et notes b et c.

paye plus qu'il ne devait en droit, mais cependant dans l'intention de payer une dette; cette intention exclut la volonté de gratifier. Tel est le cas du mari qui pourvoit aux dépenses de sa femme, au delà des besoins réels de celle-ci (93), ou bien l'héritier chargé de legs qui entament sa quarte Falcidie, les paye intégralement sans retenir la quarte(94). Par contre, l'existence d'un simple devoir moral par lequel on se laisse déterminer à une aliénation, n'exclut pas la donation; le devoir moral n'empêche pas la volonté de gratifier(95). Mais de là il ne suit pas que l'aliénation faite par une personne ayant le devoir moral de la faire constitue nécessairement une donation; elle n'a ce caractère que si la volonté de gratifier est établie(96). Il y a plus : comme cette volonté ne saurait se présumer, si elle ne résulte pas de la convention ou des circonstances, on doit se prononcer contre la donation(97). C'est ainsi que l'entretien de parents qu'on n'avait pas l'obligation d'entretenir, est, d'après la diversité des cas, une donation ou une simple gestion d'affaires(98);

(93) D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 21, pr., L. 31, § 8 i. f., 9 et 10 initio, cf. L. 15, pr., L. 31, § 8 initio et 10 i. f.

(94) D. *eod.*, L. 5, § 15. Voyez encore le D. 19, 2, *loc.*, L. 15, § 4, vis Sed et si..... transactio.

(95) Arg. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 50, D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 26 (L. 27, édition Kriegel), § 1, C. 2, 18 (19, Kriegel), *eod.*, L. 1, L. 11 initio, L. 15 initio, et D. 11, 7, *de relig.*, L. 14, § 7-9.

(96) C. 2, 18 (19, Kriegel), *de neg. gest.*, L. 11 i. f., L. 13 i. f., L. 15 i. f.; D. 3, 5, *eod.*, L. 26 (L. 27, Kriegel), § 1; D. 11, 7, *de relig.*, L. 14, § 7-9.

(97) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 33, (L. 34, Kriegel).

(98) D. *eod.*, L. 26 (L. 27, Kriegel), § 1, L. 33 (L. 34, Kriegel); C. 2, 18 (19, Kriegel), *eod.*, L. 1, L. 11, L. 15; D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 50.

La loi 33 citée est le passage capital sur la question. « Nesennius Apollinaris « Julio Paulo salutem. Avia nepotis sui negotia gessit : defunctis utrisque aviæ « heredes conveniebantur a nepotis heredibus negotiorum gestorum actione : « reputabant heredes aviæ alimenta præstita nepoti. Respondebatur aviam jure « pietatis de suo præstitisse : nec enim aut desiderasse, ut decernerentur alimenta, « aut decreta essent. Præterea constitutum esse dicebatur, ut, si mater aluisset, « non posset alimenta, quæ pietate cogente de suo præstitisset, repetere. Ex con- « trario dicebatur tunc hoc recte dici, ut de suo aluisse mater probaretur : at in « proposito aviam, quæ negotia administrabat, verisimile esse de re ipsius nepotis « eum aluisse. Tractatum est numquid utroque patrimonio erogata videantur. « Quæro quid tibi justius videatur. Respondi : *hæc disceptatio in factum constitit :*

il faut avoir égard au degré de la parenté, au degré d'affection et à la fortune respective des parties. Quant à la donation rémunératoire, toutes les fois qu'elle tend à récompenser un service qui ne donnait lieu à aucune rémunération légale, elle forme une vraie donation; car elle repose sur une pensée de libéralité(99). — En général la donation est parfaite par le seul consentement des parties(100); elle constitue un pacte légitime; elle n'exige ni la tradition de la chose qu'il s'agit de donner(100), ni l'emploi de la forme de la stipulation(101), ni la rédaction d'un écrit(102), ni aucune autre forme(103). Le consentement peut aussi être tacite(104) et cette observation s'applique même à la volonté de gratifier(105). Enfin la donation, comme toute autre convention(106), peut se faire à une personne incertaine; c'est ce qui arrive lorsqu'on jette à une foule des pièces de monnaie ou d'autres choses de valeur dans

« nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observan-
« dum. Quid enim si etiam protestata est se filium ideo alere, ut aut ipsum aut
« tutores ejus conveniret? pone peregre patrem ejus obisse et matrem, dum in
« patriam revertitur, tam filium quam familiam ejus exhibuisse : in qua specie
« etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem divus Pius
« Antoninus constituit. Igitur *in re facti facilius putabo aviam vel heredes ejus*
« *audiendos, si reputare velint alimenta*, maxime si etiam in ratione impensarum es
« rettulisse aviam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque
« patrimonio erogata videantur ».

Au sujet d'une espèce analogue voyez le D. 11, 7, *de relig.*, L. 14, § 7-9. Cf. Molitor, cité, 11, n° 773, 4°.

(99) Voyez ci-après § 175. En ce qui concerne le point de savoir si l'accomplissement d'un devoir moral exclut la donation, cf. Schilling, III, § 348, et note u, et de Savigny, *System* IV, § 152, p. 83-86.

(100) I. *h. t.*, § 2, vis Perficiuntur autem..... incumbat donatori; C. *h. t.*, L. 35, § 5ª-5ᵉ (L. 35, § 5, édition Kriegel).

(101) C. *h. t.*, L. 35, § 5ª et 5ᵇ (L. 35, § 5 initio, Kriegel).

(102) I. *h. t.*, § 2, vis scriptis aut sine scriptis. — (103) C. *h. t.*, L. 37.

(104) D. *h. t.*, L. 31, § 1. — C. *h. t.*, L. 1. — D. 17, 1, *mand.*, L. 12, § 8. — Arg. C. 5, 16, *de donat. inter V. et U.*, L. 5. — Arg. D. 2, 14, *de pact.*, L. 2, § 1, et C. 8, 42 (43, Kriegel), *de solut.*, L. 6. — C. *h. t.*, L. 7.

(105) D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 47; D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 33 (L. 34, Kriegel), transcrite ci-dessus à la note 98.

Voyez encore le D. *h. t.*, L. 4, le D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 31 (L. 32, Kriegel), § 1, le D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 11, § 7-8, et le C. *h. t.*, L. 6, L. 26.

(106) Cf. ci-dessus T. II, § 92, notes 65 et 67.

l'intention d'en gratifier celui qui s'en emparera(107). Il se forme ici entre l'auteur du jet et les personnes qui appréhendent les choses jetées de véritables donations par convention; la circonstance que l'offre de donner s'adresse à des personnes incertaines, n'empêche pas l'auteur du jet d'avoir voulu gratifier ceux qui s'empareraient des choses jetées(108). — Par dérogation au principe général sur la perfection des donations, si celles-ci excèdent la valeur de 500 solides (environ 7,500 fr.), elles ne sont parfaites que par l'insinuation(109) (*insinuatio*(109), *actorum vel gestorum confectio* (110), *monumentorum observatio*(111)). Le but de cette formalité est d'empêcher que des libéralités importantes ne soient faites à la légère; elle fournit aussi une preuve certaine de la donation (112). On entend par l'insinuation de la donation son enregistrement ou sa transcription dans les registres judiciaires; les parties doivent se présenter à cette fin devant le magistrat et lui faire la déclaration de la donation; le magistrat acte la déclaration et son procès-verbal rend la donation parfaite(113). Sous Justinien, les autorités investies du droit de recevoir l'insinuation sont à Constantinople le *magister census*(114), et dans les provinces le gouverneur d'une province quelconque ou bien un magistrat municipal ou le défenseur d'une cité quelconque, au choix des parties(115). Pour savoir si une donation dépasse ou non

(107) I. 2, 1, *de rer. divis.*, § 46; D. 41, 1, *de A. R. D.*, L. 9, § 7. Cf. D. 42, 8, *quæ in fraud. credit.*, L. 5.

(108) Cf. DE SAVIGNY, *System* IV, § 155, p. 107-108, et SCHILLING, III, § 349, et notes ii et rr.

(109) I. *h. t.*, § 2, vis Et cum retro..... statuit; C. *h. t.*, L. 36, § 3.

(110) C. *h. t.*, L. 27, § 1-2, cf. pr. (L. 27, Kriegel).

(111) C. *h. t.*, L. 34, § 3 i. f. et 4 i. f., L. 35, § 5ª initio (L. 34, § 3 et 4 initio, L. 35, § 5, Kriegel).

(112) Ce dernier but est seul relevé dans nos sources (*Vatic. fragm.* 249, 6°; C. Théod. 8, 12, *de donat.*, L. 5; C. J. *h. t.*, L. 27, pr. (L. 27 initio, Kriegel); Nov. 127, c. 2 initio).

(113) *Vatic. fragm.* 249, 6°; C. Théod. 8, 12, *de donat.*, L. 1, § 2 i. f.; C. J. *h. t.*, L. 25, § 1 i. f.

(114) C. *h. t.*, L. 30, pr. (L. 30 initio, Kriegel), L. 32; Nov. 127, c. 2.

(115) C. *h. t.*, L. 30, § 1-2 (L. 30, Kriegel); Nov. 127, c. 2. Le *juridicus Alexandriæ* chargé de la juridiction en Égypte est aussi compétent (C. 1, 57, *de off. jurid. Alex.*, L. un.).

500 solides, l'on s'attache naturellement au moment où elle intervient; les fruits perçus depuis par le donataire n'entrent donc pas en compte(116). Toutefois, si la donation porte sur des choses futures telles que des fruits à naître, il y a lieu d'estimer ces choses lors de leur arrivée à l'existence; car c'est à ce point de vue qu'elles forment l'objet de la libéralité(117). Lorsque la donation consiste en une rente, il faut distinguer si la rente est limitée à un nombre déterminé d'années, si elle est perpétuelle, c'est-à-dire transmissible aux héritiers du donateur et du donataire à l'infini, ou bien si elle est viagère du côté de l'une des parties. Dans le premier cas, la valeur de la donation est représentée par le total des différents arrérages à payer(118), déduction faite de l'escompte(119); selon que ce total dépasse ou non 500 solides, l'insinuation est nécessaire ou inutile. Dans le second cas, Justinien statue que la donation étant représentée par un nombre illimité d'arrérages vaut d'une manière absolue au delà de 500 solides, et l'insinuation est toujours requise(120). Au contraire dans la troisième hypothèse, en vertu d'une

(116) D. *h. t.*, L. 9, § 1 initio, L. 11. — (117) D. *h. t.*, L. 9, § 1 i. f.

(118) Arg. D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 1, § 16.

(119) Arg. D. *eod.*, L. 45, pr., L. 73, § 4.

(120) C. *h. t.*, L. 34, § 4^b (L. 34, § 4 i. f., Kriegel). « Sin autem etiam heredum « ex utraque parte fuerit mentio, vel adjiciatur tempus vitæ vel donatoris vel « qui donationem accipiet, tunc quasi perpetuata donatione et continuatione « ejus magnam et opulentiorem eam efficiente, et una intellegatur et quasi « densioribus donationibus cumulata excedere legitimum modum et omnimodo « acta reposcere et aliter minime convalere ».

Il est impossible d'expliquer dans ce passage les mots « *vel adjiciatur tempus vitæ vel donatoris vel qui donationem accipiet* ». Ils semblent faire allusion à la donation d'une rente viagère, et cependant, dans la loi 34 cit., § 4^a (§ 4, Kriegel), Justinien dispense cette donation de l'insinuation en termes catégoriques; comment admettre qu'aussitôt après il déciderait le contraire? Dès lors un changement de texte s'impose. Il faut lire « *vel* NON *adjiciatur*... » Justinien veut dire que la donation d'une rente perpétuelle exige l'insinuation, qu'elle ait été faite, soit expressément par la mention des héritiers des parties (*Sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio*), soit tacitement, parce qu'elle n'avait pas été restreinte à la durée de la vie de l'une des parties (*vel non adjiciatur tempus vitæ vel donatoris vel qui donationem accipiet*). Cette correction s'appuie sur une scolie des Basiliques XLVII, 1, c. 66 (HEIMBACH, IV, p. 390); les Basiliques elles-mêmes lui sont défavorables. En ce sens CUJAS, *Comment. in* L. 16, D. *de*

autre décision de Justinien, la donation n'est réputée supérieure à 500 solides et partant n'est soumise à l'insinuation que si elle comporte plus de 500 solides par an ; l'empereur considère que le donataire peut ne pas jouir de la rente au delà d'une année(121). S'il s'agit de la donation d'un usufruit ou d'une autre servitude personnelle, on calcule la libéralité d'après la longueur présumée de la vie du donataire(122) et en déduisant l'escompte(123). Si la donation a pour objet une créance à terme, on estime la chose due, déduction faite de l'escompte(123). Quant à la donation d'une créance conditionnelle, elle n'est soumise à l'insinuation que si la condition s'accomplit et si en outre la chose due vaut plus de 500 solides(124). Enfin, la donation d'une créance douteuse est estimée à la valeur vénale de la créance(125). Si plusieurs donations interviennent entre les mêmes personnes mais à des époques différentes, elles sont, au point de vue de l'insinuation,

V. O. (*Opera omnia* I, p. 1173), et *Observ.* XV, 22, et SCHILLING, III, § 360, note p. Cf. DE SAVIGNY, *System* IV, § 166, et note r.

(121) C. *h. t.*, L. 34, § 4ª (L. 34, § 4, Kriegel). Les jurisconsultes classiques étaient en désaccord sur le calcul des donations de rentes perpétuelles ou viagères au point de vue de la loi *Cincia* (L. 34 cit., § 4 (§ 4 initio, Kriegel)). Il ressort de ce dernier passage que, au § 4ª de la loi 34 cit., Justinien a en vue une rente viagère dont le terme annuel n'excède pas 500 solides.

(122) Arg. D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 68, pr. La longueur présumée de la vie du donataire dépend de son âge actuel.

Âge actuel du donataire.	Nombre présumé des années restant à courir.	
Moins de 20 ans	30	
20 à 25 »	28	
25 à 30 »	25	
30 à 35 »	22	
35 à 40 »	20	
40 à 50 »	60	moins l'âge actuel.
50 à 55 »	9	
55 à 60 »	7	
plus de 60 »	5	

En ce sens DE SAVIGNY, *System* IV, § 166, p. 212.

(123) Arg. D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 45, pr., L. 73, § 4.

(124) Arg. D. *eod.*, L. 45, § 1, L. 73, § 1.

(125) Arg. D. *eod.*, L. 63, § 1. Pour la donation modale voyez ci-après § 176, 2ª initio.

considérées comme des donations distinctes, ce qu'elles sont en réalité(126). L'inobservation de la formalité de l'insinuation entraîne la nullité de la donation en tant qu'elle dépasse 500 solides(127). En conséquence, si le donateur n'a pas encore exécuté la donation, il peut se refuser à cette exécution pour l'excédent de la valeur de 500 solides(128) et ses cautions jouissent du même droit(129). Si la donation a déjà été exécutée, la tradition de la chose ne transfère la propriété au donataire que jusqu'à concurrence d'une valeur de 500 solides; pour l'excédent le donateur reste propriétaire(130); il se forme ainsi une copropriété entre le donateur et le donataire; le second acquiert la quote-part de la chose qui correspond à 500 solides, le premier conserve la quote-part restante(131). De là le droit pour le donateur de revendiquer cette quote-part(132). Si les choses données sont consomptibles et que le donataire les ait consommées, la revendication est remplacée par une *condictio sine causa*, qui tend à obtenir le profit retiré de la donation(133). La nullité de la donation pour l'excédent des 500 solides a encore pour effet de rendre impossible l'usucapion *pro donato*(134). Lorsque la donation insinuée

(126) C. *h. t.*, L. 34, § 3 (§ 3 initio, Kriegel). Cette question était controversée parmi les anciens jurisconsultes romains par rapport à la loi *Cincia* (L. 34 cit., § 3ª (§ 3 i. f., Kriegel)).

(127) C. *h. t.*, L. 34, § 1 et 1ᶜ (L. 34, pr. et § 1, Kriegel), L. 36, § 3; Nov. 162, c. 1, § 2.

(128) Arg. D. *h. t.*, L. 24, cf. L. 21, § 1 initio. Voyez en ce sens DE SAVIGNY, *System* IV, *Beilage* X, nº IX, p. 600. Cf. SCHILLING, III, § 360, et notes cc et dd.

(129) Arg. D. *h. t.*, L. 24.

(130) Arg. C. *h. t.*, L. 34, § 2-2ᵇ (L. 34, § 2, Kriegel).

(131) C. *h. t.*, L. 34, § 2 (L. 34, § 2 initio, Kriegel). Cette communauté s'applique même au cas d'une donation d'une somme d'argent (arg. C. *h. t.*, L. 34, § 1 et 1ᶜ cbn. avec § 2 (L. 34, pr. et § 1 cbn. avec § 2 initio, Kriegel)). Justinien ajoute que le communiste qui a la part la plus forte dans la chose donnée, peut forcer l'autre à lui céder sa part moyennant le payement de l'estimation (L. 34 cit., § 2 (§ 2 initio, Kriegel)). S'il n'use pas de ce droit et que la chose n'admette pas de division physique, son adversaire peut réclamer la part la plus forte pour sa valeur (L. 34 cit., § 2ª et 2ᵇ (§ 2 i. f., Kriegel)).

(132) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 18 initio.

(133) Arg. D. *eod.*, L. 5, § 18 i. f., L. 6.

(134) Arg. I. 2, 6, *de usuc.*, § 10, et D. 41, 6, *pro donato*, L. 1, § 1 et 2 initio. Mais le fait de gratifier quelqu'un de la chose d'autrui que l'on possède de

a pour objet une créance, la même nullité partielle frappe la cession faite par le donateur au donataire(135). Par voie de conséquence est aussi nul, pour l'excédent des 500 solides, le payement fait par le débiteur cédé au donataire; le débiteur peut revendiquer l'excédent qui existe encore en nature(136) ou bien le répéter par la *condictio indebiti*, s'il a été consommé. Mais, comme il a payé d'après la volonté du donateur, si celui-ci lui réclame un second payement, il le repoussera par une exception de dol; il est seulement tenu de céder au donateur son action revendicatoire contre le donataire; le donateur peut en outre poursuivre de plein droit le donataire par une *condictio sine causa* en restitution du profit retiré de la libéralité(137). On suit les mêmes règles lorsqu'une créance excédant 500 solides a été donnée par la voie d'une novation subjective(138). Enfin est encore nulle, pour l'excédent des 500 solides, la donation qui consiste à remettre une dette au donataire(139) ou bien à la libérer, par une expromission, d'une dette envers un tiers(140); le donataire reste tenu pour l'excédent des 500 solides, dans le premier cas envers le donateur, dans le second envers le tiers créancier à l'exclusion du donateur(141). Certaines donations sont dispensées de l'insinuation. Telles sont :

1° les constitutions de dot(142) et en réalité aussi les donations

mauvaise foi, ne constitue pas une donation proprement dite (cf. ci-dessus le n° I, B, 1° i. f., du présent paragraphe); donc dans l'espèce l'insinuation est inutile et l'usucapion de la chose reçue est possible de la part du gratifié de bonne foi (arg. D. 41, 6, *pro donato*, L. 3. Cf. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 25). En ce sens DE SAVIGNY, *System* IV, § 156, p. 112-116. Cf. SCHILLING, III, § 360, note kk.

(135) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L 5, § 3, L. 39, vis Vir uxori..... eam stipulationem.

(136) Arg. L. 39 cit., vis sed si promissor..... debitor potest.

(137) Arg. L. 39 cit., vis sed si actiones suas.....

(138) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 3, L. 39. C'est l'hypothèse spécialement traitée dans ces passages quant aux donations entre époux. Cf. D. *h. t.*, L. 21, § 1, et D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 5, § 5.

(139) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 4.

(140) Arg. L. 5, § 4, cit. C'est le cas prévu par ce texte pour les donations entre époux.

(141) Arg. L. 5, § 4, cit. En ce sens, pour les donations de créances, DE SAVIGNY, *System* IV, *Beilage* X, n°s II, III et IX. Cf. SCHILLING III, § 360, et note gg.

(142) C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 31, pr., § 1-2 (L. 31, pr., édition Krieger).

propter nuptias qui leur correspondent du côté du mari(143), quoique les unes et les autres, si elles sont faites par un tiers, soient de véritables donations(144). L'exception se justifie par la faveur dont jouit le mariage;

2° les donations pour le rachat de captifs(145) ou pour la reconstruction de maisons détruites(146). Ici encore on est exempté de l'insinuation à raison du but de la libéralité;

3° les donations faites par l'empereur(147) ou en sa faveur(148), etc.(149)

Enfin, en ce qui concerne les donations à cause de mort supérieures à 500 solides, l'insinuation peut être remplacée par la forme codicillaire, qui comprend la présence de cinq témoins(150).

II. Lorsque l'une des conditions prémentionnées de la validité des donations fait défaut, la donation est ou bien inexistante, ou bien simplement annulable, conformément aux principes généraux sur les conventions(151). — Dans le premier cas, par application de ces mêmes principes(152), elle n'admet aucune confirmation; elle peut seulement

(143) En effet, si ces donations doivent être insinuées, le défaut de l'insinuation ne les empêche pas d'être pleinement valables; au contraire, le mari qui a négligé de les insinuer, est déchu du bénéfice de ses stipulations relatives à la dot de la femme (Nov. 127, c. 2). Cf. C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 31, § 3 (§ 1 initio, Kriegel), et Nov. 119, c. 1, et, pour cas où la femme est une mineure *sui juris*, le C. 5, 3, *de donat. ante nupt.*, L. 17, et le C. *h. t.*, L. 34, § 1^{b} (L. 34, pr. i. f., Kriegel).

(144) Cf. ci-dessus T. II, § 84, note 12, et T. III, § 170, note 92.

(145) C. *h. t.*, L. 36, pr. — (146) C. *h. t.*, L. 36, § 2.

(147) C. *h. t.*, L. 34, § 1^{a} initio (L. 34, pr., Kriegel); C. 7, 37, *de quadr. præscr.*, L. 3, § 4; C. 1, 2, *de sacros. eccl.*, L. 19 i. f.; Nov. 52, c. 2.

(148) Nov. 52, c. 2. Seulement les donations faites à l'empereur, quel qu'en soit l'import, exigent pour leur perfection un titre public passé devant un tabellion et des témoins et revêtu de la signature du donateur et des témoins (Nov. 52, c. 2). Cf. SCHILLING, III, § 359, et notes z et aa.

(149) Voyez encore 1° le C. *h. t.*, L. 36, § 1, et 2° le C. 1, 3, *de episc. et cler.*, L. 38, pr. et § 1 (L. 39, pr., Kriegel), loi non glosée. L'exception établie par le C. 1, 2, *de sacros. eccl.*, L. 19, et le C. *h. t.*, L. 34, § 1^{a} (L. 34, pr., Kriegel), est devenue plus tard sans objet (C. *h. t.*, L. 36, § 3). Quant aux donations rémunératoires, cf. ci-après le § 175, 2° initio.

(150) C. 8, 56 (57, Kriegel), *de mortis causa donat.*, L. 4. Cf. DE SAVIGNY, *System* IV, § 172, p. 261-265, et VANGEROW, II, § 563, *Anm.*

(151) Cf. ci-dessus T. II, § 100, I. — (152) § 100, III, 2° initio.

être renouvelée d'une manière valable. Il en est notamment ainsi de la donation excédant 500 solides et non insinuée; elle exclut toute confirmation, mais elle peut être renouvelée d'une manière régulière. En conséquence, si quelqu'un, après avoir promis 1000 solides à titre gratuit en négligeant l'insinuation, paye plus tard la totalité de la somme promise, dans l'intention de faire une nouvelle donation pour l'excédent des 500 solides, cet excédent est valablement donné(153). De même, lorsqu'une donation supérieure à 500 solides n'a pas été insinuée, le donateur peut léguer l'excédent(154). — Dans le second cas, où la donation est seulement annulable, il est possible, après que la cause de la rescision a disparu(155), de confirmer la donation d'une manière expresse(156) ou tacite(157). Il y a entre autres confirmation tacite si un mineur ayant fait une donation ne l'attaque pas dans les dix ans entre présents ou dans les vingt ans entre absents à partir de sa majorité(158).

(153) En ce sens SCHILLING, III, § 360, note 1. Cf. DE SAVIGNY, *System* IV, § 166, p. 216.

(154) C. 5, 16, *de donat. inter V. et U.*, L. 25, § 1 (L. 25, Kriegel). Justinien parle d'une confirmation de la donation par le legs subséquent; mais, en refusant tout effet rétroactif à cette prétendue confirmation, il reconnaît implicitement que le legs seul est valable. Contra SCHILLING, III, § 359 i. f.

Quant au décès du donateur, il ne rend nullement la donation valable pour l'excédent des 500 solides (C. 5, 16, *de donat. inter V. et U.*, L. 25, pr. i. f. cbn. avec l'initium (L. 25 initio, Kriegel); Nov. 162, c. 1, § 2, et arg. de ces textes). En ce sens DE SAVIGNY, *System* IV, § 167 i. f., et SCHILLING, III, § 359 i. f.

(155) Cf. ci-dessus T. II, § 100, III, 2° initio.

(156) notamment par une disposition de dernière volonté (C. 5, 16, *de donat. inter V. et U.*, L. 25, § 1 initio et 2 (L. 25, Kriegel)); D. 31, *de leg.* II, L. 77, § 17).

(157) D. *h. t*, L. 31, § 2. « Pater, qui filiæ, quam habuit in potestate, mancipia « donavit et peculium emancipatæ non ademit, ex post facto donationem vide- « batur perfecisse »; C. *h. t.*, L. 17.

(158) C. 5, 74, *si major fact. sine decr. fact. alien. rat. hab.*, L. 3, § 2 (L. 3 i. f. Kriegel). Voyez au sujet d'une disposition analogue le C. 1, 53, *de contr. judic.*, L. un., § 1-3.

Le décès du donateur ne confirme pas en général la donation vicieuse, à moins qu'il ne s'agisse d'une donation faite soit entre époux (C. 5, 16, *de donat. inter V. et U.*, L. 25, pr., vis Donationes, quæ..... fuerint intimatæ, et § 2; Nov. 162, c. 1, § 1 et 2 initio), soit entre personnes unies par un lien de puissance paternelle (L. 25 cit., loc. cit.) Cf. SCHILLING, III, § 359 i. f.

III. Au commencement du présent paragraphe nous avons représenté la donation comme une convention conclue entre le donateur et le donataire. Ce caractère contractuel est de l'essence de la donation proprement dite. Mais, dans un sens plus large, le mot donation comprend indistinctement tous les actes juridiques par lesquels une personne, voulant faire une libéralité à une autre, aliène ou promet d'aliéner quelque chose en sa faveur de manière à l'enrichir, alors même que ces actes juridiques ne constituent pas du tout des conventions ou bien que ce sont des conventions conclues avec des tiers autres que le donataire. D'après cela, il y a donation dans le sens large si, dans le but de gratifier une personne, on bâtit sur le terrain de celle-ci(159) ou si on lui laisse usucaper une chose(160), si, en vue de faire une libéralité à son débiteur, on détruit ou biffe le titre de créance(161), si, voulant gratifier le débiteur d'un tiers, on paye sa dette(162), si on s'engage en son lieu et place envers le créancier(163), si on se porte caution pour lui, si on constitue une hypothèque en sûreté de la dette(164), etc. (165). Toutes ces donations dans le sens large du mot ne sont pas des donations proprement dites. Elles ne sont pas soumises à la théorie des donations; elles n'exigent jamais l'insinuation et ne sont pas révocables

(159) C. 3, 32, *de rei vindic.*, L. 2, § 1 i. f. cbn. avec pr. et § 1 initio (L. 2, Kriegel); D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 22. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 14.

(160) D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 44, vis Sed si vir..... factæ donationis; arg. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 28, ~~pr.~~, vis ‘ Alienationis ’ verbum étiam « usucapionem continet : vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur « usucapi.. ». Voyez encore le D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 6, et le D. 50, 16, *de V. S.*, L. 28, pr., vis Eum quoque alienare dicitur, qui non « utendo amisit servitutes.. ». — (161) Cf. D. 22, 3, *de probat.*, L. 24.

(162) C. 2, 18 (19, Kriegel), *de neg. gest.*, L. 12; arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 7, § 7.

(163) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 4. Voyez encore le D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 18, § 1, L. 31, § 3.

(164) D. 38, 5, *si quid in fraud. patr.*, L. 1, § 19 i. f.; D. 17, 1, *mand.*, L. 6, § 2; D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 4 (ci-dessus *ad not.* 57 du présent paragraphe).

(165) D. *h. t.*, L. 2, § 1; C. *h. t.*, L. 11, § 1 (L. 11 i. f., Kriegel). — Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 32, § 1, et C. 5, 16, *eod.*, L. 9, L. 16. — D. *h. t.*, L. 20, § 1; arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 7, D. 42, 8, *quæ in fraud. credit.*, L. 3, § 1, et D. 38, 5, *si quid in fraud. patr.*, L. 1, § 7. Cf. D. 46, 3, *de solut.*, L. 23. — D. 11, 7, *de relig.*, L. 14, § 7-9. — Arg. C. *h. t.*, L. 8.

dans les circonstances exceptionnelles où il est permis de révoquer les donations véritables(166). Cependant, les dispositions prohibitives concernant les donations leur sont applicables; c'est une sanction nécessaire de ces prohibitions. Elles sont donc nulles si elles interviennent entre personnes incapables de donner et de recevoir surtout entre époux(167); elles peuvent être attaquées comme donations par l'action Paulienne(168) et être réduites par la plainte de donation inofficieuse(169). Pour savoir si dans un cas particulier il y a donation proprement dite, on doit examiner si la libéralité se présente ou non sous la forme d'une offre faite par l'une des parties à l'autre. Dans l'affirmative, la libéralité sera une donation proprement dite, qui arrivera seulement à l'existence par l'acceptation du donataire; en faisant à quelqu'un une offre à titre gratuit, on n'entend lui donner que pour autant qu'il accepte l'offre. Mais si le donateur ne recourt pas à la voie d'une offre vis-à-vis du donataire, il y a donation dans le sens impropre.

IV. La donation proprement dite est parfois déguisée sous l'apparence d'une convention autre que la donation ou bien elle intervient accessoirement à une autre convention. Appartiennent à la première espèce la vente où le prix est stipulé pour la forme(170) ou bien dérisoire(171) et la société dont l'un des membres n'est obligé à aucun apport(172) ou ne participe pas au but social (société léonine)(173). Comme exemple de la seconde espèce de donations,

(166) Cf. ci-après § 173.

(167) D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 4, 6 et 7, L. 7, § 7, L. 32, § 1, L. 44, vis Sed si vir..... factæ donationis; C. 5, 16, *eod.*, L. 9, L. 16.

(168) D. 42, 8, *quæ in fraud. credit.*, L. 3, § 1.

(169) Arg. C. 3, 29, *de inoff. donat.*, L. 7. Voyez encore le D. 38, 5, *si quid in fraud. patr.*, L. 1, § 7.

Cf. SCHILLING, III, § 349, 3°, § 351, et note u, et DE SAVIGNY, *System* IV, § 160.

(170) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 36; C. 4, 38, *eod.*, L. 3 initio, L. 9 i. f.

(171) Arg. D. 19, 2, *loc.*, L. 46. Cf. ci-dessus T. II, § 115, III, B, 1°.

(172) Arg. D. 17, 2, *pro socio*, L. 5, § 1 i. f. (§ 2, Kriegel), et D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 32, § 24.

(173) Arg. D. 17, 2, *pro socio*, L. 5, § 1 i. f. (§ 2, Kriegel). Cf. ci-dessus T. III, § 153, 2° initio et 3° initio.

Voyez encore le D. 19, 2, *loc.*, L. 20, § 1, L. 46.

nous citerons la vente gracieuse, c'est-à-dire la vente d'une chose pour un prix inférieur à sa valeur réelle, dans l'intention de gratifier l'acheteur(174), la société où, dans un esprit de libéralité, l'un des associés accorde à l'autre une part sociale dépassant la valeur de son apport ou bien le dispense de toute contribution aux pertes(175) et le prêt d'argent où le prêteur stipule la restitution d'une somme moindre que celle qu'il a comptée à son cocontractant(176). — Étant donnée une donation déguisée sous une autre convention, on s'en tient à la donation, qui seule a été voulue par les parties; *plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*(177). La théorie des donations est applicable à tous les points de vue. La donation n'est valable que si les parties ont la capacité de donner et de recevoir(178); dans le cas où elle excède 500 solides, elle exige l'insinuation(179); elle est révocable dans les mêmes circonstances que les autres donations(180). Elle peut aussi être attaquée comme donation par l'action Paulienne(181) et être réduite par la plainte de donation inofficieuse(182). Enfin, le donateur répond seulement de la faute lourde(183); il n'est pas tenu à la garantie(184) et, la donation étant de droit strict, les conventions accessoires doivent, pour produire une action, être revêtues de la forme de la stipulation(185). — De même, si une donation a été faite accessoirement à une autre convention, dans les limites de la libéralité elle vaut comme donation véritable(186) et est soumise à la théorie des donations(187).

(174) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 38. Cf. ci-dessus T. II, § 115, III, B, 2°.

(175) Cf. Gaius, III, 149, vis si modo..... admitti, et D. 17, 2, *pro socio*, L. 29, § 1, vis quod ita demum..... (ci-dessus T. III, § 153, 3°, et notes 54 et 57).

(176) Cf. D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 11, § 1 initio.

(177) C. 4, 22, *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*. Cf. ci-dessus T. II, § 96, 2°.

(178) Paul, II, 23, § 4; *Vatic. fragm.* 273; D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 2 initio, L. 7, § 6, L. 32, § 24-25, L. 49; C. 5, 16, *eod.*, L. 15, L. 20.

(179) Cf. ci-dessus le n° I, C i. f., du présent paragraphe.

(180) Cf. ci-après § 173. — (181) Arg. D. 42, 8, *quæ in fraud. credit.*, L. 6, § 11.

(182) Arg. C. 3, 29, *de inoff. donat.*, L. 7. — (183) Arg. D. *h. t.*, L. 18, § 3.

(184) Arg. Paul, V, 11, § 5, et D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 62.

(185) Arg. C. 8, 44 (45, Kriegel), *de evict.*, L. 2.

(186) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 5 i. f., L. 31, § 3.

(187) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 38 i. f. cbn. avec l'initium; D. 24, 1, *de donat.*

Il s'ensuit que s'il existe une prohibition de donner, la convention mélangée de donation est frappée de nullité partielle(188) et la tradition ne transfère pas la quote-part de la chose qui fait l'objet de la donation(189). Il y a plus : si la convention mélangée de donation n'a été conclue qu'en vue de la donation prohibée, elle est nulle pour le tout; comme la donation en forme l'élément principal, sa nullité entraîne celle du surplus de la convention(190). En sens opposé, la convention vaut pour le tout malgré la prohibition de donner, s'il est impossible d'en séparer l'élément de la donation(191), par exemple un mari vend à sa femme la constitution d'une servitude prédiale pour un prix inférieur à sa valeur, dans l'intention de lui faire une libéralité(192).

C) *Des différentes sortes de donations*; § 171.

1° On distingue des donations entre-vifs (*inter vivos* ou *non mortis causa donationes*) et des donations à cause de mort (*mortis causa donationes*)(1). Les premières sont celles dont les effets sont indépen-

inter V. et U., L. 5, § 2 i. f. et 5 i. f. En ce sens DE SAVIGNY, *System* IV, § 154 i. f. SCHILLING, III, § 351, p. 788-789, et note v, ne tient compte de l'élément de la donation qu'au point de vue des prohibitions de donner.

(188) D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 2 i. f. et 5 i. f.

(189) D. *eod.*, L. 31, § 3. « Si duo mancipia fuerint singula quinis digna, sed « utrumque unis quinque donationis causa a viro mulieri vel contra venierint, « melius dicetur communia ea esse pro portione pretii nec tandem spectandum « esse, quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio donationis causa sit « remissum... ».

Cependant l'acquéreur a la faculté de garder la chose entière en payant le prix de la quote-part qu'on a voulu lui donner (D. *eod.*, L. 5, § 5 i. f.).

(190) D. 24, 1, *de donat. inter. V. et U.*, L. 5, § 5, vis Neratius autem (cujus opi- « nionem Pomponius non improbat) venditionem donationis causa inter virum et « uxorem factam nullius esse momenti, si modo, cum animum maritus vendendi « non haberet, idcirco venditionem commentus sit, ut donaret... »; D. 48, 11, *de lege Julia repetund.*, L. 8, § 1.

(191) D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 2, vis quod si aliarum extrinsecus « rerum personarumve causa commixta sit, si separari non potest, nec dona- « tionem impediri... ».

(192) Cf. D. *h. t.*, L. 19, § 1 et 6. Voyez POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, n° 38, note *b*, DE SAVIGNY, *System* IV, § 154 i. f. cbn. avec § 152, et note b, et SCHILLING, III, § 351, *ad not.* y.

(1) C. 3, 28, *de inoffic. testam.*, L. 35, § 2 initio; I. *h. t.*, pr., § 2 initio et 3

dants du décès des parties (2); les secondes sont celles dont les effets sont subordonnés au décès du donateur (3). Ainsi, ce qui distingue la donation à cause de mort, c'est la volonté du donateur de faire dépendre de son décès le sort de la libéralité (3). Et cette dépendance est possible à trois points de vue : en premier lieu, la donation devient caduque par le prédécès du donataire (4); en second lieu, si, comme il arrive d'habitude, elle est faite à l'occasion d'un danger imminent pour la vie du donateur, elle est déjà caduque par cela seul que le donateur échappe à ce danger (5); en troisième lieu, elle est révocable par la volonté unilatérale du donateur (6). Mais aucune de ces trois causes de dépendance n'est de l'essence de la donation à cause de mort; chacune d'elles peut être exclue par la convention contraire des parties, sans que la donation à cause de mort perde ce caractère. Il est d'abord certain que le donateur peut renoncer à son droit de révoquer (7). Ensuite, si la donation a été faite à l'occa-

initio; D. 17, 2, *pro socio*, L. 9; D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 27; D. 50, 16, *de V. S.*, L. 67, § 1.

(2) Cf. I. *h. t.*, § 2 initio, et D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 42, § 1 i. f.

(3) Cf. D. *eod.*, L. 2, vis Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo « motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors « fuerit insecuta », L. 32, I. *h. t.*, § 1 initio, et PAUL, III, 7, § 2.

(4) I. *h. t.*, § 1 initio; D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 23, L. 26, L. 29 i. f., L. 44 initio.

(5) PAUL, III, 7, § 1-2; I. *h. t.*, § 1 initio ; D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 8, § 1, L. 29, L. 35, § 3.

(6) PAUL, III, 7, § 2; I. *h. t.*, § 1 initio; D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 16, L. 30.

(7) D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 35, § 4, vis Mortis causa donatio fit multis « modis... *Nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo* « *res non reddatur*, et ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine decesserit, « si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit. *Et sic donari potest, ut non aliter* « *reddatur, quam si prior ille qui accepit decesserit...* », L. 13, § 1, vis MARCELLUS « *notat.....* qui acceperit decesserit »; Nov. 87, *præf.* et c. 1, vis Mortis autem « causa donationes vim suam habeant, *ceterique*, exceptis curialibus,.. *si hoc* « *velint, pœnitentiæ de revocando pacto renunciare possint*. Res tamen sic quoque « in terminis mortis causa donationis maneat (hoc enim insuper sancimus)... ».

Le premier passage reconnaît pleinement comme faite à cause de mort la donation par laquelle le donateur renonce à son droit de révoquer et qui partant devient seulement caduque si le donateur survit soit au donataire, soit au danger

sion d'un péril imminent pour la vie du donateur, il est loisible aux parties de convenir que la donation ne sera point caduque par cela seul que le donateur aura échappé au danger, mais uniquement s'il survit au donataire; il y a alors donation à cause de mort au même titre que si la donation était intervenue en dehors d'un péril pour la vie du donateur(8). Enfin, à notre avis, rien n'empêche de convenir que la donation à cause de mort ne sera pas caduque à raison de la survie du donateur. En effet, comme cette donation n'en est pas moins révocable par la libre volonté du donateur jusqu'à son décès, elle dépend éminemment de ce décès, autant qu'une donation qui, en sens inverse, serait simplement subordonnée à la survie du donataire, sans être révocable(9). Il est même permis aux parties d'exclure deux des trois causes de dépendance de la donation à cause de mort; elles peuvent exclure, soit la faculté de révoquer et la caducité de la donation pour le cas où le donateur échapperait au danger dont il est menacé, soit la faculté de révoquer et la caducité de la donation pour l'éventualité où le donateur survivrait au donataire, soit enfin la caducité de la donation pour le cas où le donateur échapperait au

qui le menaçait (première phrase en italiques), ou bien exclusivement si le donateur survit au donataire (seconde phrase en italiques).

Le second texte est une reproduction presque textuelle du premier et la Nov. 87 ne laisse aucun doute sur la théorie romaine.

(8) D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 35, § 4, L. 13, § 1, v^is cit^is à la note précédente. C'est la seconde phrase en italiques du premier texte qui contient la règle énoncée ci-dessus; elle s'appliqne aussi bien aux donations faites à l'occasion d'un péril imminent pour la vie du donateur qu'aux autres donations à cause de mort.

(9) Nos sources sont muettes sur ce point (cf. 1° D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 13, § 1, L. 35, § 4, et 2° D. *eod.*, L. 32, et PAUL, III, 7, § 2 i. f.); mais leur silence ne saurait nous être opposé. Les auteurs considèrent la caducité par suite de la survie du donateur comme étant de l'essence de la donation à cause de mort (MEYERFELD, cité, I, § 20, 6°, p. 405. — DE SAVIGNY, *System* IV, § 170, et note h. — SCHILLING, III, § 353, et note n. — VANGEROW, II, § 561, *Anm.*, n° II. — GLASSON, *Revue critique de législation et de jurisprudence* XXXIV, p. 325 et 430-432, Paris, 1869. — MAYNZ, III, § 450, et note 31. — WINDSCHEID, III, § 675 i. f.). On fait observer (WINDSCHEID, l. c.) que la donation à cause de mort étant une disposition de dernière volonté ne saurait produire d'effet si le donataire n'existe plus au décès du donateur. L'argument prouve trop; s'il était exact, il faudrait dire également que la donation à cause de mort est révocable de son essence, comme les autres dispositions de dernière volonté.

danger qui le menace, comme pour le cas de survie du donateur. Une chose est de l'essence de la donation à cause de mort, c'est qu'à l'un des trois points de vue prémentionnés, elle demeure subordonnée au décès du donateur(10). Dans le cas contraire, il y a donation entre-vifs. Par exemple, quelqu'un est déterminé par la pensée de la mort à faire une donation, mais il ne déclare ni qu'il la fait à cause de mort, ni qu'elle dépendra d'une manière quelconque de son décès(11). Telle est encore la donation dont les effets sont subordonnés à la mort d'un tiers; cette circonstance n'empêche pas la donation d'intervenir entre-vifs(12). La donation à cause de mort ne dépend du décès du donateur sous les trois rapports indiqués que si les parties se sont bornées à qualifier la libéralité de donation à cause de mort ou bien si elles ont déclaré d'une manière générale la subordonner au décès du donateur(13). Nous ne nous occuperons pas davantage de la donation à cause de mort; comme elle se rapproche beaucoup des legs, elle appartient plutôt à la théorie du droit héréditaire(14).

(10) *Non obstat* D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 35, § 4, vis Sic quoque potest « donari mortis causa ut nullo casu sit repetitio, id est ne si convaluerit quidem « donator », L. 13, § 1, vis Sic quoque potest..... C'est improprement que le jurisconsulte parle ici d'une donation à cause de mort (D. *h. t.*, L. 27). En ce sens POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 39, 6, *de mortis causa donat.*, nº 8, note *c*. Cf. MAYNZ, III, § 450, note 31.

(11) D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 42, § 1, vis Cum pater in extremis « vitæ constitutus emancipato filio quædam sine ulla condicione redhibendi « donasset.. », et vis eum autem, qui absolute donaret, non tam mortis causa « quam morientem donare », et arg. L. 27, vis Ubi ita donatur mortis causa, ut « nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio : et « ideo perinde haberi debet atque alia quævis inter vivos donatio... ».

(12) D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 8, pr. i. f., L. 11, L. 18, pr.; C. 8, 56 (57, Kriegel), *eod.*, L. 3. En ce sens MEYERFELD, cité, I, § 20, 6º, p. 406, DE SAVIGNY, *System* IV, § 170, p. 243, et note l, SCHILLING, III, § 353, *ad not.* f et h, MAYNZ, III, § 450, note 5 i. f., et WINDSCHEID, III, § 677 note 11, b. Contra GLASSON, *Revue critique de législation et de jurisprudence* XXXIV, p. 422-424, Paris, 1869, et ORTOLAN, II, nº 552.

(13) La circonstance que la donation est faite sous condition résolutoire ne lui enlève point le caractère de donation à cause de mort (D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 29, vis Si vero sic....., cf. L. 2, vis Aliam esse..... statim fiat accipientis). En ce sens MEYERFELD, cité, I, § 20, 6º, p. 493-405. Cf. SCHILLING, III, § 353, et notes e, n et q. — (14) Cf. encore ci-dessus T. III, § 170, I, C i. f.

2° Parmi les donations on distingue encore la donation réciproque, la constitution de dot, la donation à cause de mariage, les donations entre époux, la donation de tous les biens, la donation rémunératoire et la donation modale. — La donation réciproque est celle qui, interveuant après une première donation, est faite par le donataire au donateur(15); elle a souvent le caractère d'une donation rémunératoire(16). C'est une donation ordinaire(17). Mais si, par un seul et même acte, deux personnes se font mutuellement une donation, il y a une convention à titre onéreux(18). — La constitution de dot forme une véritable donation si elle est faite par une personne autre que la femme. C'est une donation en faveur de la femme; car son but est de procurer à la femme un établissement par le mariage et de lui assurer les avantages d'une femme dotée; il y a donation à cause de mariage dans le sens large de ces mots(19). La constitution de dot faite par un tiers implique aussi, par voie de conséquence, une donation au profit du mari; elle lui procure des avantages incontestables(20) et ceux-ci sont voulus par le constituant. Mais, comme le mari n'est avantagé que d'une manière indirecte ou accessoire, il n'y a pas de donation proprement dite en sa faveur(21). Tout autre est le caractère d'une constitution de dot faite par la femme elle-même; elle forme une convention à titre onéreux et non une donation. En effet, la femme contracte en vue d'un équivalent, en vue de son établissement par le mariage et des avantages d'une femme dotée. Le mari est d'ailleurs tenu d'entretenir la femme à l'aide de la dot. Enfin la femme a l'obligation naturelle de se constituer une dot(22) et le payement d'une dette naturelle n'est pas une donation(23). — La

(15) D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 26. — (16) C. 4, 10, *de O. et A.*, L. 8.

(17) D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 26; C. 4, 10, *de O. et A.*, L. 8; C. 5, 3, *de donat. ante nupt.*, L. 10. Cf. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 67.

(18) Arg. D. 5, 3, *de heredit. petit.*, L. 25, § 11 i. f.

(19) *Vatic. fragm.* 269, 305 et 306; D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 9, § 1 initio, L. 33, L. 43, § 1; D. 42, 8, *quæ in fraud. credit.*, L. 25, § 1, vis quia intellegitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse..; C. 5, 3, *de donat. ante nupt.*, L. 20, § 2 i. f. (L. 20, pr. initio, Kriegel). — (20) D. 13, 6, *commod.*, L. 5, § 2 i. f.

(21) D. 42, 8, *quæ in fraud. credit.*, L. 25, § 1 i. f.

(22) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 32, § 2. Cf. ci-dessus T. I, § 47, IV, 1°.

(23) D. *h. t.*, L. 19, § 4 initio. Cf. ci-dessus T. III, § 170, note 92. La femme

donation à cause de mariage étant en réalité la contre-dot du mari, forme, si elle est fournie par une personne autre que le mari, une donation en faveur de ce dernier et accessoirement pour la femme(24). Fournie par le mari, c'est une convention à titre onéreux faite en vue du mariage(25). — Les donations entre époux ne sont valables que si le donateur décède dans le mariage sans les avoir révoquées; elles ressortissent à la théorie des droits de famille. — Il nous reste donc à examiner la donation de tous les biens, la donation rémunératoire et la donation modale; nous le ferons à la fin de la matière des donations (§ 174-176).

D) *Effets des donations*; § 172.

1° La donation produit des effets différents selon qu'elle implique une aliénation ou qu'elle consiste en une simple promesse d'aliéner. Dans le premier cas, elle fait directement acquérir au donataire la chose qui en forme l'objet (1). Dans le second, elle oblige le donateur à faire l'aliénation à laquelle il s'est engagé, et cette aliénation se réalise par les voies ordinaires de la tradition, de la quasi-tradition, de la cession, etc. (2). Quant au donataire, il ne contracte aucune obligation (3); la donation est une convention unilatérale, à moins qu'elle ne soit modale; alors le donataire est tenu d'exécuter le mode, la donation prend le caractère d'une convention bilatérale qui a reçu une donation à cause de mariage, est même obligée civilement de se doter (Nov. 97, c. 1 initio).

Voyez sur le caractère de la constitution de dot DE SAVIGNY, *System* IV, § 149, et notes b et c, § 152, p. 82, et § 157, p. 123-124, SCHILLING, III, § 349, *ad not.* vv, § 353, *Zusatz*, et § 360, note v, BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, Erlangen, 1863-1867, T. I, § 45-48, et MAYNZ, III, § 309 i. f.

(24) Cf. C. 5, 3, *de donat. ante nupt.*, L. 20, § 2 et 4 (L. 20, pr., Kriegel).

(25) Ajoutons que le mari reste propriétaire de la contre-dot (arg. C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 29, pr. (L. 29, Kriegel)); il ne fait donc aucune aliénation. Le mari qui a reçu un dot, est même tenu civilement de fournir un contre-dot (Nov. 97, c. 1 initio).

Cf. SCHILLING, III, § 348, note t initio, et § 353, *Zusatz* initio.

(1) Cf. ci-dessus T. III, § 170, I, B i. f.

(2) C. *h. t.*, L. 1, L. 2; D. *h. t.*, L. 17. Voyez encore ci-dessus T. III, § 170, I, B i. f. — (3) Cf. D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 3, § 1.

parfaite(4). L'action appartenant au donataire est ou bien une *condictio ex lege*(5), appelée encore *condictio ex lege* 35 C. *de donationibus*(6), ou bien une *actio ex stipulatu*, si les parties ont employé la forme de la stipulation(7).

2° La donation est une convention à titre gratuit(8) et partant le donateur n'est pas tenu à garantie du chef de l'éviction ou des vices de la chose donnée, sauf le cas de dol et celui où la donation consiste dans la promesse de donner, soit une chose déterminée seulement quant à son genre, soit une quantité de choses fongibles; nous nous référons sous ce rapport à des explications antérieures(9). Le donateur ne retirant aucun avantage de la convention ne répond que de la faute lourde(10) et jouit du bénéfice de compétence(11).

3° La donation présente encore cet autre caractère d'être une convention de droit strict(12); c'est une stipulation ou un pacte légitime; or ces deux sortes de conventions sont également de droit strict(13). Il s'ensuit que si la chose donnée est frugifère, les fruits ne sont dus au donataire ni par le seul effet de l'obligation, ni en vertu de la demeure du donateur, mais seulement à partir de la *litis contestatio*(14); les intérêts courent du même moment et non à partir de la demeure(15).

(4) Cf. ci-après le § 176, 2° initio.

(5) Arg. D. 13, 2, *de condict. ex lege*, L. un. Cf. Nov. 162, c. 1, § 1 i. f.

(6) C. *h. t.*, L. 35, § 5^b (L. 35, § 5, Kriegel).

(7) Nov. 162, c. 1, § 1 i. f. Cf. C. *h. t.*, L. 35, § 5^a (L. 35, § 5 initio, Kriegel).

(8) Cf. l. 2, 20, *de leg.*, § 6, v^{is} si vero ex causa lucrativa..... concurrere non posse, et D. *h. t.*, L. 1, pr. initio.

(9) T. II, § 105, I, A i. f., et § 107, I, A, 1° initio.

(10) D. *h. t.*, L. 18, § 3 i. f. Cf. ci-dessus T. I, § 13, 2° initio.

(11) D. *h. t.*, L. 12 initio; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 28; D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 33, v^{is} nam si donavit..... condemnandos. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 33, pr., et le D. 42, 1, *de re judic.*, L. 41, § 2. Par suite d'une faveur spéciale, on permet même au donateur de réserver les biens nécessaires au payement de dettes n'ayant pas une cause lucrative (D. *h. t.*, L. 12 i. f.; D. 42, 1, *de re judic.*, L. 19, § 1, L. 49 i. f., L. 50; D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 54 i. f.). Cf. ci-dessus le T. I, § 6, II, 2°. — (12) D. *h. t.*, L. 22 i. f.

(13) C. 12, 3, *de in lit. jur.*, L. 5, § 4, L. 6. — Arg. D. 13, 2, *de condict. ex lege*, L. un.

(14) D. 22, 1, *de usur.*, L. 3, § 1, L. 38, § 7. Cf. D. 42, 1, *de re judic.*, L. 41, § 1.

(15) D. *h. t.*, L. 22. Cf. ci-dessus T. I, § 6, III, 4°, A i. f. et B i. f., et § 21, II.

E) *De la révocation des donations;* § 173.

C. 8, 55 (56, édition Kriegel), *de revocandis donationibus.*

En général les donations, comme les autres conventions (1), sont irrévocables (2). Toutefois, le donateur est admis à les révoquer dans trois cas principaux : pour cause d'ingratitude du donataire (3), pour inexécution des charges ajoutées à la donation (4) et pour survenance d'enfants (5). Justinien considère l'inexécution des charges comme un acte d'ingratitude du donataire (6); mais elle constitue aussi une cause propre de révocation (7) et pour ce motif elle exige un examen séparé (8).

I. La révocation de la donation pour ingratitude du donataire a lieu d'après les règles suivantes :

1° Elle constitue une dérogation au droit commun. C'est pourquoi elle n'est admise que dans les cas spécialement déterminés par la loi

(1) Cf. ci-dessus T. II, § 101 initio.

(2) *Vatic. fragm.* 279; I. *h. t.*, § 2 initio; D. *h. t.*, L. 31, pr. initio; C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 6, L. 7; C. 8, 53 (54, Kriegel), *de donat.*, L. 17; C. *h. t.*, L. 2-6. — (3) I. *h. t.*, § 2 i. f.; C. *h. t.*, L. 10.

(4) C. *h. t.*, L. 10, pr. i. f. (L. 10 initio, Kriegel). — (5) C. *h. t.*, L. 8.

(6) C. *h. t.*, L. 10, pr. i. f. (L. 10 initio, Kriegel).

(7) C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 3, L. 6, L. 8.

(8) Cf. le n° II du présent paragraphe. Ces causes de révocation des donations n'apparaissent que très tard dans le droit romain. Il résulte d'une constitution de l'empereur Philippe de l'an 249 que le patron pouvait révoquer par sa seule volonté les donations faites à son affranchi (*Vatic. fragm.* 272; C. Grégorien 13, 4, L. 1. Cf. C. J. *h. t.*, L. 1. Voyez encore les *Vatic. fragm.* 313). Dans la suite, on enleva au patron donateur ce droit absolu de révocation et on l'autorisa seulement à revenir sur la libéralité pour cause d'ingratitude de l'affranchi donataire (C. *h. t.*, L. 1) et dans le cas de survenance d'enfants (C. *h. t.*, L. 8, loi de l'empereur Constance de l'an 355). D'un autre côté, la révocation de la donation pour ingratitude du donataire fut étendue, par Dioclétien ou ses successeurs, aux donations des ascendants en faveur de leurs descendants (C. Théod. 8, 13, *de revoc. donat.*, L. 1, L. 2, L. 4, L. 6; *Vatic. fragm.* 248; C. J. *h. t.*, L. 7, L. 9. Cf. D. *h. t.*, L. 31, § 1, et *Vatic. fragm.* 254 et 314. Voyez encore les *Vatic. fragm.* 275) et complètement généralisée par Justinien (C. *h. t.*, L. 10). Cet empereur précisa en même temps les faits d'ingratitude qui justifient la révocation (L. 10 cit., pr. (L. 10 initio, Kriegel)).

et ces cas sont de stricte interprétation ; ils ne peuvent être étendus par voie d'analogie(9). La donation est révocable pour cause d'ingratitude du donataire si celui-ci attente à la vie du donateur, s'il se rend coupable envers lui, soit de violences corporelles graves(10), soit d'autres injures graves, si, par son dol, il lui fait subir une perte considérable dans son patrimoine, ou bien s'il n'exécute pas les charges ajoutées à la donation(11). La renonciation du donateur à son droit de révoquer la donation pour cause d'ingratitude est frappée de nullité ; elle tend à favoriser l'ingratitude, ce qui est d'une immoralité manifeste(12).

2° La révocation de la donation pour cause d'ingratitude du donataire n'opère pas de plein droit ; elle a besoin d'être réclamée par le donateur, car elle dépend tout naturellement de son appréciation. Il dispose à cette fin d'une action personnelle(13), qui ne peut être qu'une *condictio ex lege* ou *ex lege* 10 C. *de revocandis donationibus*(14). Il doit prouver le fait d'ingratitude qu'il impute au donataire ; c'est le fondement de sa demande(15).

3° Le droit de révoquer une donation pour cause d'ingratitude a un caractère personnel vis-à-vis du donateur et du donataire ; car

(9) C. *h. t.*, L. 10, § 1 (L. 10, Kriegel).

(10) L. 10 cit., pr. (L. 10 initio, Kriegel), vis vel manus impias inferat. Outre que ces mots ne conviennent guère à une violence corporelle insignifiante, les voies de fait sont des injures (I. 4, 4, *de injur.*, § 1 initio et i. f.; D. 47, 10, *de injur.*, L. 1, § 1 initio) et Justinien n'admet la révocation que pour des *injuriæ atroces* (L. 10 cit., pr. (L. 10 initio, Kriegel)). En ce sens NAMUR, II, § 319, 2, 2°, *b*. Cf. DE SAVIGNY, *System* IV, § 169, et notes g et h. Contra DONEAU, *Comment.* XIV, c. 27, § 7.

(11) C. *h. t.*, L. 10, pr. (L. 10 initio, Kriegel). La mère donatrice, lorsqu'elle se remarie, ne peut révoquer la libéralité que si l'enfant donataire attente aux jours de sa mère, s'il exerce sur elle des violences corporelles graves ou bien s'il entreprend de la dépouiller de la totalité de son patrimoine (Nov. 22, c, 35. Cf. C. Théod. 8, 13, *de revoc. donat.*, L. 1, L. 4, et C. J. *h. t.*, L. 7, pr. (L. 7 initio, Kriegel)). La mère de mauvaise vie est privée de tout droit de révocation pour cause d'ingratitude de son enfant donataire (C. *h. t.*, L. 7, § 4 (L. 7 i. f., Kriegel). Cf. C. Théod. 8, 13, *de revoc. donat.*, L. 1).

(12) Arg. D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 4. En ce sens DE SAVIGNY, *System* IV, § 169, et note 1, SCHILLING, III, § 363, et note vv, et MOLITOR, cité, II, n° 923 i. f.

(13) C. *h. t.*, L. 7, § 3 (L. 7, Kriegel). — (14) Arg. D. 13, 2, *de condict. ex lege*, L. un.

(15) C. *h. t.*, L. 10, § 1 initio (L. 10, Kriegel).

il a pour objet une réparation morale plutôt que pécuniaire (16). L'action révocatoire se donne exclusivement au donateur (17) et contre le donataire (18) ; elle est intransmissible aux héritiers de l'un et de l'autre. Mais, conformément à un principe général (19), l'action passe aux héritiers du donateur et du donataire si le décès survient après la *litis contestatio* (20).

4° Le but de l'action révocatoire est d'obtenir la restitution du

(16) C. *h. t.*, L. 7, § 3 (L. 7, Kriegel), vis Actionem vero matris ita personalem « esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum.. (C. Théod. 8, 13, *de revoc. donat.*, L. 1, § 1 initio). Dans cette loi le mot *vindicatio* signifie vengeance, peine, comme le mot *vindicta;* le sens est que l'action révocatoire est une sorte d'action pénale.

(17) C. *h. t.*, L. 10, § 2, L. 7, § 3, L. 1, § 3 (L. 10 i. f., L. 7, L. 1 i. f., Kriegel); C. Théod. 8, 13, *de revoc. donat.*, L. 1, § 1 initio ; *Vatic. fragm.* 272 i. f. et 313 i. f.

(18) C. *h. t.*, L. 10, § 2 initio (L. 10 i. f., Kriegel), vis Hæc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus, L. 7, § 3 (L. 7, Kriegel), vis nec in heredem detur ; C. Théod. 8, 13, *de revoc. donat.*, L. 1, § 1, iisdem verbis. En ce sens DE SAVIGNY, *System* IV, § 169, et note e, SCHILLING, III, § 363, et note uu initio, et l'opinion commune. Contra DONEAU, *Comment.* XIV, c. 30, § 1-15, et VON LŒHR, *Archiv für die civil. Praxis* VII, n° 15, p. 273, Heidelberg, 1824.

(19) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 59 (L. 58, Kriegel).

(20) C. *h. t.*, L. 10, § 2 (L. 10 i. f., Kriegel), vis nulla licentia concedenda donatoris successoribus hujusmodi querimoniarum primordium instituere... » ; *Basiliques* XLVII, 2, c. 10, scolie 1, traduction de HEIMBACH, IV, p. 598, vis nisi testator eorum litem fuerit contestatus ». Il ne suffit pas que le donateur ait manifesté la volonté de révoquer. Non seulement le caractère personnel de l'action révocatoire s'oppose à la poursuite des héritiers du donateur, mais la volonté du donateur de révoquer la libéralité ne devient certaine que par l'intentement de l'action (arg. C. *h. t.*, L. 10, § 2 initio, L. 7, § 3 (L. 10 i. f., L. 7, Kriegel)). *Non obstat* C. *h. t.*, L. 10, § 2 i. f. (L. 10 i. f., Kriegel), vis « Etenim si ipse qui hæc passus « est tacuit, silentium ejus maneat semper et non a posteritate ejus suscitari « concedatur vel adversus ipsum qui ingratus esse dicitur vel adversus ejus succes- « sionem ». Le silence, tel que l'entend ici Justinien, est le silence judiciaire. Voyez en notre sens GŒSCHEN, II (2), § 540 i. f., VON MADAI *zu Mühlenbruch*, II, § 442, note 4°, PUCHTA, *Pand.*, § 70, SCHILLING, III, § 363, et note uu i. f., ARNDTS, § 82 et 104, *Anm.* 1, f, et BARON, § 69, III, 1°. Cf. KELLER, § 68 i. f.

Contra DONEAU, *Comment.* XIV, c. 29, § 7-12, DE SAVIGNY, *System* IV, § 169, et note c, MOLITOR, cité, II, n° 923, p. 338, et WINDSCHEID, II, § 367, note 19. Cf. MAYNZ, II, § 255, note 22.

La volonté de révoqner exprimée par le donateur à l'égard du donataire n'autorise pas non plus à poursuivre la révocation contre les héritiers du donataire (arg. C. *h. t.*, L. 10, § 2 initio, L. 7, § 3 (L. 10 i. f., L. 7, Kriegel)).

profit que le donataire a retiré de la donation (21). Le donataire n'est pas tenu au delà de ce profit; la libéralité qu'il a reçue, ne doit pas lui nuire. Mais il est obligé de restituer l'émolument de la donation, sinon il s'enrichirait par une donation régulièrement révoquée. En conséquence, le donataire ne répond pas de la perte ou de la détérioration de la chose reçue, alors même qu'elle provient de son fait; propriétaire légitime de la chose, il ne peut commettre une faute (22). Lorsqu'il a consommé les choses reçues, il est seulement comptable de leur valeur si, sans la donation, il eût consommé une qualité égale; dans le cas contraire, la libéralité ne lui a pas profité (23). S'il a aliéné la chose, son obligation se borne à la restitution du prix (24); s'il l'a grevée de droits réels, il doit seulement rendre la chose telle quelle et le prix qu'il a retiré de la concession du droit réel. En ce qui concerne les fruits, il n'en doit compte qu'à dater de la *litis contestatio*; les fruits perçus antérieurement lui demeurent acquis; il les a faits siens comme légitime propriétaire de la chose et par sa nature la révocation de la donation n'opère que pour l'avenir (25). Que si le donataire a détruit, détérioré, consommé ou aliéné la chose après avoir commis l'acte d'ingratitude ou même après avoir simplement résolu de le commettre, il répond de son dol (26). D'ailleurs, la révocation de la donation ne crée qu'une obligation de restituer à charge du donataire; tous les actes de propriété émanés de lui restent debout; la révocation est sans effet à l'égard des tiers qui ont acquis des droits réels sur la chose (27). La raison en

(21) Arg. C. *h. t.*, L. 7, § 2 (L. 7, Kriegel), et D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 18. — (22) Arg. D. *eod.*, L. 28, pr.

(23) Arg. D. *eod.*, L. 5, § 18. En ce sens MOLITOR, cité, II, nº 923, p. 337.

(24) Arg. D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 26, § 12, vis vel hominem indebitum..... habes, L. 65, § 8.

(25) Arg. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 15, § 1, L. 16, L. 17, pr. En ce sens SCHILLING, III, § 363, et note qq, NAMUR, II, § 319, 3, et MAYNZ, II, § 255 i. f. Contra DE SAVIGNY, *System* IV, § 147, p. 45-46, § 169, p. 239, et MOLITOR, cité, II, nº 923, p. 337.

(26) Arg. D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 65, § 8 initio, et D. 17, 2, *pro socio*, L. 63, § 7, L. 68, § 1. En ce sens DE SAVIGNY, *System* IV, § 169, p. 237-238, et SCHILLING, III, § 363, *ad not.* oo. Contra WINDSCHEID, II, § 367, note 18.

(27) C. *h. t.*, L. 7, § 2 (L. 7, Kriegel). « Ceterum quæ ante adhuc matre paci-

est que, par suite de la donation pure et simple, le donataire avait obtenu la propriété irrévocable de la chose et par conséquent les droits réels qu'il avait consentis à des tiers, étaient aussi irrévocables.

II. L'inexécution des charges ajoutées à la donation constitue à la fois un fait d'ingratitude qui rend la donation révocable(28), et une cause propre de révocation de la libéralité(29). Le donateur peut donc, en cas d'inexécution du mode, révoquer la libéralité à l'un de ces deux titres. S'il prend le premier parti, on suivra les règles de la révocation pour cause d'ingratitude(30). S'il opte pour le second, il y a lieu d'appliquer les règles relatives à la résiliation des contrats réels innomés pour inexécution des obligations du cocontractant; car la donation modale exécutée par le donateur forme un pareil contrat(31). La révocation, qui n'opère pas de plein droit, sera poursuivie par la *condictio causa data causa non secuta*(32). Celle-ci n'a rien de personnel; elle se transmet activement(33) et passivement(34) aux héritiers des parties. Elle tend à la rescision de la donation, donc à la restitution pure et simple de la chose donnée avec tous ses accessoires, y compris les fruits à partir de la donation; il est indifférent que le donataire ne se soit pas enrichi(35). En général, la révocation de la donation du chef d'inexécution des charges ne produit qu'une obligation de restituer pour le donataire; elle est sans effet à l'égard des tiers qui ont obtenu du donataire des droits réels sur la chose(36). Cela résulte encore de l'acquisition de la

« fica jure perfecta sunt et ante inchoatum cœptumque jurgium vendita donata « mutata in dotem data ceterisque causis legitime alienata, minime revocamus ».

(28) C. *h. t.*, L. 10 pr. i. f. (L. 10 initio, Kriegel). Ce point a été contesté (MÜHLENBRUCH, II, § 443, et note 8). Mais voyez DE SAVIGNY, *System* IV, § 169, et note k, et SCHILLING, III, § 363, et note dd.

(29) C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 3, L. 6, L. 8; C. 8, 54 (55, Kriegel), *de donat. quæ sub modo*, L. 3, pr. (L. 3 initio, Kriegel); D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 7. — (30) Cf. le n° I du présent paragraphe. — (31) Cf. ci-après le § 176, 2°.

(32) Voyez les textes cités à la note 29.

(33) C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 3, L. 6; C. 8, 54 (55, Kriegel), *de donat. quæ sub modo*, L. 3, pr. (L. 3 initio, Kriegel).

(34) C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 8. — (35) Cf. ci-dessus T. II, § 104, II.

(36) Arg. C. 8, 54 (55, Kriegel), *de donat. quæ sub modo*, L. 1, § 1 (L. 1, Kriegel), vis in hoc casu...

chose indépendamment de toute condition résolutoire. Le donateur ne recouvre la propriété de plein droit et dans l'état où elle lui appartenait précédemment, que si la charge imposée au donataire consistait à fournir des aliments au donateur; c'est une disposition d'équité (37).

III. Une troisième cause de révocation des donations est la survenance d'enfants au donateur après la donation; il peut alors poursuivre la révocation de la libéralité par une *condictio ex lege* ou *ex lege* 8 C. *de revocandis donationibus* (38). Ce droit de révocation se fonde sur la considération que le donateur n'eût pas fait la libéralité s'il avait connu le sentiment de la paternité. Mais ce système n'est consacré par le droit romain qu'en faveur du patron qui a donné à son affranchi (38), et, comme il s'agit d'une disposition exceptionnelle, on ne saurait l'étendre par analogie (39). Toutefois, un donateur quelconque à qui il survient un enfant après la donation, peut, si la donation, au moment où elle a eu lieu, entamait la légitime de cet enfant, la faire réduire dans les limites de la quotité disponible; il recourra à cette fin à une *condictio ex lege* (5 C. *de inofficiosis donationibus*) (40).

(37) L. 1 cit. La mère donatrice, si elle est remariée ou de mauvaise vie, peut pleinement révoquer la donation pour cause d'inexécution des charges imposées à son enfant donataire, quoiqu'elle soit empêchée d'agir sur le fondement du reproche d'ingratitude résultant de cette inexécution; ci-dessus note 11 de ce paragraphe. En ce sens DONEAU, *Comment.* XIV, c. 28, § 9, DE SAVIGNY, *System* IV, § 169, p. 236, et SCHILLING, III, § 363, et note gg i. f.

(38) C. *h. t.*, L. 8; C. Théod. 8, 13, *de revoc. donat.*, L. 3.

(39) C'est l'opinion à peu près unanime des auteurs; voyez entre autres MÜHLENBRUCH, *Fortsetzung des Glückschen Commentars* XXXVI, § 1421_g, p. 65-68, DE SAVIGNY, *System* IV, § 169, et note h, SCHILLING, III, § 363 i. f., et MAYNZ, II, § 255, p. 403. Cf. MOLITOR, cité, II, n° 922 i. f.

(40) 3, 29. « Si totas facultates tuas per donationes vacuefecisti, quas in emancipatos filios contulisti, id, quod ad submovendas inofficiosi testamenti querelas non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum, ut filii vel nepotes, qui postea ex quocumque legitimo matrimonio nati sunt, debitum bonorum subsidium consequantur, *ad patrimonium tuum revertetur* ». Les *Basiliques* XLI, 4, c. 5 (HEIMBACH, IV, p. 156-157) rapportent expressément les mots en italiques à un droit personnel de révocation appartenant au donateur. Mais beaucoup d'auteurs entendent la loi 5 citée de la *querela inofficiosæ donationis* des enfants du donateur qui sont nés après la donation, ce qui n'est

Abstraction faite de ces cas spéciaux de révocation, les donations à cause de mort sont de plein droit révocables par la seule volonté du donateur(41) et, à l'occasion d'une donation entre-vifs, le donateur peut se réserver la même faculté(42).

F) *De quelques espèces particulières de donations.*

§ 174. *De la donation de tous les biens.*

1° La donation de tous les biens (*donatio omnium bonorum*) comprend l'ensemble des biens présents du donateur(1). Elle ne s'étend point aux biens futurs. Il est certain que de plein droit elle ne comprend pas ces derniers biens; car dans le doute les conventions s'interprètent en faveur du promettant, donc la donation en faveur du donateur(2). Mais il n'est pas même au pouvoir des parties de faire porter la donation sur les biens futurs par une convention spéciale. En effet, une pareille convention serait une institution contractuelle, une institution d'héritier par contrat, et cette institution est frappée de nullité(3). Beaucoup d'auteurs sont d'un avis opposé(4).

guère conciliable avec les mots *ad patrimonium tuum revertetur*. Voyez en notre sens ZIMMERN, *Zimmern's und Neustetel's römischrechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung*, T. I, n° 3, II, p. 71-73, Heidelberg, 1821, FRANCKE, *Das Recht der Notherben*, § 44, p. 517-519, Gœttingen, 1831, MÜHLENBRUCH, *Fortsetzung des Glückschen Commentars* XXXVI, § 1421g, p. 56-66, SCHILLING, III, § 363, et note XX, VANGEROW, II, § 482, *Anm.*, n° I, 4° i. f., et MAYNZ, T. II, § 255, note 20, et T. III, § 393, note 2. Cf. MOLITOR, cité, II, n° 922 initio.

Contra DONEAU, *Comment.* XIX, c. 11, § 21-22, GLÜCK, VII, § 550, p. 166-170, DE SAVIGNY, *System* IV, § 169, et note c, et ARNDTS, *Weiske's Rechtslexikon* VIII, p. 163, et note 377, et p. 168-169.

(41) Cf. ci-dessus T. III, § 171, 1°. — (42) D. 32, *de leg.* III, L. 37, § 3.

(1) Cf. C. *h. t.*, L. 35, § 4.

(2) Arg. D. 34, 2, *de auro arg. leg.*, L. 7. Cf. ci-dessus T. II, § 100bis, I, 4° initio. — (3) Cf. ci-dessus T. II, § 91, II, 6° i. f.

(4) Voyez en notre sens DE SAVIGNY, *System* IV, § 159, p. 142-143, SCHILLING, III, § 354, 6° i. f., HEIMBACH, cité, p. 670, et SINTENIS, I, § 23, et *Anm.* 31. Cf. MAYNZ, II, § 256, 1°.

Contra MEYERFELD, cité, II, § 21, 3°, p. 13-17, PUCHTA, *Pand.*, § 71, note g, et *Vorles.* I, § 71 i. f., MOLITOR, cité, II, n° 904, BOECKING, *Pand.* I, § 106, note 23, WINDSCHEID, II, § 368, et note 9, et BARON, § 70, IV.

La donation de tous les biens présents et à venir vaut-elle au moins pour les biens présents ou est-elle complètement nulle? La première solution nous paraît

On peut seulement donner des biens présents et à venir par la voie d'une donation à cause de mort; celle-ci a le caractère d'une disposition de dernière volonté et comme telle est éminemment révocable(5). D'un autre côté, la donation de tous les biens ne comprend les biens présents du donateur que déduction faite de ses dettes présentes(6); car on n'entend par biens d'une personne que l'excédent de son actif sur son passif; *bona non intelleguntur, nisi ære alieno deducto*(7). En conséquence, le donateur peut retenir sur son patrimoine des biens d'une valeur suffisante pour le payement de ses dettes(8); s'il n'a pas fait cette rétention, il peut répéter dans les mêmes limites contre le donataire par une *condictio sine causa*(9).

2° La donation de tous les biens ne forme qu'une succession à titre particulier; le donataire succède seulement à des droits déterminés; il ne succède pas à titre universel, c'est-à-dire à la personne même du donateur, de manière à continuer cette personne(10). En effet la donation de tous les biens, comme nous l'avons démontré, ne comprend pas les acquisitions que fait le donateur postérieure-

mériter la préférence; *utile per inutile non vitiatur*. On objecte que le donateur a simplement voulu faire une institution contractuelle et que, celle-ci étant nulle, on n'est pas autorisé à la convertir en une donation des biens présents. Mais il est plus exact de dire que le donateur a voulu donner d'une manière distincte ses biens présents et ses biens futurs; or la circonstance que la volonté de donner est nulle sous le second rapport ne l'empêche pas d'exister pleinement sous le premier. Contra DE SAVIGNY, *System* IV, § 159, p. 143-144.

(5) En ce sens DE SAVIGNY, *System* IV, § 159, p. 144 i. f. Il va de soi que le donateur de tous les biens présents est libre de se réserver des choses ou des droits déterminés (D. 32, *de leg.* III, L. 37, § 3 initio; D. 39, 6, *de mortis causa donat.*, L. 42, pr. initio).

(6) Arg. D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 72, pr., D. 33, 2, *de usu et usu fructu per leg. dat.*, L. 45, et D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 69.

(7) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 39, § 1; D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 11 i. f.

(8) D. *h. t.*, L. 12, vis Sed enim id, quod creditoribus debetur, erit detrahendum.. »; arg. D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 72, pr. i. f.

(9) Arg. D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, pr. initio. En ce sens SCHILLING, III, § 362, et note ii. Cf. MEYERFELD, cité, II, § 21, 7°, p. 31-32, DE SAVIGNY, *System* IV, § 159, p. 137-139, MOLITOR, cité, II, nos 905-906, WINDSCHEID, II, § 368, et notes 5-6, et BARON, § 70, IV, 2°.

(10) Arg. GAIUS, II, 97-98, I. 2, 9, *per quas pers. nobis adquir.*, § 6, et C. *h. t.*, L. 15, pr. (L. 15 initio, Kriegel).

ment à la libéralité; le donateur demeure donc une personne capable de droits; sa personnalité n'est pas absorbée par celle du donataire, ce qui exclut l'idée d'une succession universelle. A la vérité la donation de tous les biens, si elle a lieu à cause de mort, peut, en vertu d'une convention spéciale, embrasser les biens futurs du donateur. Mais même alors elle ne constitue pas une succession à titre universel; elle ne fut pas reconnue comme telle par le droit romain; la succession universelle était réputée une institution de droit public plutôt que de droit privé; on l'admettait seulement pour satisfaire un besoin d'une utilité pratique incontestable, et ce besoin n'existait pas dans le cas tout à fait exceptionnel d'une donation à cause de mort des biens présents et à venir(11). Puisque la donation de tous les biens forme une simple succession à des droits déterminés, les choses corporelles appartenant au donateur lors de la donation sont seulement acquises au donataire par la tradition(12). Le principe offre moins d'intérêt quant au transfert des créances, à raison des actions utiles dont dispose le donataire en droit nouveau(13). Mais son importance est capitale au point de vue des dettes du donateur. Ces dettes ne passent point au donataire; le donateur seul est obligé envers ses créanciers, comme précédemment(14). Cette solution ne produit aucun inconvénient lorsque le donateur a retenu,

(11) Cf. DE SAVIGNY, *System* III, § 105, p. 16-17, et note h, et SCHILLING, III, § 362, et note gg. La plupart des auteurs se bornent à énoncer la règle que la donation de tous les biens est une succession à titre particulier, sans essayer d'en rendre compte (MEYERFELD, cité, II, § 21, 1° initio, p. 26. — MOLITOR, cité, II, n° 904. — MAYNZ, II, § 256, 1°).

(12) C. *h. t.*, L. 35, § 4-5ᵉ (L. 35, § 4-5, Kriegel). Voyez en ce sens MOLITOR, cité, II, n° 905 initio, DE SAVIGNY, *System* IV, § 159, p. 136 i. f., et BARON, § 70, IV, 1°. SCHILLING, III, § 362, et note kk, se contente, pour le transfert de la propriété de l'ensemble de choses corporelles, du consentement des parties sur ce transfert; il invoque l'analogie de la société universelle de biens; cette opinion est manifestement erronée. Voyez encore MEYERFELD, cité, II, § 21, 4°, p. 18-20.

(13) Cf. C. *h. t.*, L. 33. Pour le droit classique voyez les *Vatic. fragm.* 263 et le C. *h. t.*, L. 11.

(14) Arg. D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 72, pr., « Mulier bona sua omnia in dotem « dedit : quæro, an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur. Paulus res- « pondit eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a « creditoribus ejus conveniri non posse... », et C. *h. t.*, L. 15.

comme il en a le droit, des biens suffisants pour payer ses créanciers(15). Dans le cas contraire, il peut être contraint par ses créanciers de leur céder sa *condictio sine causa* en répétition des biens nécessaires au payement(16). Les créanciers disposent en outre de l'action Paulienne contre le donataire, dans le but de faire rescinder la donation jusqu'à concurrence des dettes, du moins si le donateur était de mauvaise foi et spécialement s'il connaissait ses dettes(17).

3° On suit généralement les mêmes régles, pour autant que la nature des choses le permet, dans le cas où la donation a pour objet, soit une quote-part de tous les biens du donateur(18), soit une hérédité échue à celui-ci(19). — Ainsi, la donation d'une quote-part des biens du donateur se limite essentiellement aux biens présents du donateur, sauf ce qui a été dit de la donation à cause de mort de l'ensemble des biens; le motif est identique; en donnant à un tiers une quote-part de nos biens présents et à venir, nous faisons en sa faveur une institution contractuelle pour cette quote-part et une semblable institution est prohibée(20). De même, la donation d'une quotité des biens présents du donateur ne porte sur cette quotité qu'après déduction de la quote-part correspondante des dettes présentes du donateur. Elle constitue d'ailleurs une simple succession à titre particulier; donc le donataire n'est pas obligé envers les créanciers du donateur. De plus, et c'est là une différence avec

(15) D. *h. t.*, L. 12; arg. D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 72, pr. i. f.

(16) Cf. ci-dessus le n° 1° i. f. du présent paragraphe.

(17) D. 42, 8, *quæ in fraud. credit.*, L. 17, § 1. « Lucius Titius cum haberet « creditores, libertis suis isdemque filiis naturalibus universas res suas tradidit. « Respondit: quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui « creditores habere se scit et universa bona sua alienavit, intellegendus est frau- « dandorum creditorum consilium habuisse : ideoque et si filii ejus ignoraverunt « hanc mentem patris sui fuisse, hac actione tenentur ».

(18) Cf. C. *h. t.*, L. 35, § 4, et C. 8, 55 (56, Kriegel), *de revoc. donat.*, L. 8.

(19) Cf. D. *h. t.*, L. 28.

(20) Peu importe dès lors qu'elle ne détruise pas la liberté de tester quant à la quote-part restante du patrimoine; cette circonstance n'empêche pas que le donataire n'ait été institué héritier sans l'observation des formes testamentaires; cf. ci-dessus T. II, § 91, II, 6° i. f. Contra DE SAVIGNY, *System* IV, § 159, p. 144.

la donation de la totalité des biens, le donateur n'a besoin de céder à ses créanciers sa *condictio sine causa* en répétition d'une partie des biens donnés que si les biens restés dans son patrimoine sont insuffisants pour le payement de ses dettes. Quant à ses créanciers, ils disposent seulement de l'action Paulienne contre le donataire si, de mauvaise foi, le donateur s'est rendu insolvable par la donation ou a augmenté son insolvabilité(21). — S'agit-il de la donation d'une hérédité échue au donateur, elle comprend les biens héréditaires déduction faite des dettes héréditaires (22). D'une succession universelle il ne saurait être question dans l'espèce; le donataire n'est donc pas obligé à l'égard des créanciers héréditaires. En ce qui concerne la cession de la *condictio sine causa* et l'action Paulienne, on se conforme aux règles indiquées à l'occasion de la donation d'une quote-part de tous les biens(23).

§ 175. *De la donation rémunératoire.*

HARBURGER, *Die remuneratorische Schenkung*, Nœrdlingen, 1875.

1° La donation rémunératoire est celle par laquelle le donateur veut récompenser un service que lui a rendu le donataire(1). Il est de son essence que le service soit de telle nature qu'il ne donnait lieu à aucune rémunération légale. Si la personne qui a reçu le service, était tenue à une indemnité en vertu de la loi, ne fût-ce que naturellement(2), il y a une convention à titre onéreux, sauf

(21) Cf. ci-après § 244.

(22) Arg. D. *h. t.*, L. 28, et C. 4, 39, *de H. v. A. V.*, L. 2.

(23) Si la donation impose au donataire le payement des dettes héréditaires, le donateur peut poursuivre l'exécution de cette charge par l'action *præscriptis verbis* (C. 4, 39, *de H. v. A. V.*, L. 2; D. *h. t.*, L. 28). Voyez POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 39, 5, *de donat.*, n° 9, note *b*. Cf. DE SAVIGNY, *System* IV, § 159, et note n.

(23) Cf. DE SAVIGNY, *System* IV, § 159, p. 141.

(1) Cf. D. 5, 3, *de heredit. petit.*, L. 25, § 11 i. f., et D. 47, 2, *de furt.*, L. 55 (L. 54, Kriegel), § 1 i. f., où les mots *naturaliter obligaverunt* et *beneficii debitorem* désignent le devoir moral de récompenser le service rendu. Cf. CICÉRON, *de offic.* I, 15, v^is^ non reddere (*scil. beneficium*), viro bono non licet...

(2) Cf. ci-dessus T. III, § 170, I, C initio.

bien entendu si le don dépasse l'obligation, auquel cas il y a donation rémunératoire pour l'excédent; en effet, le payement d'une dette n'a jamais le caractère d'une donation(3). La donation rémunératoire suppose donc un service qu'on était uniquement tenu de rémunérer en vertu d'un devoir moral ou de convenance; comme il a été expliqué précédemment(4), l'existence d'un devoir moral n'est pas exclusif de la donation (5). La donation rémunératoire exige même que celui qui remplit le devoir moral ou de convenance résultant d'un service, ait l'intention de le remplir; s'il croit être légalement obligé,

(3) D. *h. t.*, L. 19, § 1, « Labeo scribit extra causam donationum esse talium « officiorum mercedes ut puta : si tibi adfuero, si satis pro te dedero, si qualibet « in re opera vel gratia mea usus fueris », L. 27. « Aquilius Regulus juvenis ad « Nicostratum rhetorem ita scripsit : ' *quoniam* et cum patre meo semper fuisti et ' *me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti*, dono et permitto tibi habi- ' tare in illo cenaculo eoque uti '. Defuncto Regulo controversiam habitationis « patiebatur Nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, *dixi posse defendi* « non meram donationem esse, verum *officium magistri quadam mercede remunera-* « *tum Regulum* ideoque non videri donationem sequentis temporis initam esse... ». Le jurisconsulte exclut ici la donation, parce que la concession de l'habitation à Nicostratus constituait le payement des honoraires qu'il avait mérités comme précepteur. Il refuse aux héritiers du concédant le droit de revenir sur la concession, sans doute parce qu'elle avait été faite pour la durée de la vie de Nicostratus. Les mots *non meram donationem* et *donationem sequentis temporis* ne peuvent être invoqués en faveur d'une donation rémunératoire, alors que le jurisconsulte lui-même les explique dans le sens d'un payement d'honoraires. Cette interprétation est confirmée par les *Basiliques* XLVII, 1, c. 26 (HEIMBACH, IV, p. 574) et adoptée par DE SAVIGNY, *System* IV, § 153, p. 95-96, MOLITOR, cité, II, n° 929, p. 348, et HARBURGER, cité, § 2, I, p. 7-17.

Contra MEYERFELD, cité, I, § 19, p. 382-383, SCHILLING, III, § 353, note gg initio, et WINDSCHEID, II, § 368, note 11 i. f.

La règle d'après laquelle le payement d'une dette ne constitue pas une donation, doit être suivie alors même que le payement a été fait dans l'intention de gratifier. Cette intention n'enlève pas à l'acte du payement son caractère propre. Cf. DE SAVIGNY *System* IV, § 153, p. 94-96.

(4) T. III, § 170, I, C initio.

(5) Voyez en ce sens MEYERFELD, cité, I, § 19, p. 368-382, MÜHLENBRUCH, II, § 443, n° II, SCHILLING, III, § 353, et note hh, KOCH, cité, III, § 237, n° I initio, et HARBURGER, cité, § 4.

Cf. DE SAVIGNY, *System* IV, § 153, p. 94-96, PUCHTA, *Pand.*, § 71 initio, et *Vorles.* I, § 71 initio, MOLITOR, cité, II, n° 929, p. 348, SINTENIS, I, § 23, *ad Anm.* 11, ARNDTS, § 83, 1°, et WINDSCHEID, II, § 368, note 11 i. f.

l'absence de la volonté de gratifier exclut la donation(6); il n'y a qu'une convention à titre onéreux; mais, comme celle-ci a été conclue indûment et par erreur, elle est rescindable par la *condictio indebiti*(7). On peut citer comme véritables donations rémunératoires celles que nous faisons à une personne qui nous a sauvé la vie(8) ou qui a géré avantageusement nos affaires comme mandataire, tuteur ou curateur(9). Au reste, la donation rémunératoire subsiste malgré l'erreur du donateur au sujet du service rendu; par exemple, je fais une donation à quelqu'un en vue de le récompenser de la bonne gestion de mes affaires, et je constate plus tard qu'il m'a volé(10); c'est le droit commun des conventions(11).

2° La donation rémunératoire étant une donation véritable est régie par la théorie ordinaire des donations. Elle ne peut intervenir

(6) Cf. ci-dessus T. III, § 170, I, C initio.

En ce sens MEYERFELD, cité, I, § 19, p. 379, et SCHILLING, III, § 353, et note ii initio.

Cf. DE SAVIGNY, *System* IV, § 153, p. 94-95, PUCHTA, *Pand.*, § 71 initio, et *Vorles.* I, § 71 initio, SINTENIS, I, § 23, *ad Anm.* 11, ARNDTS, § 83, 1°, et WINDSCHEID, II, § 368, note 11 i. f.

(7) Cf. ci-dessus T. II, § 93, V, et ci-après § 198, I, A, 1°, et dans un sens analogue MEYERFELD, cité, I, § 19, p. 379. Pour que l'on puisse admettre une donation rémunératoire, il faut aussi qu'il existe une certaine proportion entre la libéralité et le service qu'on est moralement tenu de récompenser; si la libéralité est manifestement supérieure au service, il y a donation ordinaire pour l'excédent (GLÜCK, XXVI, § 1257, p. 201-203 — VANGEROW, I, § 125, *Anm.* i. f.).

(8) PAUL, V, 6, § 11; D. *h. t.*, L. 34, § 1. L'on doit s'étonner que cette donation rémunératoire si manifeste ait été contestée par KOCH, cité, III, § 237, n° I, p. 214, PUCHTA, *Pand.*, § 71 initio, et *Vorles.* I, *eod.*, et ARNDTS, § 83, 1°. Sans doute la vie est d'un prix inestimable; mais, précisément pour ce motif, le service rendu n'oblige pas à une rémunération légale; donc la rémunération purement volontaire de ce service est une donation. Voyez en faveur de cette opinion DE SAVIGNY, *System* IV, § 153, p. 96-98, SCHILLING, III, § 353, note gg initio, MOLITOR, cité, II, n° 929, p. 349, SINTENIS, I, § 23, *Anm.* 11 initio, et WINDSCHEID, II, § 368, et note 11 initio. — (9) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 65, § 2.

(10) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 65, § 2, « Id quoque, quod ob causam datur, « puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari « volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse », L. 52, vis Damus aut..... non sit.

(11) Cf. ci-dessus T. II, § 93, IV initio. Voyez encore le D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 3, § 7 i. f.

qu'entre personnes capables de donner et de recevoir; si elle dépasse 500 solides, son insinuation est nécessaire; le donateur est autorisé à la révoquer pour inexécution des charges, et, dans les limites indiquées, pour survenance d'enfants. La seule particularité qu'elle présente, c'est d'être soustraite à la révocation pour ingratitude du donataire. En effet, la donation rémunératoire constitue l'accomplissement d'un devoir moral; c'est le payement d'une dette de reconnaissance; le donateur ne fait que reconnaître lui-même le service qu'il a reçu. Dès lors le donataire ne doit aucune reconnaissance au donateur; une ingratitude de sa part ne se comprend point. Il y a plus : le donateur qui voudrait révoquer la libéralité, méconnaîtrait son propre devoir moral résultant du service(12). Mais les

(12) D. *h. t.*, L. 34, § 1. « Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et « aliquid pro eo ab ipso accipiat, hæc donatio inrevocabilis est : non merces « eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo æstimari « non placuit ».

Pour comprendre ce texte, il faut le mettre en rapport avec PAUL, V, 11, § 6, d'où il a été tiré. « Ei, qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infini- « tum donare non prohibetur : si tamen donatio et non merces eximii laboris « appellanda est : quia contemplatione salutis certo modo æstimari non placuit ».

Les deux passages se réfèrent à une donation rémunératoire faite à quelqu'un qui avait sauvé la vie au donateur. Dans ses Sentences, Paul s'était demandé si une pareille donation pouvait dépasser le taux de la loi *Cincia*. Et il avait répondu affirmativement, parce que la libéralité dont il s'agit n'est pas une donation ordinaire, mais la rémunération d'un service d'une valeur inestimable. Tribonien, détournant complètement le sens de cette décision, fait dire à Paul que la donation prémentionnée est irrévocable. Le motif qui suit, est inintelligible; il n'acquiert un sens que si, conformément à la leçon originale des Sentences de Paul, on supplée par la pensée devant *non merces* les mots *si tamen donatio est et;* alors le motif de la loi 34, § 1, s'identifie avec celui donné par Paul. CUJAS (*in Pauli recept. Sent.* V, 11, § 6) et GLÜCK (XXVI, § 1257, p. 200, note 85) proposent ce changement de la Florentine. La Vulgate lit : *merces enim* au lieu de *non merces*, ce qui conduit au même résultat.

Mais quelle est la portée précise de la décision de la loi 34, § 1? Il en résulte certainement que la donation dont elle s'occupe, est irrévocable pour cause d'ingratitude. Nous pensons qu'il faut en dire autant de toute autre donation rémunératoire, car une ingratitude est impossible de la part de celui qui reçoit une semblable libéralité; nous nous fondons donc moins sur la loi 34, § 1, que sur la notion même de l'ingratitude. Par contre, nous restreignons la loi 34, § 1, à la révocation pour cause d'ingratitude; c'est la révocation par excellence

opinions sur les effets de la donation rémunératoire sont des plus partagées. On a voulu l'exempter de toutes les dispositions restrictives des donations(13). En sens opposé, une école nombreuse lui applique pleinement la théorie commune des donations, à part le cas où le donateur a voulu récompenser quelqu'un qui lui avait sauvé la vie; cette donation serait affranchie des limitations apportées aux donations(14).

du droit de Justinien (C. 8, 55 (56, Kriegel), *de revocandis donationibus*). Quant aux mots *certo modo* dont se sert la loi 34, § 1, on ne saurait y voir une allusion au taux de l'insinuation; ils ont seulement pour but de justifier la décision du texte par l'importance du service rendu au donateur. Les *Basiliques* XLVII, 1, c. 33 (HEIMBACH, IV, p. 579) sont contraires; mais elles peuvent d'autant moins nous être opposées qu'elles rapportent la loi 34, § 1, à l'affranchissement de l'insinuation.

L'opinion à laquelle nous nous sommes arrêté, est défendue par GŒSCHEN, II (2), § 542, n° II, MÜHLENBRUCH, II, § 443, n° II, VANGEROW, I, § 125, *Anm.*, et HARBURGER, cité, § 5, n°s I et IV, p. 68-74, 76-90, et § 7. Voyez aussi MAREZOLL, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess* I, n° 1, p. 30-40, Giessen, 1828; d'après cet auteur, la donation rémunératoire est soumise à l'insinuation mais irrévocable pour cause d'ingratitude, du moins si le donataire a sauvé la vie au donateur.

(13) SCHWEPPE, *Röm. Privatrecht* III, § 499. — THIBAUT, I, § 499. — BARON, § 70, I.

SCHILLING, III, § 360, et notes q et r, § 363, et note ll, dispense de l'insinuation les donations rémunératoires destinées à récompenser des services susceptibles d'une estimation pécuniaire et soustrait l'ensemble des donations rémunératoires à la révocation pour cause d'ingratitude.

MEYERFELD, cité, I, § 19, p. 370 et 374-376, exempte des dispositions restrictives des donations les donations rémunératoires tendant à récompenser des services autres qu'une donation antérieure ou un simple plaisir.

Cf. encore WARNKŒNIG, *Comment.* II, n° 712, MEYER *zu Schweppe*, III, § 503 i. f., et WENING-INGENHEIM, II, § 283.

(14) DE SAVIGNY, *System* IV, § 153, p. 96-99. — MOLITOR, cité, II, n° 929, p. 349-350. — HEIMBACH, cité, p. 654-655, et note 59. — SEUFFERT, II, § 367. — KELLER, § 71 i. f. — SINTENIS, I, § 23, et *Anm.* 11. — NAMUR, II, § 320. — WINDSCHEID, II, § 368, et note 11.

PUCHTA, *Pand.*, § 71 initio, et *Vorles.* I, *eod.*, KOCH, cité, III, § 237, n° I, et ARNDTS, § 83, 1°, enseignent la même chose, sauf qu'ils ne considèrent pas comme une donation véritable le fait de donner a quelqu'un qui nous a sauvé la vie; cf. ci-dessus la note 8 du présent paragraphe.

Cf. MAYNZ, II, § 256, 2°, et note 11.

§ 176. *De la donation modale.*

C. 8, 54 (55, édition Kriegel), *de donationibus quæ sub modo vel condicione vel ex certo tempore conficiuntur.*

WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, nos 68, 69, 79, 101 et 107, Dusseldorff, 1850.

1° La donation modale (*donatio sub modo*(1)) est celle qui impose une certaine charge au donataire; par exemple, je donne à quelqu'un un immeuble d'une valeur de 10,000 à charge de me payer 1,000; j'impose au donataire l'obligation de me payer une pension alimentaire(2), d'acquitter mes dettes(3) ou de m'élever un tombeau; je stipule du donataire que la chose donnée me sera restituée à sa mort(4). Le mode peut aussi être stipulé au profit d'un tiers; la stipulation pour un tiers est ici exceptionnellement valable comme formant l'accessoire de la donation(5). Il est même possible d'ajouter à la donation un mode qui directement n'offre de l'intérêt, ni pour le donateur, ni pour un tiers; on a au moins un intérêt indirect à l'exécution d'une condition de la libéralité; on peut entre autres charger le donataire d'élever un édifice public(6). La donation modale constitue une donation pour la différence entre la valeur de la chose donnée et la valeur de la charge(7); d'où la conséquence que si la charge égale en importance la chose reçue, la donation disparaît pour faire place à une convention à titre onéreux(8). La donation modale suppose essentiellement que le donateur ait voulu obliger le donataire à

(1) Cf. C. *h. t.*, rubrique.

(2) C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 8; C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 3.

(3) C. 8, 53 (54, Kriegel), *de donat.*, L. 22; C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 2.

(4) C. *h. t.*, L. 2; cf. D. 32, *de leg. III*, L. 37, § 3.

(5) C. *h. t.*, L. 3. Cf. ci-dessus T. II, § 111, II, B, 1°, *b*, 2° initio et *a*.

(6) DE SAVIGNY, *System* T. IV, § 175, I initio, cbn. avec T. III, § 128, 1° et 5°.

(7) Cf. D. *h. t.*, L. 18, pr. « Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert », et § 1 initio.

(8) D. *h. t.*, L. 18, § 1, vis aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas : hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem.. ».

faire quelque chose; s'il a seulement voulu lui permettre par la donation de faire quelque chose, la mention de cette circonstance n'empêche pas la donation d'être pure et simple; ce n'est qu'un motif de fait de la donation et celle-ci est indépendante des motifs de fait qui la déterminent(9). Si le mode contient une impossibilité physique ou légale, il est nul et la donation vaut comme donation pure et simple(10).

2° La donation modale est avant tout une donation proprement dite pour la différence entre la valeur de la chose donnée et celle de la charge(11). Dans cette limite, elle est soumise aux différentes règles des donations. Elle n'intervient valablement qu'entre personnes capables de donner et de recevoir; supérieure à 500 solides, elle requiert l'insinuation. Elle est aussi révocable pour cause d'ingratitude du donataire; le fait de l'inexécution du mode constitue même un acte d'ingratitude(12) et en outre une cause propre de révocation(13). Mais la donation modale se sépare des donations

(9) D. *h. t.*, L. 2, § 7, « Titio decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi « emeret : quæro, cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione « decem recipiam. Respondi : facti magis quam juris quæstio est : nam *si decem* « *Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus*, mortuo Sticho condic- « tione repetam : *si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum* « *emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis dona-* « *tionis, quam condicio dandæ pecuniæ existimari debebit* et mortuo Sticho pecunia « apud Titium remanebit », L. 3. « Et generaliter hoc in donationibus definien- « dum est multum interesse, *causa donandi fuit an condicio* : si causa fuit, cessare « repetitionem, si condicio, repetitioni locum fore ».

J'ai donné 10 à Titius ' afin d'acheter Stichus '. Cette donation est tantôt modale, tantôt pure et simple. Elle est modale si j'ai voulu que Titius achetât Stichus, de telle sorte qu'autrement je n'eusse pas fait la libéralité. La donation est pure et simple si j'ai seulement voulu fournir à Titius les moyens d'acheter Stichus, en d'autres termes si j'eusse donné les 10 à Titius indépendamment de cet achat et que j'aie seulement mentionné l'achat de Stichus parce que je savais que Titius avait l'intention de le faire. Cf. POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 39, 5, *de donat.*, n° 7, MEYERFELD, cité, I, § 20, 9°, p. 418-421, DE SAVIGNY, *System* III, § 175, note g, et SCHILLING, III, § 362, et note f.

(10) C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 8 initio.

(11) Cf. D. *h. t.*, L. 18, pr. et § 1 initio.

(12) C. 8, 55 (56, Kriegel), *de revoc. donat.*, L. 10, pr. i. f. (L. 10 initio, Kriegel).

(13) Cf. ci-dessus T. III, § 173, I, 1°, et II, et ci-après le n° 2 i. f. du présent paragraphe.

ordinaires en ce qu'elle oblige le donataire à l'exécution du mode(14); le donataire doit donc être capable de promettre(15); la donation qui consiste en une promesse(16), devient ainsi une convention bilatérale parfaite. Lorsque le donateur exécute la donation, celle-ci se convertit en un contrat réel innomé; une prestation est faite en vue d'une prestation réciproque du donataire(17). De là un double droit pour le donateur. — En premier lieu, il peut poursuivre l'exécution du mode par l'action *præscriptis verbis*(18). D'après nous, ce droit lui appartient alors même que le mode a été établi dans l'intérêt direct d'un tiers; car le donateur a au moins un intérêt indirect à l'exécution du mode; c'est une condition de sa libéralité(19). Une action en exécution du mode compète également au tiers en faveur de qui il a été stipulé(20), pourvu qu'il ait accepté l'offre contenue dans la donation modale, avant que cette offre ait été révoquée par le donateur(21). A notre avis, l'action ouverte au tiers est une action utile *præscriptis verbis*, analogue à l'action *præscriptis verbis* que la donation modale produit en faveur du donateur(22). — En second

(14) C. 8, 53 (54, Kriegel), *de donat.*, L. 9, L. 22; C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 8; C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 3. — (15) Cf. ci-dessus T. II, § 87.

(16) Cf. ci-dessus T. III, § 172, 1°.

(17) Arg. C. 8, 53 (54, Kriegel), *de donat.*, L. 9, L. 22; C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 8, et C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 2.

(18) C. 8, 53 (54, Kriegel), *de donat.*, L. 9, L. 22; C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 8; D. *h. t.*, L. 28. Si le donateur s'est fait promettre la charge par stipulation, il dispose encore de l'*actio ex stipulatu* (C. 8, 53 (54, Kriegel), *de donat.*, L. 9; D. 32, *de leg.* III, L. 37, § 3).

(19) Il est d'ailleurs certain que le donateur peut révoquer sa libéralité pour cause d'inexécution de la charge stipulée au profit du tiers (C. *h. t.*, L. 3, pr. (L. 3 initio, Kriegel)); or, s'il n'avait aucun intérêt à l'exécution du mode, il n'aurait pas qualité pour se plaindre de son inexécution. Cf. ci-dessus T. II, § 111, II, B, 1°, *b*. Les interprètes du droit romain se prononcent en sens contraire. Voyez DE SAVIGNY, *System* IV, § 175, I, A i. f., MOLITOR, cité, I, n° 62 i. f., et MAYNZ, II, § 256, note 17. Cf. MEYERFELD, cité, I, § 20, 9°, p. 420-421, et SCHILLING, III, § 362, et note i.

(20) C. *h. t.*, L. 3, § 1 (L. 3 i. f., Kriegel). Cf. *Vatic. fragm.* 286 i. f.

(21) Cf. ci-dessus T. II, § 111, II, B, 2° initio.

(22) Cf. ci-dessus T. II, § 111, note 44. Au sujet d'une disposition spéciale relative à l'exécution du mode ajouté à une donation voyez le C. 8, 53 (54, Kriegel), *de donat.*, L. 36, pr. et § 2.

lieu, si le donataire est en défaut d'exécuter le mode(23), mais alors seulement(24), le donateur peut révoquer la donation pour cause d'inexécution des charges et exercer la *condictio causa data causa non secuta*(25), indépendamment de son droit de révocation pour cause d'ingratitude du donataire(26).

XIV. Du contrat de rente; § 177.

1° Le contrat de rente est celui par lequel une personne s'oblige vis-à-vis d'une autre à des prestations périodiques de choses fongibles, telles que de l'argent, du blé, du vin, de l'huile(1). Ces prestations portent le nom d'arrérages. Ce qui les sépare des intérêts, c'est qu'ils forment l'objet d'une obligation propre et indépendante, tandis que l'obligation de payer des intérêts est l'accessoire de celle du capital; les arrérages constituent le capital même de la dette. Le débiteur de la rente s'appelle débi-rentier, le créancier crédi-rentier. La rente peut être due à perpétuité (rente perpétuelle)(2) ou bien être limitée à un certain délai et surtout à la vie du débi-rentier ou du crédi-rentier (rente viagère)(3). Le contrat de rente est tantôt une convention à titre onéreux, tantôt une convention à titre gratuit. On peut vendre une chose pour un prix consistant en une rente; un contrat réel innomé peut consister dans l'aliénation d'un capital moyennant la prestation d'une rente de la part de l'acquéreur du capital(4); la rente est susceptible de faire l'objet

(23) Arg. C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 8, vis si non impossibilem contineat causam...

(24) D. *h. t.*, L. 2, § 7, L. 3 (ci-dessus note 9 du présent paragraphe).

(25) C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 2, L, 3, L. 6, L. 8; C. *h. t.*, L. 3, pr. (L. 3 initio, Kriegel). Cf. *Vatic. fragm.* 286 initio.

(26) C. 8, 55 (56, Kriegel), *de revoc. donat.*, L. 10, pr. i. f. (L. 10 initio, Kriegel). Cf. ci-dessus T. III, § 173, I, 1°, et II, où nous avons précisé les effets de la révocation de la donation pour cause d'inexécution des charges.

(1) Cf. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 81, § 1, C. 8, 53 (54, Kriegel), *de donat.*, L. 34, § 4-4b (L. 34, § 4, Kriegel), C. 8, 54 (55, Kriegel), *de donat. quæ sub modo*, L. 1, et Nov. 160.

(2) C. 8, 53 (54, Kriegel), *de donat.*, L. 34, § 4b (L. 34, § 4 i. f., Kriegel).

(3) L. 34 cit., § 4a (§ 4, Kriegel); C. 8, 54 (55, Kriegel), *de donat. quæ sub modo*, L. 1. Cf. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 81, § 1, et Nov. 160. — (4) Nov. 160.

d'une donation (5) ou d'un mode ajouté à une donation (6), etc. (7).

2° Le contrat de rente n'est pas un contrat propre; il constitue, d'après les circonstances, une vente, une donation, un contrat réel innomé, etc., et est soumis à la théorie ordinaire de ces conventions (8). Chaque terme est exigible dès qu'il est commencé (9), sauf stipulation contraire (10). Il s'en suit que, dans le cas d'une rente viagère du côté du crédi-rentier, le terme commencé à la mort de celui-ci lui était acquis pour le tout; s'il n'a pas été payé au crédi-rentier, il doit l'être à ses héritiers. Je vous promets une rente viagère de 1,000 fr. par an à dater du 1er janvier prochain; vous décédez le 1er janvier d'une certaine année; les 1,000 fr. sont dus intégralement pour cette dernière année (11). Le débi-rentier ne peut se soustraire au payement des arrérages en remboursant le capital, la rente fût-elle perpétuelle, sauf si cette faculté lui a été accordée par le contrat; la convention fait la loi des parties (12). De son côté, et pour le même motif, le crédi-rentier n'a pas le droit de réclamer la restitution du capital ou de la chose aliénée; il peut seulement agir en résiliation du contrat si le débi-rentier manque d'une manière grave à ses engagements, surtout si depuis deux ans il a cessé de payer les arrérages (13).

(5) C. 8, 53 (54, Kriegel), *de donat.*, L. 34, § 4-4b (§ 4, Kriegel).

(6) C. 8, 54 (55, Kriegel), *de donat. quæ sub modo*, L. 1.

(7) Cf. Molitor, cité, I, n° 378.

(8) C. 8, 53 (54, Kriegel), *de donat.*, L. 34, § 4-4b § 4, Kriegel). Cf. ci-dessus T. III, § 170, I, C, et notes 120 et 121. — C. 8, 54 (55, Kriegel), *de donat. quæ sub modo*, L. 1. Cf. ci-dessus T. III, § 173, II i. f.

(9) Arg. D. 36, 2 *quando dies leg. ced.*, L. 10, L. 12, pr., § 1 et 4 initio.

(10) Arg. L. 12 cit., § 4 i. f. et 5.

(11) Arg. D. 33, 1, *de ann. leg.*, L. 5, L. 22. — (12) Arg. Nov. 160.

(13) Arg. D. 19, 2, *loc.*, L. 54, § 1, L. 56. Cf. ci-dessus T. II, § 104, I, 2°. La Nov. 160 oblige le débi-rentier au payement de la rente aussi longtemps que le capital lui reste; mais on ne saurait déduire de là le droit pour le crédi-rentier de faire rembourser le capital en dehors d'une stipulation spéciale.

XV. De la transaction.

§ 178. *Des diverses espèces de transactions.*

On distingue trois sortes de transactions : la transaction proprement dite, le compromis et la convention relative à un serment extrajudiciaire.

A) *De la transaction proprement dite.*

D. 2, 15, *de transactionibus.* — C. 2, 4, *eod.*

RISCH, *Die Lehre vom Vergleich mit Ausnahme des Eides und Compomisses*, Erlangen, 1855.

HEIMBACH (C. G. E.), *Weiske's Rechtslexikon* IX, p. 187-287, Leipzig, 1858.

PIERRON, *Des transactions en droit romain et en droit français*, p. 7-36, Strasbourg, 1860.

ACCARIAS, *Étude sur la transaction en droit romain et en droit français*, Paris, 1863.

§ 179. *Notion et conditions.*

La transaction (*transactio*) est la convention par laquelle plusieurs personnes règlent le sort d'un droit incertain en faisant des concessions réciproques(1). Sa validité exige les conditions suivantes :

1° Les parties doivent être capables d'aliéner; car chacune faisant des concessions à son adversaire, aliène ou promet d'aliéner quelque chose(2). Le mandataire de l'un des intéressés n'a qualité pour conclure une transaction que si son mandat se rapporte spécialement à cet objet ou bien si la transaction rentre naturellement dans les limites de son mandat. D'après cela le mandataire *ad litem*, en cette seule qualité, n'a pas le pouvoir de transiger(3). Il en est de même du mandataire qui a obtenu l'administration de tous les biens

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1, vis Qui transigit, quasi de re dubia... transigit.., et C. *h. t.*, L. 38. « Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit ».

(2) Cf. C. *h. t.*, L. 38, et ci-après le n° 3 du présent paragraphe.

(3) C. *h. t.*, L. 7. « Transactionis placitum ab eo interpositum, cui causæ actionem, non decisionem litis mandasti, nihil petitioni tuæ derogavit ».

du mandant. En effet, un pareil mandataire ne peut faire des actes de disposition; les aliénations lui sont interdites(4); or la transaction implique une aliénation ou une promesse d'aliéner(5). Il faut d'autant plus en décider ainsi que la question de savoir s'il y a lieu d'accepter une transaction déterminée dépend éminemment d'une appréciation personnelle(6). Le mandataire général n'a qualité pour transiger que si le mandant lui a permis de faire

(4) D. 3, 3, *de procur.*, L. 63; C. 2, 12 (13, Kriegel). *eod.*, L. 16. Cf. ci-dessus T. III, § 135, 1°. — (5) Cf. C. *h. t.*, L. 38, et ci-après le n° 3 du présent paragraphe.

(6) Les deux lois suivantes consacrent cette doctrine.

1° D. 3, 3, *de procur.*, L. 60. « Mandato generali non contineri etiam transactio-« nem decidendi causa interpositam : et ideo si postea is qui mandavit transac-« tionem ratam non habuit, non posse eum repelli ab actionibus exercendis ».

Pour écarter ce passage, on l'applique arbitrairement à un mandat général qui aurait pour objet, soit tous les actes de procédure d'un litige, soit tous les litiges du mandant (Risch, cité, § 9, note 4). Aucun mot de la loi ne milite en faveur de cette interprétation et dès lors le *mandatum generale* dont parle le jurisconsulte, doit s'entendre du mandat général dans le sens absolu, c'est-à-dire du mandat d'administrer l'ensemble des biens du mandant.

2° D. *h. t.*, L. 13. « Nulli procuratorum principis inconsulto principe transi-« gere licet ».

Les *procuratores Cæsaris* avaient l'administration générale des biens de l'empereur dans les provinces. La loi précitée leur interdit de transiger sans l'assentiment spécial du prince. On a représenté cette décision comme une particularité (Risch, cité, § 9, note 7 i. f.), mais sans en rapporter la preuve.

Non obstant : 1° D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 17, § 3. « Procurator quoque quod detu-« bit ratum habendum est, scilicet si aut universorum bonorum administrationem « sustinet aut si id ipsum nominatim mandatum sit aut si in rem suam procura-« tor sit ».

D'après ce texte, le mandataire général défère valablement le serment et la délation du serment contient une transaction (cf. ci-aprés § 182, I). Mais cette transaction est d'une nature particulière ; le mandataire général ne doit y recourir que s'il lui est impossible d'établir par une autre voie le droit de son principal; on comprend qu'il soit autorisé à le faire sous sa responsabilité, bien qu'il ne puisse conclure une transaction proprement dite.

2° D. 2, 14, *de pact.*, L. 10, § 2 i. f., L. 11, L. 12. Aux termes de ces lois, le mandataire général peut accorder une remise de dette. Mais ce droit était envisagé comme un corollaire de celui de poursuivre en justice les débiteurs du mandant (L. 12 i. f., cit.); on ne saurait en dire autant de la transaction.

Risch, cité, § 9, note 11 initio, invoque encore le D. 3, 3, *de procur.*, L. 58, L. 59, alors que ces lois parlent seulement de payements, de novations et d'échanges.

des actes de disposition(7). Cette doctrine est néanmoins très controversée(8).

2° La transaction suppose un droit incertain; il faut qu'il y ait doute sur le point de savoir si un droit compète à l'un ou à l'autre des contractants(9); la renonciation à un droit certain est une donation(10). Le plus souvent l'incertitude sur le droit qui fait l'objet de la transaction, résulte d'un procès ou tout au moins d'une contestation(11). Mais cette circonstance n'est pas essentielle; une transaction peut intervenir sur un droit simplement conditionnel(12); par exemple, vous me devez 1000 sous condition; nous convenons que vous me devez 500 purement et simplement. Il ne faut pas non plus que le droit sur lequel on transige, soit objectivement incertain; il suffit qu'il le soit subjectivement, dans la pensée des parties. Le but de la transaction est précisément de tirer les parties de l'indécision et de prévenir les frais, les embarras et les inquiétudes d'un débat judiciaire; de plus, si l'on exigeait une incertitude matérielle sur l'objet de la transaction, celle-ci serait attaquable par cela seul que l'une des parties pourrait après coup prouver le fondement de ses prétentions, ce qui est inadmissible(13). Toutefois, la transaction est nulle si les parties ont considéré comme constants des faits qui

(7) Cf. ci-dessus T. II, § 135, 1° i. f.

(8) Voyez en notre sens GŒSCHEN, II (2), § 554, n° I, PIERRON, cité, p. 20, et MAYNZ, II, § 220, note 15.

Contra PUCHTA, *Pand.*, § 53, 3°, b, et note n, *Vorles.* I, § 53, 5°, p. 113, MOLITOR, cité, II, n^os^ 726 et 1059 i. f., RISCH, cité, § 9, I, 3°, p. 55-58, et HEIMBACH, cité, p. 209-212.

(9) D. *h. t.*, L. 1, v^is^ Qui transigit, quasi de re dubia... transigit...; C. *h. t.*, L. 12; C. 2, 3, *de pact.*, L. 1; *Consult. vet. jurisc.* IV, 2, IX, 14 et 18.

(10) D. *h. t.*, L. 1, v^is^ Qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit »; C. *h. t.*, L. 12.

(11) D. *h. t.*, L. 1 initio; C. *h. t.*, L. 2, L. 12, L. 17; *Consult. vet. jurisc.* IX, 14 et 18.

(12) C. 2, 3, *de pact.*, L. 1, L. 16; C. *h. t.*, L. 11; D *h. t.*, L. 8. Voyez en ce sens MOLITOR, cité, II, n° 1055 initio, RISCH, cité, § 10, I, p. 65-69, HEIMBACH, cité, p. 214-216, PIERRON, cité, p. 12-13, MAYNZ, II, § 293 initio, et WINDSCHEID, II, § 413 initio.

(13) En ce sens MOLITOR, cité, II, n° 1055 i. f., RISCH, cité, § 26, HEIMBACH, cité, p. 274-279, et WINDSCHEID, II, § 414, p. 569, et notes 6 i. f. et 10.

n'existaient point et dont l'inexistence exclut le différend, ou bien si elles ont réputé inexistants des faits réels dont l'existence exclut le différend; alors la transaction manque d'objet. Tel est le cas où un testament étant nul pour vice de forme ou fabriqué, les intéressés qui ignoraient cette circonstance, ont transigé sur l'interprétation ou sur l'exécution du testament ou bien d'un legs qui s'y trouvait contenu(14). Il en est de même si un procès étant irrévocablement terminé par un jugement passé en force de chose jugée, les parties ont transigé sur le procès dans l'ignorance du jugement; c'est comme si elles avaient contracté sur une chose ayant péri au moment du contrat(15). Mais il est possible de transiger sur l'existence(16) ou sur la validité(17) d'un jugement irrévocable, s'il y

(14) C. *h. t.*, L. 42. « Si ex falsis instrumentis transactiones vel pactiones « initæ fuerint, quamvis jusjurandum his interpositum sit, etiam civiliter falso « revelato eas retractari præcipimus.. ». Voyez encore le D. *h. t.*, L. 3, § 2. Il en est autrement si on a transigé sur l'existence ou sur la validité du testament (C. *h. t.*, L. 42, vis nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta « decisa sopiatur). En ce sens PUCHTA, *Pand.*, § 294, et note h, et *Vorles.* II, § 294, MOLITOR, cité, II, nos 1069-1070, ARNDTS, § 269 i. f., et WINDSCHEID, II, § 414, 1° et 2°, avec les notes 3 et 4. Contra RISCH, cité, § 26. Cf. MAYNZ, II, § 296.

(15) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 23, § 1. « Si post rem judicatam quis transe- « gerit et solverit, repetere poterit idcirco, quia placuit transactionem nullius « esse momenti : hoc enim imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit.. : « tunc enim rescriptis locum esse credendum est, cum de sententia indubitata, « quæ nullo remedio adtemptari potest, transigitur; C. *h. t.*, L. 32; *Consult. vet. jurisc.* IV, 5 initio et 11, IX, 1, 8, 11, 14-16; C. Grégor. II, 11, L. 1, L. 3, L. 4; C. Hermog. IV, L. 3.

(16) D. *h. t.*, L. 11. « Post rem judicatam etiamsi provocatio non est interpo- « sita, tamen si negetur judicatum esse vel ignorari potest an judicatum sit : « quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest ». Cette loi déclare valable la transaction sur un procès définitivement terminé par un jugement, parce que la partie succombante niait l'existence du jugement, soit directement, soit en émettant des doutes à cet égard; cf. WINDSCHEID, II, § 414, note 8. — D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 23, § 1.

(17) L. 23, § 1, cit., vis Quid ergo si.. hoc ipsum incertum sit,.. an sententia « valeat? magis est, ut transactio vires habeat.. »; C. *h. t.*, L. 32 initio.

Une transaction peut aussi intervenir sur l'exécution d'un jugement s'il y a doute sur sa portée; ici encore il y a incertitude sur les droits des parties (arg. D. *h. t.*, L. 11, vis quia adhuc lis subesse possit..). Cf. MOLITOR, cité, II, no 1056, p. 491-492. Mais on ne transige pas sur la possibilité d'exécuter un jugement. Si un demandeur victorieux, doutant de pouvoir exécuter le jugement à raison de la

a contestation sur l'un de ces points. En outre, si la personne qui a obtenu le jugement favorable, en connaît l'existence, elle peut renoncer à une partie des avantages du jugement; cette renonciation constitue manifestement une donation et non une transaction(18). Enfin, rien n'empêche de transiger sur un procès qui a

situation de fortune du condamné, conclut une convention avec celui-ci, il se borne à faire une renonciation unilatérale à une partie de ses droits, tandis que la transaction implique des concessions réciproques. Contra WINDSCHEID, II, § 414, note 9, cbn. avec § 413, et note 6ª initio.

(18) PAUL, I, 1, 5ª. « Post rem judicatam pactum, nisi donationis causa interpo- « natur, servari non oportet »; *Consult. vet. jurisc.* IV, 5 i. f. et 6, VII, 6.

On présente souvent des explications erronées de la règle qui exclut la transaction sur un procès définitivement jugé.

1° D'ordinaire on motive la nullité de la transaction par la considération qu'après le jugement irrévocable il n'existe plus de droit douteux sur lequel on puisse transiger (MOLITOR, cité, II, n° 1056 initio. — RISCH, cité, § 11, n° I, p. 76-77. — PIERRON, cité, p. 11. — VANGEROW, III, § 668, *Anm.* initio. — MAYNZ, II, § 296 initio). Mais il est à remarquer qu'on peut transiger sur un droit objectivement certain, pourvu qu'il soit subjectivement douteux pour les parties; or le jugement irrévocable n'empêche pas les parties de douter de leur droit aussi longtemps qu'elles ignorent le jugement. Le véritable motif pour lequel la transaction est impossible malgré ce doute, c'est que la transaction est sans objet; elle tend à régler un différend et ce différend manque d'objet (WINDSCHEID, II, § 414, 3°, et note 6).

2° On a aussi voulu voir dans la règle énoncée une disposition d'ordre public (THIBAUT, *Archiv für die civil. Praxis*, T. VIII, n° 12, p. 301-308 et T. IX, n° 22, p. 393-404, Heidelberg, 1825-1826), ce qui n'est guère soutenable; la transaction sur un procès terminé est de pur intérêt privé (RISCH, cité, § 11, I, p. 79-82).

D'un autre côté, on apporte parfois des limitations importantes a la nullité de la transaction sur la chose jugée.

1° On restreint la nullité à la transaction faite par simple pacte (arg. C. *h. t.*, L. 32. « Si causa cognita prolata sententia, sicut jure traditum est, appellationis « vel in integrum restitutionis sollemnitate suspensa non est, super judicato « frustra transigi non est opinionis incertæ. Proinde *si non Aquiliana stipulatione « et acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti*, præses provinciæ « usitato more legum rebus pridem judicatis effectum adhibere curabit », et PAUL, I, 19, § 2. « Ex his causis, quæ infitiatione duplantur, *pacto* decidi non potest) voyez en ce sens DONEAU, *ad* L. 32, C. 2, 4, *de transact.* Mais les mots de la loi 32 *si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti* ont seulement pour but de nous apprendre que si le droit de la partie victorieuse a été nové par une stipulation Aquilienne et remis ensuite par acceptilation (cf. ci-après la note 34 du présent paragraphe), ce droit

donné lieu à un jugement susceptible d'appel; un pareil jugement laisse subsister la contestation(19). On suivra des règles analogues à l'égard des transactions sur des différends qui ont déjà fait l'objet d'une transaction antérieure, d'une sentence arbitrale ou d'un serment extrajudiciaire(20). — La transaction doit aussi être juridiquement possible. Elle n'a pas ce caractère si elle se rapporte à une chose hors du commerce ou bien à un droit d'intérêt général tel que celui de poursuivre un délit public(21). Mais on transige valablement sur la poursuite d'un délit privé; car la répression de celui-ci est considérée comme étant d'intérêt privé(22). Cependant cette distinction n'est vraie que pour les délits déjà commis; s'il s'agit d'un délit futur, public ou privé, la transaction est impossible, parce qu'elle tendrait à favoriser le délit en en

est définitivement éteint malgré la nullité de la transaction; cette nullité n'empêche pas la stipulation Aquilienne et l'acceptilation de produire leur effet; car elles sont indépendantes de la transaction. Réciproquement et pour le même motif, la transaction reste nulle, malgré la validité de la stipulation Aquilienne et de l'acceptilation. Quant au passage de Paul, on ne saurait en argumenter a contrario en faveur de la validité d'une transaction revêtue de la forme de la stipulation (Risch, cité, § II, I, p. 76-78. — Vangerow, III, § 668, *Anm.* i. f.).

2° On limite encore la nullité de la transaction sur la chose jugée au cas où les parties connaissent la sentence définitive; la transaction serait valable si elles ignorent l'existence du jugement (arg. D. *h. t.*, L. 11, vis vel ignorari potest..) (Risch, cité, § 11, II, p. 86-89). Mais l'ignorance des parties au sujet de la chose jugée n'empêche pas les parties d'avoir voulu l'impossible : trancher un différend absolument vidé. En outre, dans le système que nous combattons, le principe de la nullité de la transaction sur la chose jugée est réduit à une portée triviale; il signifierait simplement qu'il n'y a pas de transaction sur la chose jugée, parce qu'il y a donation! En ce qui concerne la loi 11 citée, nous l'avons expliquée à la note 16 du présent paragraphe (Windscheid, II, § 414, notes 6 i. f. et 8).

(19) D. *h. t.*, L. 7, pr.; D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 23, § 1; C. *h. t.*, L. 32 initio. Il va de soi que la chose jugée n'exclut la transaction qu'entre les personnes à l'égard desquelles existe la chose jugée (D. *h. t.*, L. 7, § 1, vis Si fidejussor..... dissoluta). Voyez encore la L. 7, § 1, cit., vis Si tamen ipse.....

(20) Risch, cité, § 11, IV, p. 91-94. — Windscheid, II, § 414, et note 7.

(21) On admet seulement la transaction : 1° pour les délits publics entraînant la peine de mort, à l'exception de l'adultère (C. *h. t.*, L. 18 initio).

2° pour le crime de faux (L. 18 i. f., cit.).

(22) D. 2, I4, *de pact.*, L. 7, § 14 i. f., L. 27, § 4, vis sed post admissa hæc « pacisci possumus »; D. 47, 2, *de furt.*, L. 55 (L. 54, Kriegel), § 5.

assurant l'impunité(23). — Pour le surplus, la transaction peut se

(23) D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 4 initio.

Est-il permis de transiger sur des prétentions testamentaires avant d'avoir connaissance du testament? Les principes généraux sur la transaction ne nous semblent mettre aucun obstacle à cette transaction. Quoiqu'on l'ait conteste, la circonstance que le testament est encore inconnu des parties n'empêche nullement leurs droits d'être incertains; elle crée au contraire une incertitude complète sur les droits des contractants. On ne saurait non plus soutenir la nullité de la transaction en y voyant un pari; car les paris ne sont pas prohibés en général et il n'y a pas de véritable pari (cf. ci-dessus T. II, § 91, II, 5° i. f.). Le respect de la volonté dernière n'est pas davantage en cause; il s'agit d'une simple renonciation à des droits individuels. La nullité de la transaction dont nous parlons, a été défendue sur le fondement des textes suivants :

1° D. *h. t.*, L. 6. « De his controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, « neque transigi neque exquiri veritas aliter potest quam inspectis cognitisque « verbis testamenti ».

Pour l'intelligence de cette loi, il importe d'en rapprocher le D. 29, 3, *testam. quemadm. aper.*, L. 1, § 1, emprunté au même livre 17 de Gaius sur l'édit provincial. « Ratio autem hujus edicti manifesta est : neque enim sine judice « transigi neque apud judicem exquiri veritas de his controversiis, quæ ex « testamento proficiscerentur, aliter potest quam inspectis cognitisque verbis « testamenti ». Ici Gaius se borne à justifier le chapitre de l'édit relatif à l'obligation d'exhiber les testaments, en disant que cette exhibition est indispensable à l'effet de permettre aux intéressés de transiger ou de poursuivre leurs droits en justice. Nous pensons dès lors qu'en reproduisant le même passage sous la rubrique des transactions, les compilateurs du Digeste n'ont pas voulu annuler la transaction faite par les intéressés avant d'avoir eu connaissance du testament, mais uniquement nous apprendre qu'un homme sensé ne transigera pas sur un testament sans le connaître. Il faut d'autant plus en décider ainsi qu'autrement le mot *potest* désignerait, dans la loi 1, § 1, une possibilité physique et, dans la loi 6, une possibilité juridique.

2° D. *h. t.*, L. 3, § 1. « Cum transactio propter fideicommissum factum esset et « postea codicilli reperti sunt : quæro, an quanto minus ex transactione consecuta « mater defuncti fuerit quam pro parte sua est, id ex fideicommissi causa « consequi debeat. Respondit debere ».

D'après nos adversaires, ce passage déciderait qu'une transaction ayant eu lieu sur un fidéicommis avant la connaissance du codicille qui le contenait, le fidéicommis est dû intégralement malgré la transaction, parce que celle-ci est frappée de nullité, à raison du moment où elle a été conclue. L'explication suivante concilie parfaitement la loi 3, § 1, avec notre opinion. Quelqu'un, dont la mère était encore en vie, avait fait un testament et une codicille. Par le premier acte, il avait institué un tiers et laissé à sa mère un fidéicommis d'une portée douteuse; par le second, il avait précisé ce fidéicommis en le fixant à une quote-part déterminée de la succession. Après le décès du testateur, on ne

rapporter à des droits de toute nature(24), y compris les droits relatifs à l'état des personnes(25); on peut transiger sur la filiation(26).

3° Un autre caractère essentiel de la transaction est que chacun des contractants fasse des concessions(27); si l'un renonce purement et simplement à ses prétentions en faveur de l'autre, il lui fait une libéralité(28). Les concessions réciproques indispensables à la transaction se présentent sous deux formes différentes. Ou bien chaque contractant renonce à une partie de ses prétentions et reconnaît pour cette partie le droit de son contractant(29). Ou bien l'un des contractants renonce à la totalité de ses prétentions, en reconnaissant pour le tout le droit de l'autre, mais moyennant une prestation réciproque du cocontractant(30).

trouva d'abord que le testament et une transaction intervint entre l'institué et la mère au sujet du fidéicommis. Plus tard le codicille vint au jour. Le jurisconsulte décide que la mère peut réclamer l'exécution pleine et entière du fidéicommis tel qu'il est contenu dans le codicille, c'est-à-dire toute la part héréditaire faisant l'objet du fidéicommis, sauf à tenir compte de ce que la transaction lui a déjà procuré. La transaction est donc considérée comme non avenue; pourquoi? nullement à raison de l'époque où elle a été conclue, mais parce que les parties avaient considéré le codicille comme inexistant et que son existence réelle excluait le différend (cf. ci-dessus *ad not.* 14 du présent paragraphe). Voyez sur différentes autres explications, dont aucune ne nous paraît satisfaisante, RISCH, cité, § 14, note 15.

Pour la validité de la transaction dont il s'agit voyez GLÜCK, V, § 349, GŒSCHEN, II (2), § 555 i. f., RISCH, cité, § 14, HEIMHACH, cité, p. 235-242, KOCH, cité, III, § 383, 4° initio, WINDSCHEID, II, § 414, et note 12, et BARON, § 101 initio.

Contra MEJER, *zu Schweppe's röm. Privatrecht* III, § 522, 4°, WENING-INGENHEIM, II, § 278, p. 254-255, THIBAUT, I, § 511 i. f., PUCHTA, *Pand.* § 294, 1°, et *Vorles.* II, § 294, MOLITOR, cité, II, n° 1058, PIERRON, cité, p. 23-25, SINTENIS, II, § 107, et *Anm.* 37 initio, et BRINZ, I, § 111, 2°, *ad not.* 32, cbn. avec § 65, *Anm.* 4. Cf. MÜHLENBRUCH, II, § 477, II, et note 4, et MAYNZ, II, § 296 initio.

(24) D. *h. t.*, L. 3, pr., L. 14; C. *h. t.*, L. 1-4, L. 6, L. 9-11, L. 15, L. 33, pr. (L. 34 initio, Kriegel). — (25) C. *h. t.*, L. 10.

(26) voire même sur la liberté (C. *h. t.*, L. 43), sur l'ingénuité (arg. D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 30, § 4, cbn. avec L. 2) et sur l'état de colon (C. *h. t.*, L. 43).

(27) C. *h. t.*, L. 38. « Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime « procedit »; C. 6, 31, *de repud. v. abstin. hered.*, L. 3 i. f. — (28) Cf. L. 3 cit.

(29) C. *h. t.*, L. 6, pr. (L. 6 initio, Kriegel).

(30) C. *h. t.*, L. 9, L. 33, pr. (L. 34 initio, Kriegel). Il arrive aussi que ces deux formes de transaction sont combinées entre elles; chacun des contractants peut

4° Il va de soi que la transaction étant une convention exige le consentement des parties(31) et ce consentement doit consister dans la volonté commune des parties de régler le sort du droit incertain au moyen de concessions réciproques(32). Mais la seule convention des parties ne constitue encore qu'un simple pacte(33); elle ne devient civilement obligatoire que si elle a été revêtue de la forme de la stipulation(34) ou bien convertie en un contrat réel innomé par son exécution unilatérale(35). — A l'occasion de la transaction les Romains recouraient fréquemment à des stipulations pénales réciproques, soit pour donner indirectement force civile au simple pacte transactionnel(36), soit pour assurer l'exécution de la transaction(37). Ils ne s'en tenaient pas toujours à cette garantie; ils renforçaient encore parfois la stipulation pénale par la clause que si l'un des contractants violait la transaction, l'autre pourrait exiger à la fois la peine convenue et l'exécution de la transaction; on disait d'une pareille stipulation pénale que la peine y était stipulée *rato manente pacto*(38). Un autre moyen de garantir l'exécution de

renoncer à une partie de ses prétentions au profit de l'autre, en même temps que l'un se fait encore donner ou promettre par l'autre une prestation complémentaire.

(31) Cf. PAUL, I, 1, § 5, et D. *h. t.*, L. 2.

(32) S'il est établi que l'un des contractants a voulu faire une libéralité à l'autre, la transaction est mélangée de donation. Cf. C. *h. t.*, L. 34 (L. 33, Kriegel), et C. 6, 31, *de repud. v. abstin. hered.*, L. 3.

(33) C. 2, 3, *de pact.*, L. 21; C. *h. t.*, L. 17 i. f. cbn. avec l'initium, L. 28, § 1 (L. 28, Kriegel), L. 36.

(34) C. *h. t.*, L. 6, § 1 (L. 6 i. f., Kriegel), L. 9, L. 33, § 1 (L. 34, Kriegel). Souvent avant de procéder à cette stipulation qui déterminait le droit nouveau des parties, on remettait l'obligation ancienne par une convention libératoire, surtout par une acceptilation. Comme celle-ci ne s'appliquait qu'aux obligations verbales ou consensuelles, si la dette ancienne était d'une autre nature, on la transformait au préalable en une obligation verbale par la stipulation, soit ordinaire, soit Aquilienne, afin de pouvoir la remettre par acceptilation; cf. ci-après § 227, 3°. De là la mention si fréquente de la stipulation Aquilienne et de l'acceptilation à l'occasion des transactions romaines (D. *h. t.*, L. 2, L. 15 initio; C. *h. t.*, L. 3, L. 4, L. 15, L. 32 i. f., L. 40 initio).

(35) C. *h. t.*, L. 6, § 1, L. 33, § 1 (L. 6 i. f., L. 34, Kriegel); D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 23, § 3 i. f. Un écrit est inutile à la perfection du contrat (C. *h. t.*, L. 5, L. 28, pr. (L. 28 initio, Kriegel)). — (36) D. *h. t.*, L. 15.

(37) C. *h. t.*, L. 37, L. 40.

(38) D. *h. t.*, L. 16; C. *h. t.*, L. 17; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122, § 6. Cf. ci-dessus T. I, § 27, I, 1°.

la transaction est le serment. Tandis qu'en général le serment promissoire n'a qu'une force morale(39), ici il produit des effets civils, pourvu que les contractants soient majeurs(40); celui qui contrevient à la transaction, encourt, outre l'infamie, la déchéance des droits que la transaction lui conférait, tandis que son cocontractant conserve les siens(41). — En vertu d'une disposition spéciale due à un sénatus-consulte de Marc Aurèle, si la transaction porte sur un legs d'aliments, sa validité exige l'homologation du magistrat(42). La raison en est que les personnes auxquelles on lègue des aliments, ont généralement des tendances à la dissipation qui les mettent dans l'impossibilité de conserver un capital; si donc il leur était permis de transiger librement sur leur legs, celui-ci manquerait souvent le but que s'est proposé le testateur. La même suspicion n'atteint pas celui qui a stipulé des aliments; cette stipulation est au contraire un acte de prévoyance; c'est pourquoi la transaction sur des aliments stipulés demeure entièrement libre(43). Par exception à la règle, la transaction sur un legs d'aliments ne requiert pas l'intervention de la justice si elle améliore la condition du légataire(44) ou si elle porte sur des aliments déjà échus(45); dans le premier cas, le recours au magistrat est sans raison d'être; dans le second, la transaction ne porte pas sur une véritable dette alimentaire(46).

§ 180. *Effets de la transaction.*

I. Comme toute autre convention, la transaction fait la loi des parties(1) et notamment, si elle se rapporte à une contestation, elle termine définitivement celle-ci(2); à cet égard elle imite la chose

(39) Cf. ci-dessus T. I, § 24, 4°.
(40) C. *h. t.*, L. 41, pr. initio (L. 41 initio, Kriegel). — (41) L. 41 cit.
(42) D. *h. t.*, L. 8, pr. et § 2. Applications : L. 8 cit., § 7, 15, 16 et 24.
(43) D. *h. t.*, L. 8, § 2. — Molitor, cité, II, n° 1061. — (44) D. *h. t.*, L. 8, § 6.
(45) C. *h. t.*, L. 8.
(46) Molitor, cité, II, n° 1061 initio. En ce qui concerne la mission du magistrat voyez le D. *h. t.*, L. 8, § 8-11.
(1) C. 2, 3, *de pact.*, L. 1, L. 16; C. *h. t.*, L. 11.
(2) C. *h. t.*, L. 5 initio, L. 10, L. 16.

jugée(3); elle aussi est réputée l'expression de la vérité. En particulier, la transaction ne peut pas être attaquée sur le fondement de la découverte de titres nouveaux(4). Mais, conformément à la théorie générale des conventions, la transaction est inexistante à raison d'une erreur essentielle(5) et rescindable pour cause de dol(6) ou de violence morale(7). Comme nous l'avons déjà fait remarquer(8), il y a une erreur essentielle relativement à l'objet de la transaction si les parties ont admis comme constants des faits qui n'existaient pas et dont l'inexistence exclut le différend, ou bien si elles ont réputé inexistants des faits réels dont l'existence exclut le différend(9). Il y a dol de la part du cocontractant qui a détourné frauduleusement des titres contraires à ses prétentions(10). En principe, l'inexécution de la transaction de la part de l'un des contractants n'est pas une cause de résiliation du contrat; elle permet seulement de réclamer

(3) C. *h. t.*, L. 20. » Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum « judicatarum esse recta ratione placuit, si quidem nihil ita fidei congruit « humanæ, quam ea quæ placuerant custodiri... »; cf. D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 2.

(4) C. *h. t.*, L. 19. « Sub prætextu instrumenti post reperti transactionem bona « fide finitam rescindi jura non patiuntur.. »; D. 36, 1, *ad sctum Trebell*, L. 80 (L. 78, Kriegel), § 16 i. f. cbn. avec l'initium.

La transaction n'est pas non plus rescindable pour cause de lésion. C'est le droit commun sur les conventions tel que nous l'avons admis ci-dessus T. II, § 109, 2°; il est corroboré ici par la considération spéciale que la transactlon, comme la chose jugée, termine définitivement le différend. MOLITOR, cité, II, n° 1072.

(5) C. *h. t.*, L. 42 initio; D. *h. t.*, L. 3, § 2.

(6) D. *h. t.*, L. 9, § 2; C. *h. t.*, L. 19, vis Sane si.....; D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L 65, § 1 i. f. cbn. avec l'initium. Cf. C. *h. t.*, L. 13, § 1 (L. 13, Kriegel), L. 22, L. 30, L. 34 (L. 33, Kriegel).

(7) C. *h. t.*, L. 13, pr. (L. 13 initio, Kriegel). Cf. C. *h. t.*, L. 13, § 1 (L. 13, Kriegel), L. 35. — (8) § 179, 2° initio.

(9) C. *h. t.*, L. 42 initio; D. *h. t.*, L. 3, § 2. Si une erreur de calcul a été commise dans la transaction, elle doit être redressée (arg. D. 49, 8, *quæ sent. sine appell. rescind.*, L. 1, § 1 initio, et PAUL, V, 5ª, § 11), tandis que la transaction sur un compte est inattaquable comme toute autre transaction (C. 2, 5, *de calc. err.*, L. 1; arg. D. 49, 8, *quæ sent. sine appell. rescind.*, L. 1, § 1 i. f.).

(10) C. *h. t.*, L. 19, vis Sane si eam per se vel per alium subtractis, quibus « veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur, si quidem actio « superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio removetur, si vero jam « perempta est, infra constitutum tempus tantum actionem de dolo potes exercere ».

l'exécution de la transaction et subsidiairement des dommages et intérêts; car la transaction n'établit entre parties qu'un rapport passager(11). Cependant, la transaction est sujette à rescision du chef de son inexécution, d'abord s'il en a été ainsi convenu(12), ensuite si la transaction a été convertie en un contrat réel innomé, auquel cas la partie qui l'a exécutée, dispose de la *condictio causa data causa non secuta* résultant de tout contrat innomé(13). Rappelons encore que si la transaction a été accompagnée de stipulations pénales réciproques, son inexécution fait encourir la peine convenue(13a). En ce qui concerne la garantie du chef d'éviction, comme il a été expliqué ailleurs(14), elle est seulement due pour la chose *avec* laquelle on transige, et non pour la chose *sur* laquelle on transige(15). — La transaction se limite naturellement à son objet, c'est-à-dire au droit incertain sur lequel elle porte(16); on ne peut l'étendre à d'autres contestations(17). Mais la transaction sur un acte juridique tel qu'un testament embrasse l'ensemble des contestations relatives à cet acte(18), sans que toutefois on puisse l'étendre à un autre

(11) Cf. C. *h. t.*, L. 6, § 1, L. 33, § 1 (L. 6 i. f., L. 34, Kriegel), et ci-dessus T. II, § 104, I, 1° et 3°. — (12) Cf. C. *h. t.*, L. 17.

(13) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 23, § 3, vis Ideo condemnatus..... non stetur. *Non obstat* C. *h. t.*, L. 17, vis quod si nihil tale....., cbn. avec le surplus de la loi. Cette loi interdit seulement le cumul de l'action en répétition de la chose donnée avec l'exception tendant à obtenir l'exécution de la transaction (D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 23, § 3, vis Cum igitur repetitio....., cbn. avec le surplus du passage). Le droit à ce cumul suppose une convention spéciale, notamment la stipulation d'une peine consistant dans la restitution de la chose donnée, sans préjudice de l'exécution de la transaction (C. *h. t.*, L. 17; voyez ci-dessus T. III, § 179, 4° initio). Cf. GLÜCK, IV, § 340, note 8.

(13a) Cf. ci-dessus T. III, § 179, 4° initio. — (14) T. II, § 105, I, A initio.

(15) C. *h. t.*, L. 33 (L. 34, Kriegel). En vertu d'une autre règle antérieurement établie (T. II, § 103, 1°), la partie qui veut poursuivre l'exécution de la transaction, doit au préalable l'exécuter elle-même, sinon elle est repoussée par une exception de dol (C. 2, 3, *de pact.*, L. 21, vis nec adversario tuo.....).

(16) D. *h. t.*, L. 9, § 1.

(17) D. *h. t.*, L. 5, L. 8, § 12-13, L. 9, § 3; C. *h. t.*, L. 3, L. 31. Donc, si celui qui a transigé sur un droit qui lui appartenait de son propre chef, acquiert ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, il n'est point, quant au droit nouvellement acquis, lié par la transaction antérieure (D. *h. t.*, L. 9, pr.).

(18) D. *h. t.*, L. 12 initio; C. *h. t.*, L. 29 initio. Voyez cependant la fin de la loi 29.

acte juridique, par exemple à une codicille inconnu des parties lors de la transaction sur le testament (19). — La transaction civilement obligatoire donne lieu à l'*actio ex stipulatu* ou à l'*actio præscriptis verbis*, selon qu'elle a été conclue dans la forme de la stipulation ou convertie en un contrat réel innomé (20). L'on peut aussi s'en prévaloir par voie d'exception (21) (*exceptio pacti conventi* (22) *vel doli* (23)) (24).

(19) D. *h. t.*, L. 12 i. f.

(20) C. *h. t.*, L. 6, § 1, L. 33, § 1 (L. 6 i. f., L. 34, Kriegel).

(21) D. *h. t.*, L. 16 initio ; D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 23, § 3, vis Potuit autem quis..... amplius petit; C. 2, 3, *de pact.*, L. 21 initio ; C. *h. t.*, L. 9.

(22) C. *h. t.*, L. 17 i. f. Cf. D. *h. t.*, L. 17.

(23) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 23, § 3, vis Potuit autem quis..... amplius petit.

(24) Une réplique est également possible. Supposons que la transaction ayant porté sur une obligation, l'un des contractants poursuive plus tard l'autre en exécution d'une obligation différente et que le défendeur oppose en compensation la créance sur laquelle il a été transigé; le demandeur pourra invoquer la transaction par la voie d'une réplique.

Le simple pacte transactionnel ne produit qu'une exception (C. *h. t.*, L. 17 i. f. cbn. avec le surplus de la loi; C. 2, 3, *de pact.*, L. 21, vis quod si adversarius..... intellegere) et une réplique. Indépendamment du cas cité au commencement de la présente note, cette réplique peut encore se produire entre autres dans l'espèce que voici. Quelqu'un renonce par transaction à un droit, moyennant une prestation réciproque de la part de son adversaire ; celui-ci ne fait pas cette prestation; le renonçant peut intenter son action originaire et repousser au moyen d'une réplique l'exception déduite de la transaction (C. *h. t.*, L. 28, § 1 (L. 28, vis Sed quoniam....., Kriegel)).

La transaction implique-t-elle une novation? Nous ne le pensons pas. La novation est la substitution d'une obligation nouvelle à une obligation ancienne. Or la transaction peut se rapporter à un droit autre que l'obligation, et, en supposant qu'elle ait pour objet une obligation, celle-ci n'est pas constante mais incertaine. De plus la transaction, pour être civilement obligatoire, n'exige pas la forme de la stipulation, comme la novation. Enfin, la transaction n'éteint nullement les accessoires de l'ancienne dette, surtout le cautionnement et l'hypothèque, tandis que ces accessoires périssent par la novation ; ne fût-ce que pour ce motif il est impossible d'admettre l'intention de nover, qui est une condition essentielle de la novation. *Non obstant* D. *h. t.*, L. 7, § 1 initio, et D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 68, § 2; il résulte seulement de ces textes que la transaction intervenue entre le créancier et le débiteur principal profite au fidejusseur; cf. ci-après le n° II, 2°, du présent paragraphe. Voyez en ce sens DONEAU, *ad* L. 4, C. 2, 4, *de transact.*, MEJER, *zu Schweppe's röm. Privatrecht* III, § 523, RISCH, cité, § 4, et notes 1 et 6,

II. En général, la transaction n'a pas plus d'effet à l'égard des tiers qu'aucune autre convention(25). C'est ainsi que la transaction conclue par un débiteur héréditaire avec un héritier apparent est sans effet vis-à-vis de l'héritier véritable(26). De même, la transaction intervenue entre l'héritier institué et un héritier légitimaire sur la plainte de testament inofficieux est réputée ne pas exister vis-à-vis des créanciers et des débiteurs héréditaires ainsi que des légataires; malgré le partage transactionnel de l'hérédité entre l'institué et le légitimaire, l'institué demeure seul tenu envers les créanciers de la succession et les légataires(27) et continue d'être seul créancier des débiteurs de la succession(28). L'inefficacité de la transaction à l'égard des tiers admet les modifications suivantes :

1° Non seulement la transaction a effet à l'égard des héritiers des parties(29) et, dans le cas où elle a été conclue par un représentant, elle est efficace à l'égard du principal(30), mais de plus, en tant

§ 21, note 11, et implicitement aussi PIERRON, cité, p. 31-33, MAYNZ, II, § 296, et WINDSCHEID, II, § 413. Contra MÜHLENBRUCH, II, § 477, n° IV initio, et MOLITOR, cité, II, n^os 1063 initio, 1066 et 1067. Cf. ARNDTS; § 268; cet auteur place la transaction sous la rubrique *der bedingt befreienden Verträge*, comme la novation.

(25) D. *h. t.*, L. 3, pr. et § 2, L. 10; D. 5, 2, *de inoffic. testam.*, L. 29, § 2; C. *h. t.*, L. 1, L. 26; C. 7, 60, *inter alios acta v. judic. aliis non nocere*, L. 2.

(26) D. *h. t.*, L. 3, § 2. Dans l'espèce de ce passage, un créancier gagiste avait vendu irrégulièrement la chose engagée. Après la mort du créancier, le débiteur, considérant cette vente comme nulle, paya sa dette, mais entre les mains d'un héritier apparent; il se proposait d'agir par l'*actio pignoraticia* en restitution de la chose engagée. Plus tard il préféra transiger sur cette action avec l'héritier apparent, moyennant une faible indemnité. Mais, ayant constaté qu'il avait transigé avec un faux héritier, il demanda la restitution du gage à l'héritier réel. Celui-ci ne peut se prévaloir de la transaction à laquelle il est resté étranger.

(27) Les legs ne tombent nullement; car le testament n'est pas rescindé (D. *h. t.*, L. 3, pr. initio; D. 5, 2, *de inoffic. testam.*, L. 29, § 2).

(28) D. *h. t.*, L. 3, pr.; D. 5, 2, *de inoffic. testam.*, L. 29, § 2. Telle est la décision de ces lois quant au payement des legs; le même motif, la persistance du testament nonobstant le partage transactionnel entre l'institué et le légitimaire, commande de les étendre aux créances et aux dettes de la succession; cf. ci-après la note 36 du présent paragraphe.

(29) C. *h. t.*, L. 25; arg. D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 7.

(30) D. 47, 2, *de furt.*, L. 55, § 5, L. 57, § 4 (L. 54, § 5, L. 56, § 4, Kriegel); arg. D. *h. t.*, L. 3, § 2 i. f.

qu'elle implique une renonciation à un droit, la transaction vaut pour les successeurs particuliers des parties(31). La raison en est qu'en renonçant à un droit, la partie transigeante l'a fait sortir définitivement de son patrimoine; dès lors elle ne peut plus ni le transmettre à autrui, ni l'invoquer contre les successeurs de son cocontractant. En conséquence, le cessionnaire d'une créance sur laquelle le cédant avait transigé, ne peut faire valoir la créance que dans les limites fixées par la transaction(32) et si quelqu'un a renoncé par transaction à la propriété d'une chose, celle-ci ne peut être revendiquée ni par celui à qui le renonçant a vendu la chose, ni contre celui qui l'a achetée de l'autre partie transigeante(33).

2° Si une transaction intervient entre l'un des codébiteurs solidaires et le créancier commun, ou bien entre l'un des cocréanciers solidaires et le débiteur commun, et qu'elle renferme une remise de dette, cette remise opère vis-à-vis des autres débiteurs ou créanciers solidaires conformément au droit commun sur les conventions libératoires relatives à une obligation solidaire(34).

(31) D. *h. t.*, L. 17; arg. D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 7, L. 8.

(32) D. *h. t.*, L. 17. « Venditor hereditatis emptori mandatis actionibus cum « debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit: si « emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii « debitori propter ignorantiam suam accommodanda est. Idem respondendum est « et in eo, qui fideicommissam recepit hereditatem, si heres cum ignorante debi- « tore transegit ».

La règle énoncée résulte déjà des principes généraux sur la cession des créances; le cessionnaire doit subir les mêmes exceptions que le cédant. On remarquera que, d'après la loi 17, le cessionnaire est lié par la transaction fût-elle postérieure à la cession; c'est que la cession n'existe pas vis-à-vis du débiteur aussi longtemps qu'elle ne lui a pas été notifiée. La loi 17 excepte le cas où le débiteur connaissait la cession lors de la transaction; son dol confère alors au cessionnaire la réplique de dol contre l'*exceptio pacti conventi*.

(33) Arg. D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 7, L. 8. Mais la transaction ne vaut à l'égard des successeurs particuliers des contractants qu'en tant qu'elle contient une renonciation à un droit. Il paraît certain que si la partie transigeante dont le droit a été reconnu, s'est engagée à une prestation réciproque, celle-ci n'est due que par elle-même et par ses héritiers.

(34) D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 68, § 2. « Non possunt conveniri fidejussores

3° La transaction entre un institué et l'héritier ab intestat sur la nullité ou l'infirmation de plein droit d'un testament produit de l'effet à l'égard des créanciers et des débiteurs héréditaires ainsi que des légataires. Selon que la succession a été partagée par quotités entre l'institué et l'héritier ab intestat, ou bien que la succession entière a été attribuée, soit à l'institué, soit à l'héritier ab intestat, les créanciers héréditaires et les légataires ont action contre les deux contractants en proportion des parts héréditaires recueillies ou bien exclusivement contre celui qui a obtenu la succession entière. Le droit de poursuite contre les débiteurs héréditaires se règle de la même manière. En effet, la transaction sur la nullité ou l'infirmation de plein droit d'un testament ne tranche pas la question de savoir si le testament a réellement une existence juridique. Donc, en l'absence d'une disposition spéciale, les créanciers héréditaires et les légataires agissant, soit contre l'institué, soit contre l'héritier ab intestat, auraient dû prouver l'existence ou l'inexistence du testament, et la même preuve aurait incombé aux parties transigeantes dans leur poursuite contre les débiteurs de la succession. On évite ces difficultés en admettant que la transaction fixe les droits et les obligations des contractants à l'égard des tiers

« liberato reo transactione »; D. *h. t.*, L. 7, § 1, vis Si fidejussor conventus..... dissoluta. Arg. D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 28, pr. « In duobus reis stipulandi ab « altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit ». Cf. ci-dessus T. I, § 52, IV, 2°, et note 44.

Il est évident que la transaction sur l'existence d'un cautionnement ne profite pas au débiteur principal (arg. D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 42, § 1 i. f.). Cf. ci-après § 182, II, B, 2°.

En l'absence d'une remise de dette, la transaction est sans effet pour les autres débiteurs ou créanciers solidaires. Ainsi s'expliquent le C. *h. t.*, L. 1, et le D. 27, 3, *de tut. et ration. distrah.*, L. 15 initio, qui refusent le bénéfice de la transaction aux cotuteurs, sans qu'on doive recourir à l'hypothèse d'une obligation simplement solidaire ou non corréale entre cotuteurs; cf. ci-dessus T. I, § 54.

Telle semble être l'opinion de Maynz, II, § 296 i. f. Des auteurs admettent d'une manière générale l'efficacité de la transaction à l'égard des codébiteurs ou des cocréanciers solidaires corréaux (Risch, cité, § 21, p. 195-197). D'autres ne citent que la caution (Gœschen, II (2), § 556, II, 2°. — Sintenis, II, § 107, et *Anm.* 50). Voyez encore Molitor, cité, II, nos 1066 et 1067, Arndts, § 269, et Windscheid, T. II, § 413 i. f., cbn. avec T. I, § 132, 1°.

intéressés comme entre eux-mêmes(35). Il en est autrement d'une transaction sur un testament simplement rescindable par la plainte de testament inofficieux. Cette transaction est réputée non avenue à l'égard des créanciers et des débiteurs héréditaires ainsi que des légataires; l'institué seul est leur débiteur ou leur créancier. Dans l'espèce le testament reste pleinement debout; la transaction l'a mis à l'abri de la rescision(36).

(35) D. *h. t.*, L. 14. SCÆVOLA *libro II responsorum.* « Controversia inter legiti-
« mum et scriptum heredem orta est eaque transactione facta certa lege finita
« est : quæro creditores quem convenire possunt? respondit, si idem creditores
« essent, qui transactionem fecissent, id observandum de ære alieno, quod inter
« eos convenisset : si alii creditores essent, propter incertum successionis pro
« parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus
« conveniendus est ».

« Un différend a surgi entre un héritier légitime et un héritier institué; il a
« été vidé par transaction sous des conditions déterminées. Je demande qui les
« créanciers (héréditaires) peuvent actionner. (Scævola) répondit : si les créan-
« ciers sont précisément les parties transigeantes, on s'en tiendra au sujet
« des dettes (héréditaires) à ce qui aura été convenu entre eux; si les créanciers
« sont distincts (des contractants), à raison de l'incertitude sur l'hérédité,
« chacun (des contractants) doit être poursuivi par des actions utiles en propor-
« tion de la part héréditaire que lui aura attribuée la transaction ».

Cette loi décide que l'institué et l'héritier légitime sont liés envers les créanciers héréditaires en raison de la quote-part de la succession que chacun d'eux a obtenue par la transaction, sauf évidemment le cas où, étant eux-mêmes créanciers de la succession, ils auraient fait en transigeant une convention différente. La leçon que nous avons suivie, est celle de la Vulgate et de la plupart des manuscrits des Pandectes de Justinien; les *Basiliques* XI, 2, c. 14, scolies 1 et 5 (HEIMBACH, I, p. 686-687) la confirment et les modernes l'acceptent généralement. Le Florentine ne contient pas les mots : *id observandum de ære alieno, quod inter eos convenisset;* mais en réalité elle conduit à un résultat identique; les mots *si... si* équivalent à *sive.... sive.*

La loi ne parle que des créanciers de la succession. Elle doit être étendue aux légataires et aux débiteurs héréditaires, auxquels s'applique en tous points son motif (*propter incertum successionis*).

(36) D. *h. t.*, L. 3, pr.; D. 5, 2, *de inoffic. testam.*, L. 29, § 2. Cf. ci-dessus le n° II initio, avec les notes 27 et 28, du présent paragraphe.

Voyez en ce sens SINTENIS, III, § 180, n° III i. f. MÜHLENBRUCH, *Fortsetzung des Glückschen Commentars* XXXVIII, § 1427, p. 151-168, et VANGEROW, II, § 457, *Anm.*, défendent le même système pour les dettes héréditaires et les legs; on ne saurait guère en décider autrement pour les créances héréditaires.

Contra MOLITOR, cité, II, n° 1068, RISCH, cité, § 21, p. 198-200, et WINDSCHEID,

B) *Du compromis;* § 181.

D. 4, 8, *de receptis : qui arbitrium receperint ut sententiam dicant.*
C. 2, 55 (56, édition Kriegel), *de receptis.*

ANDRÉ, *Gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte,* Iéna, 1860.
WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium judicis*, Tubingue, 1879.

1. *Notions et conditions*. Le compromis (*compromissum*, de *cum* et *promittere,* promettre réciproquement (une peine)(1)) est la convention par laquelle plusieurs personnes s'accordent pour remettre la décision d'un différend à un ou plusieurs arbitres désignés par la convention(2). Le mot compromis doit son origine aux stipulations pénales réciproques qui accompagnaient habituellement à Rome la convention dont il s'agit(3). Pour que le compromis produise de l'effet, il est indispensable que les arbitres choisis par les parties acceptent la mission qui leur a été confiée; il est évidemment en leur pouvoir de la décliner(4) et alors le compromis est considéré comme non avenu; l'acceptation des fonctions d'arbitre s'appelle *receptum arbitrii*(5). C'est une seconde convention qui

T. II, § 413 i. f., cbn. avec § 412ª, note 10, et avec T. III, § 566, 1°, et note 3. Ces interprètes repoussent la distinction que nous avons établie entre le testament nul ou infirmé de plein droit et le testament rescindable. D'après Molitor, la transaction sur un testament quelconque opèrerait à l'égard des créanciers héréditaires mais non à l'égard des légataires. Risch enseigne que la transaction est sans effet vis-à-vis des uns et des autres, sauf la faculté accordée aux créanciers héréditaires, dans le cas de transaction sur un testament nul, de se faire céder l'action récursoire de l'une des parties transigeantes contre l'autre pour la quotité déterminée par la transaction. Enfin, Windscheid soutient que la transaction ne peut être opposée ni aux créanciers héréditaires, ni aux légataires, mais il leur accorde le droit de l'invoquer à leur profit.

(1) Arg. D. *h. t.*, L. 13, § 1, L. 11, § 2 et 4.

(2) Cf. D. *h. t.*, L. 21, § 6 initio, et D. 17, 2, *pro socio*, L. 76 i. f.

(3) Arg. D. *h. t.*, L. 13, § 1, L. 11, § 2 et 4. Cf. ci-après le n° I, 1° i. f., du présent paragraphe. — (4) D. *h. t.*, L. 3, § 1 initio.

(5) Cf. D. *h. t.*, L. 3, § 1 et 2, L. 13, § 2, L. 17, § 2, L. 19, § 1, où l'on ne rencontre que la locution *arbitrium recipere*. Le mot *arbitrium* désigne ici les fonctions d'arbitre (D. *h. t.*, L. 17, § 3 i. f., L. 19, pr. i. f. et § 2, vⁱˢ sententia, quæ arbitrium finiat..). Cf. SCHILLING, III, § 340, et note f.

vient s'ajouter à la première(6). Le compromis est une sorte de transaction; comme la transaction proprement dite, elle constitue une convention dont le but est de régler un différend. Mais, à la différence de la transaction ordinaire, les parties ne règlent leur différend ni par elles-mêmes, ni par des concessions réciproques; chaque partie entend renoncer à ses prétentions pour le cas où elles seraient condamnées par l'arbitre à qui est confiée la décision du différend. L'arbitre est ainsi constitué juge du différend et la transaction se combine avec un véritable procès. Examinons maintenant d'une manière séparée les conditions de la validité de ces deux éléments du compromis.

1° Pour que le compromis proprement dit soit valable, il faut d'abord que les parties soient capables d'ester en justice(7); car elles s'engagent à soutenir un procès devant l'arbitre(8). Si le compromis est conclu par un mandataire, celui-ci doit avoir reçu soit un mandat spécial, soit un autre mandat contenant le droit de compromettre; ce droit ne résulte ni d'un mandat *ad litem*(9), ni d'un mandat d'administrer tous les biens du mandant(10), à moins que le mandataire général n'ait été autorisé à faire des actes de disposition(11). En principe, il est loisible aux parties de choisir comme arbitre une personne quelconque(12), pourvu qu'elle soit en état d'apprécier la contestation en pleine connaissance de cause; de là l'incapacité des mineurs au-dessous de 20 ans(13), des alié-

(6) Parfois les deux conventions sont réunies sous le nom de *compromissum* (D. *h. t.*, L. 16, § 1 initio) ou de *receptum arbitrii* (C. 3, 1, *de judic.*, L. 14, § 1 (L. 14, pr., Kriegel), vⁱˢ qui ex recepto (id est compromisso..) causas dirimendas suscipiunt... — (7) Arg. D. *h. t.*, L. 17, pr. i. f.

(8) Cf. 1° D. *h. t.*, L. 3, pr., L. 35, D. 4, 4, *de minor.*, L. 34, § 1, et D. 3, 1, *de postul.*, L. 1, § 3 initio, 2° D. *h. t.*, L. 32, § 8, et 3° L. 32, § 2, cit.

(9) Cf. C. 2, 4, *de transact.*, L. 7.

(10) Cf. C. 3, 3, *de procur.*, L. 63, et C. 2, 12 (13, Kriegel), *eod.*, L. 16.

(11) Cf. ci-dessus T. III, § 179, 1°, cbn. avec § 135, 1°.

(12) D. *h. t.*, L. 7, pr. initio. L'esclave est incapable à défaut de personnalité (L. 7, pr. i. f., cit.). Conséquence : D. *h. t.*, L. 7, § 1, L. 8. Voyez cependant le D. *h. t.*, L. 9, pr.

(13) D. *h. t.*, L. 9, § 1, L. 41 initio, cf. L. 41 i. f. *Non obstat* D. 42, 1, *de re judic.*, L. 57, qui fixe l'âge de 18 ans pour le juge nommé par le magistrat.

nés(14), des sourds(14) et des muets(14). Il faut y ajouter les femmes(15), les fonctions d'arbitre étant considérées comme une charge virile(16). Est aussi incapable de remplir les fonctions d'arbitre le juge appelé par la loi à décider la contestation dont il s'agit(17); il ne peut en connaître que de la manière légale. Il va de soi que l'arbitre ne peut pas être personnellement intéressé dans le différend(18). — Ensuite, le compromis doit être juridiquement possible. Il n'est pas permis de compromettre sur une chose hors du commerce ou sur une contestation d'intérêt général. Cette dernière interdiction est entendue dans un sens plus large qu'au point de vue de la transaction proprement dite(19), parce que le compromis a pour but d'établir une véritable juridiction sur les parties; on ne peut compromettre sur un délit public(20) ou sur un délit privé infamant(20), sur une action populaire(21), sur l'état de liberté ou d'ingénuité d'une personne(22), enfin sur la restitution en entier(23). — A titre de convention, le compromis suppose le consentement des parties(24). Toutefois, cette convention par elle-même ne constitue encore qu'un simple pacte(25); pour acquérir force civile, il faut ou bien l'emploi de la forme de la stipulation(26), ou bien la confirmation de la sentence arbitrale, soit par la signature des intéressés(27), soit par le défaut de protestation dans les dix jours à dater de la

(14) D. *h. t.*, L. 9, § 1.

(15) C. *h. t.*, L. 6. Cette loi est de Justinien; mais l'incapacité remonte sans doute à l'ancien droit romain (arg. D. 5, 1, *de judic.*, L. 12, § 2 i. f., D. 50, 17, *de R. J.*, L. 2, pr., et ULPIEN, XI, 1 i. f.). Voyez SCHILLING, III, § 340, note cc.

(16) Cf. D. 5, 1, *de judic.*, L. 12, § 2 i. f., et D. 50, 17, *de R. J.*, L. 2, pr.

(17) D. *h. t.*, L. 9, § 2. Cf. D. 26, 5, *de tutor. et curat. dat.*, L. 4. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 3, § 3, L. 4.

(18) D. *h. t.*, L. 51; D. 5, 1, *de judic.*, L. 17 i. f. Cf. D. *h. t.*, L. 5, L. 6. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 9, § 3, cbn. avec L. 7, pr. initio.

(19) Cf. ci-dessus T. III, § 179, 2° i. f., et notes 21 à 26.

(20) D. *h. t.*, L. 32, § 6. — (21) L. 32, § 7 i. f., cit. — (22) L. 32, § 7, cit.

(23) C. 2, 46 (47, Kriegel), *ubi et apud quem cogn. restitut. agit. sit*, L. 3, § 1 (L. 3, Kriegel, vis Sed ne quis..... causarum audientia).

(24) Arg. D. *h. t.*, L. 11, § 4.

(25) C. *h. t.*, L. 5, pr. initio; D. *h. t.*, L. 13, § 1 i. f. Cf. D. *h. t.*, L. 11, § 2-3.

(26) D. *h. t.*, L. 27, § 7.

(27) C. *h. t.*, L. 5, pr. (L. 5, pr. initio, Kriegel), L. 4, § 6-7 (L. 4, § 6, Kriegel).

notification de la sentence(28). Ce fut Justinien qui introduisit cette confirmation et fit ainsi du compromis une sorte de pacte légitime(29). Le compromis était presque toujours accompagné à Rome de stipulations pénales réciproques pour le cas d'inexécution du compromis(30) ; ces stipulations étaient tellement fréquentes qu'elles donnèrent naissance au terme *compromissum*(31); leur fréquence se comprend d'autant mieux qu'elles ne garantissaient pas seulement l'exécution du compromis; elles lui procuraient aussi d'une façon indirecte l'efficacité civile qui lui faisait généralement défaut(32). Il est de l'essence du compromis que les parties compromettantes laissent à l'arbitre une liberté entière dans la décision du différend(33). Mais il leur est permis de prescrire à l'arbitre les règles de forme à suivre dans l'instruction et le jugement de l'affaire(34), comme aussi de choisir plusieurs arbitres(35).

2° Le *receptum arbitrii* est la seconde face du compromis. Il est parfait par la seule acceptation de l'arbitre(36); il appartient à la catégorie des pactes prétoriens, car sa reconnaissance est due au droit prétorien(37). Le *receptum arbitrii* est d'ailleurs une convention accessoire et partant sa validité est subordonnée à la conclusion

(28) C. *h. t.*, L. 5, § 1 et 2 initio (L. 5, pr., Kriegel, vis Sin autem post sententiam..... vel actori actionem.

(29) Cf. ci-dessus T. II, § 83, et note 67. Justinien avait aussi admis la confirmation du jugement arbitral par le serment des intéressés ou de l'arbitre (C. *h. t.*, L. 4, pr., § 1-5, L. 5, § 2 i. f. (L. 5, pr. i. f., Kriegel); cf. C. 3, 1, *de judic.*, L. 14, pr., § 1-3 (L. 14, pr., Kriegel). Mais plus tard il abolit cette règle et défendit même l'emploi du serment dans l'espèce (Nov. 82, c. 11). Cf. ci-dessus le T. III, § 179, 4°. — (30) C. *h. t.*, L. 1; D. *h. t.*, L. 11, § 2 et 4, L. 13, § 1.

(31) Cf. ci-dessus le n° I initio du présent paragraphe. La peine stipulée s'appelle *pecunia compromissa* (D. *h. t.*, L. 3, § 2, L. 11, § 2 initio).

(32) En ce qui concerne le contenu des stipulations pénales voyez le D. *h. t.*, L. 11, § 2 initio et i. f. et § 5, L. 28, L. 32, pr., et le D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4, § 3. Une stipulation pénale unique ne suffit pas pour donner force civile au compromis (D. *h. t.*, L. 11, § 4, L. 13, § 1). — (33) D. *h. t.*, L. 19, pr., L. 17, § 3.

(34) D. *h. t.*, L. 21, § 10 initio, L. 25, pr. et § 1, L. 27, § 4, L. 32, § 11, 15 et 21, L. 33.

(35) D. *h. t.*, L. 17, § 2 et 7, fût-ce en nombre impair (D. *h. t.*, L. 17, § 6, cf. § 5). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 17, § 3-4. — (36) D. *h. t.*, L. 3, § 1, cf. L. 13, § 2.

(37) Cf. ci-dessus T. II, § 83, et note 74.

du compromis proprement dit(38) et à la validité de celui-ci(39).

II. *Effets*. A) Les effets du compromis résultent de la double convention qui sert à le constituer.

1° Le *receptum arbitrii* oblige l'arbitre à juger le différend qui fait l'objet du compromis(40). Sous ce rapport, il ressemble à l'acceptation d'un mandat(41). Comme le mandataire, l'arbitre qui refuse de prononcer le jugement, est passible de dommages et intérêts; il est soumis de ce chef à une action *in factum*(42). Sa mission est essentiellement gratuite et personnelle(43); elle ne passe pas à ses héritiers et il lui est défendu de se substituer(44) ou de s'adjoindre(45) un tiers. Il n'est autorisé à se désister de ses fonctions que pour une cause légitime(46).

2° En même temps que le *receptum arbitrii* impose à l'arbitre l'obligation de juger le différend qui fait l'objet du compromis, il lui

(38) D. *h. t.*, L. 11, § 1.

(39) D. *h. t.*, L. 32, § 3 initio. Application : D. *h. t.*, L. 11, § 5, L. 12, L. 32, § 3, vis sive sit, sed pendeat an ex eo pœna exigi potest.. ». Il faut même que le compromis proprement dit soit civilement obligatoire; donc le *receptum arbitrii* n'oblige pas l'arbitre si les parties se sont bornées à faire une stipulation pénale unique (D. *h. t.*, L. 11, § 4, L. 13, § 1).

(40) D. *h. t.*, L. 3, § 1, L. 15 initio, L. 19, § 1 i. f.

(41) Il n'en résulte pas que toutes les règles du mandat lui soient applicables, et notamment l'arbitre ne peut se désister de sa mission par sa seule volonté.

(42) D. *h. t.*, L. 32, § 12. « Si arbiter sese celare temptaverit, prætor eum investigare debet, et si diu non paruerit, *multa adversus eum dicenda est* ». Cf. ci-dessus T. II, § 83, note 74. — (43) D. *h. t.*, L. 45.

(44) D. *h. t.*, L. 32, § 16. Voyez sur ce texte POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 4, 8, *de recept.*, n° 41, note *k*. — (45) D. *h. t.*, L. 32, § 17.

(46) D. *h. t.*, L. 15 initio, par exemple il est empêché de s'acquitter de sa tâche par suite de maladie (L. 15 i. f., cit.), d'une fonction publique (L. 15 i. f., cit.), de ses affaires personnelles (L. 15 i. f., cit.), etc. (D. *h. t.*, L. 15 i. f., L. 16, pr. initio, L. 32, § 4), une inimitié grave est survenue entre l'arbitre et l'un des intéressés (D. *h. t.*, L. 15), ceux-ci l'ont diffamé (D. *h. t.*, L. 15, L. 9, § 4). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 16, § 1 initio. Cf. D. *h. t.*, L. 16, pr. i. f. et § 1, vis quod si potest.....

L'arbitre ne peut pas davantage surseoir au jugement de la cause au delà du temps nécessaire à cette fin (D. *h. t.*, L. 32, § 16, vis non autem finiri controversiam, cum.. differatur arbitrium:., L. 14. Cf. D. *h. t.*, L. 13, § 3, cbn. avec L. 36 et avec le C. 2, 12, *de feriis*, L. 6 (L. 7, Kriegel)). Voyez cependant le D. *h. t.*, L. 13, § 4.

confère aussi les pouvoirs du juge(47). Quant au fond de l'affaire, ces pouvoirs sont souverains(48), sauf qu'ils sont limités au débat sur lequel porte le compromis(49). En ce qui concerne les formes à observer, l'arbitre est tenu avant tout, comme le mandataire proprement dit, de se conformer aux règles qui lui sont prescrites par le compromis(50); dans le silence de celui-ci, il doit suivre les règles de la procédure ordinaire; c'est la volonté présumée des parties(51). Sous l'observation de ces règles, il peut ordonner aux parties ou à leurs représentants de comparaître devant lui, à l'effet de les entendre dans leurs moyens(52). Comme le juge ordinaire, il peut aussi leur imposer des cautions(53) ou accorder des délais de grâce(54). En outre, la citation de l'adversaire devant l'arbitre est interruptive de la prescription de l'action, par analogie de l'assignation en justice(55). Une condition essentielle de la validité de la sentence

(47) Cf. D. *h. t.*, L. 1.

(48) D. *h. t.*, L. 19, pr., L. 17, § 3. Cf. ci-dessus le n° I, 1° i. f., du présent paragraphe.

(49) D. *h. t.*, L. 32, § 15 i. f., L. 21, § 4 et 6, v^is^ Sed si forte....., cf. L. 46.

(50) D. *h. t.*, L. 32, § 15 et 21 initio. Entre autres, il doit observer pour les différents actes d'instruction et pour le jugement les délais convenus (D. *h. t.*, L. 21, § 8, L. 32, § 21, L. 50; C. *h. t.*, L. 1 i. f. Cf. D. *h. t.*, L. 21, § 5, v^is^ quod si per eum..... recipere, cbn. avec le commencement du passage), à moins qu'il n'ait été autorisé par le compromis à les proroger (D. *h. t.*, L. 21, § 5, v^is^ Quæ quæstio....., L. 27, pr., L. 32, § 11 et 21. Cf. D. *h. t.*, L. 25, § 1-2, L. 33, L. 39, § 1). Il est aussi obligé d'instruire et de juger l'affaire au lieu convenu (D. *h. t.*, L. 21, § 10 initio). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 25, pr.

(51) Arg. D. *h. t.*, L. 1, « Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur.. », et C. 3, 1, *de judic.*, L. 14, § 1 (pr., Kriegel), v^is^ ex recepto (id est compromisso, quod judicium imitatur).. ».

En ce sens GŒSCHEN, II (2), § 548, 1°, SCHILLING, III, § 341, *ad not.* u, KELLER, § 285 i. f., n° 1, SINTENIS, II, § 107, *Anm.* 101, et MAYNZ, II, § 257, *ad not.* 35. Cf. WINDSCHEID, II, § 416, note 1.

(52) D. *h. t.*, L. 49, § 1, L. 32, § 18-19. Cf. D. *h. t.*, L. 14 initio, L. 21, § 10. Il a le droit de condamner le défaillant à une peine au profit de son adversaire (D. *h. t.*, L. 39, pr., v^is^ IDEM contumaciam litigatoris arbiter punire poterit pecuniam eum « adversario dare jubendo.. »).

(53) D. *h. t.*, L. 32, § 16, v^is^ partemque sententiæ esse, quemadmodum satisdetur, quibus fidejussoribus.., cf. § 20.

(54) D. *h. t.*, L. 21, § 2. Cf. ci-dessus T. I, § 6, II, 1°.

(55) C. *h. t.*, L. 5, § 3 (§ 1, Kriegel). Remarquons encore que toutes les déclara-

arbitrale est qu'elle soit prononcée en présence des parties(56). S'il y a plusieurs arbitres, tous doivent, à peine de nullité de la sentence, prendre part aux différents actes de la procédure et au jugement(57); leurs décisions sont prises à la majorité des voix(58). En cas de partage, les arbitres doivent assumer le tiers arbitre désigné à l'avance par le compromis(59), sinon le tiers arbitre doit être choisi de commun accord par les arbitres(60) et subsidiairement par le magistrat ordinaire compétent pour connaître de la cause(61); les modernes appellent ce tiers arbitre *superarbiter;* son avis décide souverainement du différend(62). Une fois rendue, la sentence arbi-

tions faites et toutes les preuves fournies par l'une des parties devant l'arbitre sont considérées comme ayant eu lieu en justice et peuvent être invoquées à ce titre devant le juge ordinaire (C. *h. t.*, L. 5, § 4 (§ 2, Kriegel)).

(56) D. *h. t.*, L. 27, § 4. Si les parties sont incapables d'ester en justice, il faut que leur tuteur ou curateur donne son autorisation ou son consentement, ou bien qu'il intervienne au lieu et place de l'incapable (D. *h. t.*, L. 27, § 5, L. 47, L. 48, L. 49, pr.).

(57) D. *h. t.*, L. 17, § 7, L. 18. Cf. D. *h. t.*, L. 17, § 2, L. 32, § 13 i. f. Toutefois, si les arbitres ont été désignés alternativement, le seul véritable arbitre appelé au jugement de l'affaire est celui sur lequel les parties tombent ultérieurement d'accord (D. *h. t.*, L. 17, § 4; cf. D. *h. t.*, L. 8 cbn. avec L. 7, § 1). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 32, § 13 initio.

(58) D. *h. t.*, L. 17, § 6, vis In impari..... stabitur; L. 27, § 3, vis sed si major..... committetur; arg. D. *h. t.*, L. 18 cbn. avec L. 17, § 7. Cf. D. *h. t.*, L. 32, § 13 i. f. — (59) D. *h. t.*, L. 17, § 5 i. f. — (60) L. 17, § 6, cit.

(61) Arg. C. 3, 1, *de judic.*, L. 18.

(62) D. *h. t.*, L. 17, § 6 i. f., alors même qu'il émettrait une opinion nouvelle (SCHILLING, III, § 341, note qq). Si le compromis confie aux arbitres la désignation éventuelle du tiers arbitre, le choix de ce dernier appartient encore aux arbitres et subsidiairement au magistrat. *Non obstat* D. *h. t.*, L. 17, § 5 initio. « Si in duos « fuerit sic compromissum, ut, si dissentirent, tertium adsumant, puto tale com- « promissum non valere : nam in adsumendo possunt dissentire.. ». Tout ce qui résulte de ce passage, c'est que la clause qui permet aux arbitres d'assumer un tiers arbitre pour les départager, est inutile; elle accorde aux arbitres une faculté qui leur appartient de plein droit; elle n'empêche pas que si les arbitres ne s'entendent pas sur le choix du tiers arbitre, celui-ci ne doive être désigné par le magistrat. Le jurisconsulte relève spécialement le désaccord possible des arbitres sur le choix du suppléant. Cf. GŒSCHEN, II (2), § 548, 3° i. f., et WINDSCHEID, II, § 416, note 9. Contra SCHILLING, III, § 341, et note tt, et MAYNZ, II, § 257, notes 40 et 42.

Quid s'il y a dissentiment entre les arbitres sur le montant de la condamnation?

trale ne peut plus être changée par les arbitres(63); car les fonctions d'arbitre ont pris fin(64).

3° L'effet de la sentence arbitrale est de terminer définitivement la contestation entre parties(65); le jugement arbitral imite la chose jugée(66) et, comme celle-ci, il est réputé l'expression de la vérité, quoiqu'il ne constitue pas une chose jugée proprement dite(67) et partant ne produise ni *actio judicati*(68), ni *exceptio rei judicatæ*(69). A raison de cette analogie avec la chose jugée, la sentence de l'arbitre n'est pas même attaquable par la voie de l'appel(70). Elle est seulement frappée d'inefficacité si un dol est imputable soit à l'arbitre(71), soit à l'adversaire(72). De plus, la sentence arbitrale

A estime que l'une des parties litigantes doit 5, B opine pour 10, C pour 15. On admet la condamnation la plus faible, parce que, disent les Romains, il y a consentement sur cette somme et sur celle-là seulement (D. *h. t.*, L. 27, § 3).

(63) D. *h. t.*, L. 19, § 2, alors même qu'elle repose sur une erreur (D. *h. t.*, L. 20).

(64) D. *h. t.*, L. 19, § 2 i. f. La règle cesse avec son motif si le compromis imposait à l'arbitre l'obligation de juger en même temps plusieurs contestations et que l'arbitre ait statué seulement sur l'une d'elles. Ici il lui est permis de modifier sa première décision. En effet, celle-ci est nulle comme ayant été rendue à l'encontre du compromis et partant les fonctions arbitrales restent entières (D. *h. t.*, L. 21, pr., vis Quid tamen..... dixit sententiam, et arg. L. 25, pr.). Cf. D. *h. t.*, L. 21, pr., vis quod si et separatim..... Rien n'empêche non plus l'arbitre de modifier ses décisions préalables au jugement définitif (D. *h. t.* L. 19, § 2).

(65) D. *h. t.*, L. 27, § 2; D. 17, 2, *pro socio*, L. 76, vis Arbitrium enim..... itum est; arg. D. *h. t.*, L. 19, pr. initio.

(66) C. 3, 1, *de judic.*, L. 14, § 1 (pr., Kriegel), vis ex recepto (id est compromissum, quod judicium imitatur)..; D. *h. t.*, L. 1.

(67) Paul, V, 5a, § 1, vis Ex compromisso autem judex sumptus rem judicatam « non facit.. ». — (68) C. *h. t.*, L. 1, vis nec judicati actio inde præstari potest.. ».

(69) Arg. des textes cités aux deux notes précédentes. Le jugement arbitral n'est pas non plus infamant dans les cas où le jugement ordinaire imprime cette flétrissure (D. 3, 2, *de his qui not. inf.*, L. 13, § 5).

(70) C. *h. t.*, L. 1 initio; D. *h. t.*, L. 32, § 14, vis etiamsi appellari non potest.. ».

(71) C. *h. t.*, L. 3, vis si sordes vel evidens gratia eorum qui arbitrati sunt « intercessit.. »; D. *h. t.*, L. 32, § 14, vis Cum quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifeste apparuisset.. ».

(72) D. *h. t.*, L. 31, vis si arbitrum quis corrupit vel pecunia vel ambitione, « vel advocatum diversæ partis, vel aliquem ex his, quibus causam suam commi- « serat,.. vel si adversarium callide circumvenit, et omnino si in hac lite dolose « versatus est.. »; C. *h. t.*, L. 3 i. f.

est sans effet si elle est nulle pour une cause quelconque; par exemple l'arbitre a excédé les pouvoirs que lui conférait le compromis(73), le jugement a été rendu en l'absence de l'une des parties(74), l'un des arbitres n'y a pas pris part(75), la sentence est indéterminée(76) ou bien elle impose une prestation physiquement ou légalement impossible(77). — En supposant que le compromis soit civilement obligatoire(78), la sentence arbitrale produit en faveur de la partie victorieuse une action *in factum*(79) analogue à l'*actio judicati;* elle aussi tend à obtenir l'exécution d'un jugement(80). Si le compromis a été conclu dans la forme de la stipulation, il y a lieu à l'*actio ex stipulatu*(81). La partie victorieuse dispose encore d'une exception contre l'adversaire qui voudrait renouveler le même débat(82).

L'un et l'autre dol donnent lieu à l'*exceptio doli* contre le cocontractant (C. *h. t.*, L. 3 initio; D. *h. t.*, L. 31, vis Quod si hujusmodi clausula..... exceptio locum habebit. Cf. D. *h. t.*, L. 32, § 14, et L. 31, vis Ita demum..... præmium ferat). De plus, la fraude du contractant justifie contre lui l'*actio doli*, si celle-ci n'est pas exclue par l'*actio ex stipulatu* naissant de la *clausula doli* ajoutée au compromis (D. *h. t.*, L. 31, vis Sed si quidem..... locum habebit; C. *h. t.*, L. 3 i. f.).

(73) Arg. D. *h. t.*, L. 32, § 15. — D. *h. t.*, L. 32, § 21, L. 50; C. *h. t.*, L. 1 i. f. — D. *h. t.*, L. 32, § 17. — D. *h. t.*, L. 21, § 4. — D. *h. t.*, L. 39, pr. initio. — Cf. D. *h. t.*, L. 42.

(74) D. *h. t.*, L. 27, § 4, vis Proinde sententia..... promatur. Cf. D. *h. t.*, L. 27, § 5, L. 47, L. 48, L. 49, pr. — (75) D. *h. t.*, L. 17, § 7, L. 18, L. 27, § 3 initio.

(76) D. *h. t.*, L. 21, § 3. « Pomponius ait inutiliter arbitrum incertam sententiam dicere, ut puta: ‘ quantum ei debes redde ’: ‘ divisioni vestræ stari placet ’: ‘ pro ea parte, quam creditoribus tuis solvisti, accipe ’.

(77) D. *h. t.*, L. 21, § 7.

(78) Cf. ci-dessus le nº I, 1º i. f., du présent paragraphe.

(79) C. *h. t.*, L. 5, pr. i. f. (L. 5, pr., Kriegel), vis in factum actionem.

(80) Cf. L. 5, pr., cit., vis quatenus possit sententia ejus exsecutioni mandari.. ».

(81) D. *h. t.*, L. 27, § 7.

(82) C. *h. t.*, L. 5, pr. i. f. et § 1 (L. 5, pr., Kriegel); D. *h. t.*, L. 13, § 1. Ces textes appellent l'exception *veluti pacti exceptio*. On hésitait sans doute à parler d'une *exceptio pacti* par le motif que si, en vertu du compromis, chaque partie renonce à ses prétentions, elle n'entend cependant faire cette renonciation que pour autant qu'elle sera condamnée par l'arbitre. Cf. SCHILLING, III, § 346, note cc.

Si le compromis est dépourvu de force obligatoire civile, il ne procure qu'une exception (C. *h. t.*, L. 5, pr. initio. Cf. D. *h. t.*, L. 13, § 1) et encore l'exception ne peut-elle être opposée à la partie qui a protesté dans les dix jours contre la sen-

4° Une mention particulière est due aux effets des stipulations pénales réciproques si usuelles à l'occasion des compromis chez les Romains(83). Elles garantissent à la fois le prononcé régulier de la sentence arbitrale et l'exécution de celle-ci. D'abord, la peine est encourue si l'une des parties empêche par sa faute le prononcé de la sentence(84), spécialement en refusant de comparaître devant l'arbitre(85) ou en portant la cause devant le juge ordinaire(86). Ensuite, la peine est encourue si la partie qui a succombé devant l'arbitre, ne se conforme pas à la sentence arbitrale(87), soit que, condamnée, elle refuse de satisfaire à la condamnation(88), soit que, déboutée de ses prétentions, elle les reproduise devant le juge ordinaire(89).

B) Le compromis est dépourvu d'effet à l'égard des tiers(90). Néanmoins, si le différend étant relatif à une obligation solidaire passive, l'un des codébiteurs solidaires supposés fait un compromis avec le créancier commun et que l'arbitre déclare la créance mal fondée, le compromis profite aux autres débiteurs qui ont un recours contre le débiteur libéré par la sentence arbitrale; autrement ce débiteur lui-même ne profiterait pas de la sentence(91). Au contraire, si l'un des prétendus cocréanciers solidaires conclut un compromis avec le débiteur commun et succombe devant l'arbitre,

tence arbitrale (C. *h. t.*, L. 5, § 2 initio cbn. avec § 1 (L. 5, pr. i. f., Kriegel). Il en est autrement si le compromis est accompagné de stipulations pénales réciproques (L. 5 cit., pr. initio).

(83) Cf. ci-dessus le n° I, 1° i. f., du présent paragraphe.

(84) D. *h. t.*, L. 21, § 9.

(85) C. *h. t.*, L. 2; D. *h. t.*, L. 27, § 4. Cf. 1° D. *h. t.*, L. 21, § 8, 10 et 11, et 2° D. *h. t.*, L. 40.

(86) D. *h. t*, L. 30. Cf. ci-après le n° III, 3°, du présent paragraphe. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 27, § 6. — (87) D. *h. t.*, L. 44, cf. L. 38.

(88) D. *h. t.*, L. 23, pr. — D. *h. t.*, L. 21, § 12, L. 22, L. 52.

Cf. D. *h. t.*, L. 23, § 1-3, L. 24, L. 27, § 1, v^is^ nec utimur.....

(89) D. *h. t.*, L. 21, § 1, L. 37, cf. L. 43. Voyez cependant le D. *h. t.*, L. 31 initio. Il n'est pas permis de cumuler la peine avec l'exécution de la sentence arbitrale (D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4, § 3; Nov. 82, c. 11, § 1 initio).

(90) D. *h. t.*, L. 34, pr. i. f.

(91) Cf. D. *h. t.*, L. 29, L. 34, pr. La poursuite exercée contre de pareils codébiteurs solidaires fait aussi encourir la peine convenue (textes précités).

le jugement arbitral ne peut être opposé aux autres créanciers ; il n'en produit pas moins ses pleins effets entre parties(92).

III. *Extinction*. Le compromis et avec lui les fonctions d'arbitre prennent fin avant le prononcé de la sentence :

1° si la contestation vient à cesser(93),

2° par l'expiration d'une condition ou d'un terme résolutoire(94),

3° si les parties conviennent de la résiliation du compromis(95), ce qu'elles peuvent faire tacitement, par exemple en portant de commun accord le différend devant le juge ordinaire(96). Il est même au pouvoir de l'une des parties de rompre le compromis par sa seule volonté en s'adressant à la justice ordinaire ; car celle-ci est régulièrement saisie de la contestation et par conséquent l'arbitre en est dessaisi(97), sauf que la peine stipulée est encourue(98),

4° si l'arbitre ou l'un des arbitres décède(99), devient incapable(100) ou se désiste légitimement de sa mission(101),

(92) Cf. D. *h. t.*, L. 34, pr. Le créancier qui a succombé devant l'arbitre et qui jouit d'un recours contre les autres créanciers solidaires, doit d'ailleurs céder au débiteur son action récursoire ou le produit de cette action. De plus, la poursuite exercée par les autres créanciers solidaires fait encourir la peine convenue; celle-ci est censée avoir été promise pour le cas d'inexécution de la sentence arbitrale même par le fait d'un cocréancier; il y a exception si le créancier qui a succombé, est sans recours contre son cocréancier (D. *h. t.*, L. 34, pr.). Sur l'ensemble de cette question voyez ci-dessus T. I, § 52, IV, 2°, et note 44 i. f.

(93) D. *h. t.*, L. 32, § 5, par exemple en cas de transaction (L. 32, § 5 initio, cit.).

(94) D. *h. t.*, L. 32, § 3, v° die, cf. L. 21, § 5. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 17, § 1.

(95) D. *h. t.*, L. 32, § 3, v° pacto.

(96) D. *h. t.*, L. 9, § 5, L. 10, L. 11, pr. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 32, § 3, v° acceptilatione, L. 13, pr. — (97) D. *h. t.*, L. 32, § 3, v° judicio, L. 30.

(98) D. *h. t.*, L. 30. Ainsi s'explique la décision énigmatique du D. *h. t.*, L. 2. « Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed pœnæ petitionem ». La partie actionnée devant le juge ordinaire ne dispose pas d'une exception déduite du compromis, lequel a pris fin ; elle doit se borner à poursuivre la peine convenue. En ce sens SCHILLING, III, § 346, note r. Cf. WINDSCHEID, II, § 415, note 10. Contra POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 4, 8, *de recept.*, n° 54, note *l*, et UNTERHOLZNER, cité, I, § 301, note e.

Le compromis est même dissous dans tous les autres cas où l'une des parties a encouru la peine pour avoir empêché le prononcé de la sentence (D. *h. t.*, L. 32, § 1, L. 34, § 1 initio). Cf. ci-dessus le n° 11, A, 4°, du présent paragraphe.

(99) D. *h. t.*, L. 32, § 3, v° morte, L. 40.

(100) Cf. D. *h. t.*, L. 41 i. f., et ci-dessus le n° I, 1° initio, du présent paragraphe.

(101) Cf. ci-dessus le n° II, A, 1°, et note 46, du présent paragraphe.

5° si l'une des parties décède(102), à moins qu'il n'ait été convenu que le compromis se transmettrait aux héritiers(103),

enfin 6° si l'un des intéressés tombe en déconfiture(104), car cette circonstance lui enlève la capacité d'ester en justice(105).

C) *De la convention relative à un serment extrajudiciaire;* § 182.

D. 12, 2, *de jurejurando sive voluntario sive necessario sive judiciali.*
C. 4, 1, *de rebus creditis et de jurejurando.*

I. *Notions et conditions.* La convention relative à un serment extrajudiciaire (*pactum de jurejurando extrajudiciali* d'après la terminologie moderne(1)) est celle par laquelle, un différend existant entre deux personnes, l'une d'elles en remet la décision au serment de l'autre(2). Il importe de remarquer avant tout que cette convention est absolument unilatérale. Elle ne crée qu'une obligation éventuelle pour la partie qui défère le serment; cette partie doit accepter les conséquences du serment s'il vient à être prêté. Quant à la partie à laquelle le serment est déféré, elle n'est obligée en aucune façon; elle n'est point tenue de prêter le serment qui lui a été déféré; la convention ne lui confère qu'un droit dont elle est libre de ne pas user(3). Le principe qui domine la délation conventionnelle du serment, est qu'elle constitue une sorte de transaction(4); à l'instar de la transaction proprement dite, elle a pour but de terminer une contestation. Mais, tandis que dans la transaction ordinaire les parties règlent leur différend par des concessions réciproques, ici la partie seule qui défère le serment, entend renoncer à toutes ses prétentions pour le cas où elles seraient condamnées

(102) D. *h. t.*, L. 32, § 3, v° morte, L. 27, § 1 initio.
(103) Arg. D. *h. t.*, L. 27, § 1 initio, L. 32, § 19, L. 47, pr., cf. L. 49, § 2.
(104) D. *h. t.*, L. 17, pr.
(105) L. 17, pr. i. f., cit. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 32, § 9.
(1) Cf. D. *h. t.*, L. 17, pr., v^is^ Jusjurandum, quod ex conventione extra judicium defertur...
(2) ou bien d'un tiers; voyez sur ce dernier point le D. 44, 5, *quar. rer. actio non dat.*, L. 1, § 2, et sur l'ensemble de la définition le D. *h. t.*, L. 1.
(3) D. *h. t.*, L. 5, § 4.
(4) D. *h. t.*, L. 2, « Jusjurandum speciem transactionis continet.. », L. 31 i. f.

par le serment de l'adversaire ou du tiers appelé à jurer; elle s'en rapporte pour la décision du différend à la conscience d'autrui(5). Il suit de là que la partie qui défère le serment, doit avoir la capacité de transiger(6). Le mandataire de l'un des intéressés n'est admis à déférer le serment que s'il a reçu un mandat spécial à cette fin ou bien si la délation du serment est comprise dans les limites naturelles de son mandat(7). Le mandataire qui a obtenu l'administration de tous les biens du mandant, a qualité pour déférer le serment, quoiqu'il ne puisse transiger(8). On a considéré que la délation du serment est une dernière ressource; on n'y recourt qu'à défaut de tout autre moyen de preuve(9); dès lors elle constitue plutôt un acte d'administration que de disposition(10). En ce qui concerne la partie à laquelle le serment est déféré, elle doit seulement être capable de volonté; en effet, la convention intervient dans son intérêt exclusif, elle ne lui impose aucune obligation(11). Le serment peut aussi être déféré au mandataire d'une partie si l'affaire dont il s'agit rentre dans le mandat(12). En vertu d'une autre analogie avec la transaction ordinaire, la délation conventionnelle du serment est susceptible d'intervenir sur les mêmes différends que la transaction(13). Enfin,

(5) D. *h. t.*, L. 17, § 1. « Pupillus tutore auctore jusjurandum deferre debet: « quod si sine tutore auctore detulerit, exceptio quidam obstabit, sed replicabitur, « quia rerum administrandarum jus ei non competit »; D. 44, 5, *quar. rer. actio non dat.*, L. 1, § 1; C. *h. t.*, L. 4. Cf. D. *h. t.*, L. 9, § 4. — D. *h. t.*, L. 35, § 1.
Cf. ci-dessus T. III, § 179, 1° initio.

(6) Cf. D. 44, 5, *quar. rer. actio non dat.*, L. 1, pr., vis cum ipse quis judicem « adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei jusjurandum ».

(7) D. *h. t.*, L. 17, § 3. Un mandat *ad litem* est insuffisant (D. *h. t.*, L. 19, cf. L. 34, § 1). — (8) D. *h. t.*, L. 17, § 3. — (9) Cf. D. *h. t.*, L. 35, pr.

(10) Cf. ci-dessus T. III, § 179, 1°, cbn. avec § 135, 1°.
Voyez encore 1° le D. *h. t.*, L. 20 à 22, cf. D. *h. t.*, L. 24 i. f., et C. *h. t.*, L. 7, et 2° le D. *h. t.*, L. 17, § 2, L. 35, pr.

(11) D. *h. t.*, L. 26, pr., L. 42, pr. *Non obstat* D. *h. t.*, L. 34, § 2, qui a en vue un serment judiciaire.

(12) D. *h. t.*, L. 20, L. 22 i. f., L. 23, L. 24 initio, L. 25; D. 44, 5, *quar. rer. actio non dat.*, L. 2, pr.; arg. D. *h. t.*, L. 9, § 6, L. 42, § 2; les deux derniers passages supposent un serment judiciaire.

(13) Cf. D. *h. t.*, L. 3, § 1-2. Application : C. *h. t.*, L. 6; D. *h. t.*, L. 30, § 4, L. 13, pr. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 5, § 3 cbn. avec § 1.
Cf. ci-dessus T. III, § 179, 2°.

si la convention, pour être parfaite, exige le consentement des parties(14), ce seul consentement suffit; c'est un pacte prétorien(15).

II. *Effets*. A) La convention relative à un serment extrajudiciaire lie la partie qui a déféré le serment ; celle-ci est tenue d'attendre la prestation du serment et d'en subir les conséquences s'il vient à être prêté(16). Quant à la partie adverse, elle n'est liée en aucune façon par la convention ; elle est libre de s'en désister par sa seule volonté, sans que son désistement puisse lui nuire; ses droits demeurent entiers malgré son refus de jurer(17) ; car la convention était faite dans son intérêt exclusif(18). Toutefois, après avoir refusé de jurer, elle n'est plus admise à prêter le serment dans la suite; son refus fait considérer la convention comme non avenue(19). Elle ne peut pas davantage déférer le serment à la partie adverse contre le gré de celle-ci; par suite de son refus de jurer, la convention relative au serment est résiliée, et une nouvelle convention relative au serment exige un nouveau consentement(20). — Si la personne à laquelle le serment est déféré, jure effectivement, son serment termine d'une manière irrévocable la contestation existant entre

(14) Cf. D. *h. t.*, L. 34, § 5, cbn. avec L. 3, § 4, L. 4, L. 5, pr. initio.

(15) I. 4, 6, *de action.*, § 8 i. f. et 11; D. *h. t.*, L. 5, pr. i. f. Cf. ci-dessus T. II, § 83, et note 73.

Au sujet de différentes formules de serment, voyez 1° le D. *h. t.*, L. 5, § 1, cf. § 3, et 2° le D. *h. t.*, L. 3, § 4, L. 4, L. 33, L. 13, § 6, et le C. *h. t.*, L. 2.

(16) D. *h. t.*, L. 26, pr., vis omni enim modo custodiri debet jusjurandum adversus eum, qui contentus eo cum deferret fuit.. ». Le serment déclaré révocable par le C. *h. t.*, L. 11, est le serment litis décisoire.

(17) D. *h. t.*, L. 5, § 4. « Si neque juratum est neque remissum jusjurandum, « pro eo debet haberi, atque si res in jusjurandum admissa non esset.. ».

(18) Cf. ci-dessus le n° I initio du présent paragraphe. Si c'est un tiers qui est appelé à jurer, son refus de prêter le serment maintient aussi le statu quo.

(19) D. *h. t.*, L. 5, § 4, vis Proinde si postea jurare paratus sit, nihil ei hoc jusjurandum proficiet, quia ex eo quod delatum est juratum non est ». Le refus de jurer peut résulter tacitement du silence prolongé au delà d'un certain temps, raisonnablement déterminé par les circonstances (arg. L. 5, § 4, cit.). Si les parties ont fixé un délai pour la prestation du serment, l'expiration de ce délai résout de plein droit la convention. Cf. ci-dessus T. II, § 92, I, A, 1° et 2°.

(20) D. *h. t.*, L. 17, pr. *Non obstant* D. *h. t.*, L. 25, et C. *h. t.*, L. 8; le premier texte suppose le consentement de la partie à laquelle le serment est référé (arg. des mots *pacti* et *conventionem*); le second se rapporte à un serment litis décisoire.

parties(21); comme la transaction ordinaire, le serment imite la chose jugée(22) et est réputé l'expression de la vérité(22a). Il n'est pas même permis de renouveler le débat en offrant de prouver le parjure(23). Le serment prêté produit avant tout une action *in factum*(24), puisque la convention relative à un serment extrajudiciaire est un pacte prétorien(25). L'on peut aussi se prévaloir du serment à l'aide d'une exception appelée *exceptio jurisjurandi*(26).

(21) D. *h. t.*, L. 31, vis quod si alias inter ipsos jurejurando transactum sit « negotium, non conceditur eandem causam retractare », L. 5, § 2, L. 11, § 3 initio, L. 40 i. f.; D. 42, 1, *de re judic.*, L. 56.

(22) D. 44, 5, *quar. rer. actio non dat.*, L. 1, pr.; D. *h. t.*, L. 2, L. 26, § 2 i. f., L. 35, § 1; D. 20, 6, *quib. mod. pignus solv.*, L. 13; C. *h. t.*, L. 8.

(22a) Cf. I. 4, 6, *de action.*, § 11, D. *h. t.*, L. 5, § 2, L. 9, § 1 i. f., L. 11, § 3 initio, L. 28, § 10 i. f., et D. 42, 1, *de re judic.*, L. 56.

Au serment prêté équivaut la remise du serment (PAUL, II, 1, § 3; D. *h. t.*, L. 9, § 1; C. *h. t.*, L. 1, L. 8). Voyez sur cette remise le D. *h. t.*, L. 6, L. 32, L. 41.

Nos sources comparent encore la prestation de serment à un payement (D. *h. t.*, L. 27, L. 28, § 1, L. 35, § 1), à une remise de dette (D. *h. t.*, L. 40 initio, L. 35, § 1) et à une novation (D. *h. t.*, L. 26, § 2). Ces diverses comparaisons ne sont que des applications à des cas particuliers du principe général que le serment est réputé l'expression de la vérité; selon qu'un débiteur jure qu'il a payé, qu'il n'a jamais rien dû ou bien qu'il doit seulement telle chose et non telle autre, on peut dire que le serment imite le payement, la remise de dette ou la novation. Cf. POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 12, 2, *de jurejur.*, n° 23, notes *c* et *d*, et n° 38, note *e*, et SCHILLING, III, § 343, et note b.

Si la partie qui a juré, défère plus tard le serment à son adversaire et que celui-ci jure dans le sens opposé, le second serment infirme le premier (D. *h. t.*, L. 28, § 10, L. 29).

Il est évident que les effets du serment se restreignent à l'objet de la délation du serment (D. *h. t.*, L. 11, pr., L. 13, § 2 et 3 i. f., L. 26, § 1 i. f., L. 28, § 5, 7 et 8 i. f., L. 36).

(23) C. *h. t.*, L. 1; arg. D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 21, et D. 44, 1, *de except.*, L. 15. Il y a exception à la règle énoncée si quelqu'un a juré faussement qu'un legs lui a été fait (C. *h. t.*, L. 13). En ce qui concerne la peine du parjure, voyez le D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 22, le C. *h. t.*, L. 2, et le D. *h. t.*, L. 13, § 6.

(24) D. *h. t.*, L. 11, § 1 initio; C. *h. t.*, L. 8; THÉOPHILE, I. 4, 6, § 8 i. f. et 11. Cf. les *Institutes* de Justinien, l. c.

(25) Cf. ci-dessus le n° I i. f., du présent paragraphe.

(26) I. 4, 13, *de except.*, § 4; D. *h. t.*, L. 28, § 4 et 6-8, L. 40; c'est en réalité une *exceptio pacti conventi* (D. *h. t.*, L. 25). Si la prestation de serment est certaine, le magistrat refuse même l'action en justice (D. *h. t.*, L. 7, L. 9, pr.). Quant aux obligations naturelles, elles sont éteintes de plein droit par le serment

Enfin, toutes les fois que la prestation de serment contient l'affirmation de l'existence d'un droit, il y a lieu aux diverses actions(27) et exceptions(28) naissant de ce droit; s'il s'agit d'une convention bilatérale, ces actions et exceptions compètent aux deux parties(29); la raison en est que la chose jurée étant réputée l'expression de la vérité, le droit dont l'existence a été affirmée sous la foi du serment, doit être tenu pour constant(30).

B) La prestation de serment est dépourvue d'effet à l'égard des tiers(31). Cependant :

1° Il va de soi qu'elle produit de l'effet vis-à-vis des héritiers des parties(32) et que, dans le cas où le serment a été déféré soit par un représentant, soit à un représentant, la prestation de serment est efficace vis-à-vis du principal(33). Mais de plus, si le serment a été déféré sur l'existence d'un droit et que celui à qui le serment a été déféré, ait juré que ce droit n'existait pas, son serment vaut à l'égard des successeurs particuliers des parties; car il implique une renonciation à un droit(34). Donc, si un débiteur a juré ne rien devoir, le serment peut être opposé au cessionnaire de la créance. Ainsi encore le serment de A ' que telle chose est sa propriété et

(D. 46, 3, *de solut.*, L. 95, § 4; D. *h. t.*, L. 42, pr., vis naturalis obligatio hac pactione tolletur). Ce qui a été payé par erreur contrairement au serment est sujet à répétition au moyen de la *condictio indebiti* (D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 43; D. *h. t.*, L. 40 i. f., L. 42, pr.).

(27) D. *h. t.*, L. 11, § 3 initio, L. 13, § 3 initio, L. 22; D. 6, 2, *de Public. in rem act.*, L. 7, § 7 initio. Cf. D. *h. t.*, L. 11, § 2 initio, L. 28, § 9, L. 30, § 2, D. 6, 2, *de Public. in rem act.*, L. 7, § 7 i. f., et D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 25, § 1.

(28) Cf. D. 44, 1, *de except.*, L. 5.

(29) D. *h. t.*, L. 13, § 3, vis an tamen ad pretium....., § 4 et 5 initio. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 13, § 5 i. f., L. 30, § 5.

(30) Les actions dérivant du droit juré se donnent seulement comme actions utiles (D. *h. t.*, L. 11, § 3 initio, L. 13, § 1, L. 29), mais elles sont perpétuelles, comme l'*actio judicati* qu'elles imitent (D. *h. t.*, L. 9, § 3, cbn. avec D. 5, 1, *de judic.*, L. 28, § 2 i. f.; D. *h. t.*, L. 13, § 1). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 30, pr. et § 1.

(31) D. *h. t.*, L. 3, § 3 i. f., L. 9, § 7 i. f., L. 10, L. 11, § 3 i. f., L. 12, L. 13, pr.

(32) D. *h. t.*, L. 9, § 7 i. f.

(33) D. *h. t.*, L. 17, § 2-3, L. 19-25, L. 35, pr.; D. 44, 1, *de except.*, L. 24; D. 44, 5, *quar. rer. actio non dat.*, L. 2, pr. Voyez ci-dessus le n° I du présent paragraphe. — (34) D. *h. t.*, L. 7, L. 8.

non celle de B' peut être opposé à celui qui a acheté la chose de B et par celui qui l'a achetée de A(35). Nous constatons ici une nouvelle analogie avec la transaction proprement dite(36).

2° Si un serment a été déféré à l'un des codébiteurs solidaires par le créancier commun ou bien par l'un des cocréanciers solidaires au débiteur commun, sur l'existence même de l'obligation solidaire, et que le débiteur ait juré que cette obligation n'existait point, son serment profite à tous ses coobligés(37) ou nuit à tous les cocréanciers(38). A raison de la foi attachée à la chose jurée, l'inexistence de l'obligation solidaire doit être réputée constante, et elle doit l'être à l'égard de tous ceux qui interviennent dans le lien obligatoire, car celui-ci est le même pour tous(39). Il en est autrement si la délation du serment n'a porté que sur l'existence d'un lien personnel d'obligation entre parties; un pareil serment demeure nécessairement limité à son objet. Tel est le cas où le fidéjusseur se borne à jurer qu'il n'a pas cautionné la dette(40).

XVI. Des conventions aléatoires.

§ 183. *Aperçu.*

Les principales conventions aléatoires sont celles relatives à des jeux ou à des paris(1), la vente de choses futures(2), le contrat de

(35) Arg. D. *h. t.*, L. 9, § 7, v^is^ Si petitor..... successerunt. Cf. D. 6, 2, *de Public. in rem act.*, L. 7, § 7. — (36) Cf. ci-dessus T. III, § 180, II, 1°.

(37) D. *h. t.*, L. 28, § 1 initio et 3, L. 42, § 3; D. 44, 1, *de except.*, L. 7, § 1 initio. Même le serment du fidéjusseur profite au débiteur principal (D. *h. t.*, L. 28, § 1, v^is^ A fidejussore....., L. 42, § 1 initio et 2 i. f.; D. 44, 5, *quar. rer. actio non dat.*, L. 1, § 3 i. f. — (38) D. *h. t.*, L. 28, pr.

(39) Voyez encore le D. *h. t.*, L. 26, § 1. « Si pater filium dare non oportere « juraverit, Cassius respondit et patri et filio dandam exceptionem jurisju- « randi.. n.

(40) D. *h. t.*, L. 28, § 1 i. f., L. 42, § 1 i. f.; D. 44, 5, *quar. rer. actio non dat.*, L. 1, § 3 initio. Pour une application voyez le D. *h. t.*, L. 42, pr., v^is^ Creditori, qui..... prætor non tuebitur.

Dans le doute, on doit admettre que le serment porte sur l'existence de l'obligation solidaire (D. *h. t.*, L. 42, pr., v^is^ Si autem liquido.....).

Voyez encore le D. *h. t.*, L. 28, § 2, L. 30, § 3.

(1) Cf. ci-dessus T. II, § 91, II, 5°, *e*. — (2) T. II, § 115, II, B.

rente viagère (3) et le prêt à la grosse (4). Cette dernière espèce est la seule qui n'ait pas encore été expliquée.

§ 184. *Du prêt à la grosse.*

D. 22, 2, *de nautico fœnore*. — C. 4, 33, *de nautico fenore*.

De Cock (Th.), *De fœnore nautico*, Gand, 1829.

Le prêt à la grosse (aventure) est un prêt de consommation accompagné de la clause spéciale que, si les choses prêtées périssent par accident, l'emprunteur sera libéré de l'obligation de restituer le capital (1). Cette clause déroge à la règle que l'emprunteur de consommation, comme tout autre débiteur de choses fongibles, supporte la perte accidentelle du capital emprunté (2). En réalité c'est une convention d'assurance; le prêteur assure les choses prêtées contre la perte fortuite et pour le montant de leur valeur; car il renonce au droit de se faire restituer une quantité égale en cas de perte accidentelle des choses prêtées. Seulement l'assurance, au lieu de faire l'objet principal du contrat, n'est que l'accessoire d'un prêt de consommation (3). Il fallait évidemment une compensation au prêteur pour le risque assumé; elle consiste dans la stipulation d'intérêts supérieurs aux intérêts ordinaires (4); par exemple le prêteur, qui autrement se serait contenté de 6 °/₀ d'intérêts, en stipule 10 °/₀; ce qu'il se fait promettre au delà de l'intérêt normal constitue la prime d'assurance. Pour rendre cette prime possible, la loi romaine avait affranchi ici les parties du maximum ordi-

§ 183—(3) T. III, § 177. — (4) Voyez encore le T. II, § 105, 1, C initio, et II, A.

§ 184—(1) C. *h. t.*, L. 5 (L. 4, Kriegel) initio. On peut aussi convenir que l'emprunteur sera dispensé de la restitution si des choses autres que celles faisant l'objet du prêt, par exemple des marchandises que l'emprunteur se propose d'acheter avec l'argent emprunté, viennent à périr accidentellement (D. *h. t.*, L. 1 i. f.).

(2) C. *h. t.*, L. 5 (L. 4, Kriegel) i. f. Cf. ci-dessus T. III, § 149, I, 1° i. f.

(3) Les Romains connaissaient-ils l'assurance comme contrat principal? L'affirmative semble mériter la préférence, du moins pour les assurances maritimes (Cicéron, *ad famil.* II, 17). En ce sens Glück, XXI, § 1141, p. 207-216, et De Schryver, *Mémoire sur la loi Rhodia de jactu*, dans les *Annales des Universités de Belgique* II, p. 398-399, Bruxelles, 1844. Contra Hugo, *Civil. Magazin* II, n° 5, Berlin, 1812. — (4) Cf. Paul, II, 14, § 3.

naire des intérêts conventionnels; à l'époque classique, il était permis de stipuler des intérêts sans aucune limitation de taux(5); sous Justinien le maximum est de 12 °/₀(6). Par suite d'une autre faveur, un simple pacte joint au prêt à la grosse fonde une obligation civile de payer les intérêts(7). Il va de soi que le prêteur supporte seulement le risque des choses prêtées s'il l'a assumé par une clause spéciale du contrat(8) et que, même dans ce cas, il ne supporte que les pertes accidentelles et non celles qui sout dues à la faute de l'emprunteur(9).

1° Ce mode de prêter était surtout en usage à l'occasion du prêt maritime, c'est-à-dire du prêt de consommation fait en vue d'un transport par mer. Un pareil prêt, s'il était fait à intérêt, comme il arrivait d'habitude, s'appelait *fœnus nauticum*(10); l'argent prêté recevait le nom de *pecunia trajecticia*(11). Le prêt maritime peut avoir pour objet de l'argent monnayé ou d'autres choses consomptibles(12), et, s'il porte sur du numéraire, le prêteur peut assumer le risque de la traversée maritime, soit pour le numéraire lui-même(13), soit pour les marchandises que l'emprunteur se propose d'acheter au préalable à l'aide de l'argent emprunté(14). Le prêteur qui a pris à sa charge le risque de la traversée maritime, le supporte pendant toute la durée de la traversée(15), pourvu que celle-ci ait lieu conformément à la convention(16). Par voie de réciprocité, les intérêts stipulés à raison du risque ne sont dus que pour la période de la traversée(17); en dehors de cette période, la convention rela-

(5) PAUL, II, 14, § 3; C. *h. t.*, L. 2 (L. 1, Kriegel).

(6) C. 4, 32, *de usur.*, L. 26, § 2 (§ 1, Kriegel), vis in trajecticiis..... concessum. Cf. ci-dessus T. I, § 63, I, et notes 8-9. — (7) D. *h. t.*, L. 5, § 1, L. 7.

(8) C. *h. t.*, L. 5 (L. 4, Kriegel) i. f.

(9) C. *h. t.*, L. 4 (L. 3, Kriegel). Voyez encore le D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122, § 1.

(10) C. *h. t.*, L. 4 (L. 3, Kriegel) initio. Cf. ci-dessus T. III, § 147, note 1 i. f.

(11) D. *h. t.*, L. 1 initio, encore *pecunia nautica* (D. *h. t.*, L. 3).

(12) Arg. D. *h. t.*, L. 1 i. f., L. 5, pr. — (13) D. *h. t.*, L. 1 initio.

(14) L. 1 i. f., cit. — (15) D. *h. t.*, L. 3; arg. C. *h. t.*, L. 2 (L. 1, Kriegel).

16) D. *h. t.*, L. 3; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122, § 1. Cf. D. *h. t.*, L. 4, pr. initio, et C. *h. t.*, L. 4 (L. 3, Kriegel).

(17) C. *h. t.*, L. 2 (L. 1, Kriegel); D. *h. t.*, L. 4, pr.

tive aux intérêts ne vaut que jusqu'à concurrence du taux ordinaire des intérêts conventionnels (18).

2° Mais un prêt de consommation autre que le prêt maritime peut aussi être conclu avec la clause que l'emprunteur sera dispensé de restituer le capital si celui-ci périt par accident, et, en compensation de ce risque, le prêteur peut stipuler des intérêts supérieurs aux intérêts ordinaires. Par exemple, on prête de l'argent à un pêcheur en vue d'une pêche, et l'on s'engage à ne pas réclamer le capital si la pêche est improductive, en stipulant un intérêt compensateur (19); ou bien l'on prête à gros intérêts à quelqu'un pour lui permettre de dresser un cheval en vue des courses, en renonçant au capital si le cheval ne remporte pas le prix (20). Ces conventions sont pleinement valables, pourvu qu'elles ne dégénèrent pas en conventions de jeu (21); il y aurait jeu si les deux parties agissaient dans le seul but de gagner de l'argent; le plus souvent telle ne sera pas l'intention de l'emprunteur (22). Ces extensions du

(18) Arg. D. *h. t.*, L. 4, § 1. Cela suppose que des intérêts ont été stipulés pour toute la durée du prêt (L. 4, § 1 i. f., cit.).

Assez souvent un esclave du prêteur s'embarquait sur le navire, à l'effet de recevoir le payement du capital et des intérêts de la manière convenue (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122, § 1; D. *h. t.*, L. 4, § 1 initio; voyez encore le D. *h. t.*, L. 2). Le prêteur stipulait alors une peine pour le cas où l'esclave n'aurait pas été payé; car il était privé indûment des services de son esclave (D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 23 initio; D. *h. t.*, L. 9 initio). Cette stipulation pénale ne pouvait pas non plus dépasser le taux ordinaire des intérêts conventionnels (D. *h. t.*, L. 4, § 1 initio), fût-ce seulement par sa combinaison avec une promesse d'intérêts (L. 4, § 1 i. f., cit.). Cf. D. *h. t.*, L. 8, L. 9, et D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 23.

(19) D. *h. t.*, L. 5, pr. i. f.

(20) La L. 5, pr. i. f., cit., donne un exemple analogue : un prêt d'argent fait à un athlète pour lui permettre de s'exercer en vue des luttes du cirque, avec renonciation au capital si l'emprunteur ne remporte pas le prix.

(21) D. *h. t.*, L. 5, pr. initio.

(22) Cf. ci-dessus T. II, § 91, II, 5°, *e*, et WINDSCHEID, II, § 371, note 8 i. f.

Le prêteur peut même renoncer à la restitution de son capital sous une condition autre que celle de la perte accidentelle du capital, par exemple ' si le prêteur guérit ', ' s'il ne guérit point ', ' si l'emprunteur affranchit ou n'affranchit point son esclave '.

D. *h. t.*, L. 5, pr. « SCÆVOLA *libro VI responsorum*. « Periculi pretium est et si « condicione quamvis pœnali non exsistente recepturus sis quod dederis et insuper « aliquid præter pecuniam, si modo in aleæ speciem non cadat : veluti ea, ex

fœnus nauticum, que l'on a qualifiées de *fœnus quasi nauticum*,

« quibus condictiones nasci solent, ut ' si manumittas ', ' si non illud facias ', « ' si non convaluero ' et cetera. Nec dubitabis, si piscatori erogaturo in appa- « ratum plurimum pecuniæ dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletæ, unde « se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet ».

« Il y a aussi une compensation pour le risque (assumé) si, dans le cas de non « accomplissement d'une condition, fût-elle pénale, vous devez recouvrer ce que « vous avez donné et (recevoir) encore quelque chose au delà de l'argent (prêté), « pourvu que (l'acte juridique) ne devienne pas une sorte de jeu. (Parmi ces « conventions permises citons) entre autres celles qui ont l'habitude de donner « naissance à des *condictiones*, par exemple (les conventions conclues sous les « conditions) ' si vous affranchissez ', ' si vous ne faites pas telle chose ', ' si « je ne reviens pas à la santé ', et ainsi de suite. Le doute n'est pas possible « si j'ai donné une forte somme d'argent à un pêcheur qui devait faire une « dépense pour des appareils (de pêche), avec la clause qu'il me rendrait (seule- « ment mon capital) s'il prenait (du poisson), et (lorsque j'ai donné de l'argent) « à un athlète en vue de son entretien et de ses exercices corporels, pour res- « tituer (seulement l'argent) s'il sortait victorieux (de la lutte) ».

Au commencement de ce passage, Scævola pose le principe que l'obligation de restituer le capital emprunté peut être subordonnée à une condition, sauf que l'emprunteur payera une indemnité pour le risque couru par le prêteur (un malade prête de l'argent, en renonçant à la restitution s'il ne guérit point). La condition dont dépend la restitution du capital, peut même être pénale, c'est-à-dire être ajoutée au contrat dans le but de forcer indirectement l'emprunteur à faire quelque chose; par exemple, je prête 1000 à X à charge de me les restituer seulement s'il n'affranchit pas son esclave; cette condition tend à contraindre l'emprunteur à affranchir son esclave et à le frapper d'une peine s'il ne lui donne pas la liberté. La restitution du capital prêté peut aussi être subordonnée à la condition que le capital aura profité à l'emprunteur, comme dans les derniers exemples de notre passage. Ces diverses conventions ne sont nulles que si elles déguisent une convention de jeu.

La leçon de la loi 5, pr., est très contestée, et le passage a été rangé parmi les *septem leges damnatæ*. On a proposé de remplacer les mots *condicione quamvis pœnali non exsistente* par *condicione quamvis non pœnali exsistente* (CUJAS, *Notæ ad* D. 22, 2, *de nàut. fœn.*, L. 5); la correction, qui ne repose sur aucun manuscrit, est inutile. On a voulu substituer à *in aleæ speciem* les mots *in aliam speciem* (CUJAS, l. c.); cette correction, qui s'appuie sur un manuscrit d'Erlangen, n'est pas plus nécessaire que la précédente. Mais les mots *condiciones nasci solent*, que portent les manuscrits des Pandectes et qu'adoptent les frères Kriegel, sont dénués de sens; il convient de lire avec les Basiliques, Cujas, l. c., et Mommsen, *Corpus juris ad h. l. : condictiones nasci solent*. Enfin la plupart des manuscrits portent : *si manumittas;* d'après un autre manuscrit et les Basiliques, on propose de lire : *si non manumittas* (MOMMSEN, *Corpus juris ad h. l.*), quoique ce changement ne soit pas commandé par la nécessité. Voyez sur l'ensemble de la loi 5, pr., GLÜCK, XXI, § 1139, p. 153-166.

sont soumises à des règles analogues, notamment quant aux intérêts(23).

XVII. Des conventions accessoires.

D. 18, 1, *de contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis...*

C. 4, 54, *de pactis inter emptorem et venditorem compositis.*

NAMUR (J.), *Des pactes ajoutés aux contrats de bonne foi et spécialement des pactes ajoutés aux contrats de vente*, Liège, 1883.

§ 185. *Observations générales.*

I. Avant tout les conventions accessoires sont civilement obligatoires si elles sont revêtues de la forme de la stipulation(1) et dans quelques cas particuliers où elles sont reconnues, soit comme pactes légitimes, soit comme pactes prétoriens; ainsi, la promesse de payer les intérêts d'un capital emprunté vaut parfois à titre de pacte légitime(2), et la convention d'hypothèque, le constitut et l'acceptation des fonctions d'arbitre sont des conventions accessoires élevées au rang de pactes prétoriens(3). Sous ce rapport, les conventions accessoires ressemblent aux conventions principales. Mais de plus elles ont parfois force civile à titre d'accessoires d'une autre convention civilement obligatoire. Il importe de séparer ici les pactes qui diminuent l'étendue de l'obligation principale de ceux qui augmentent cette étendue :

1° Lorsqu'un pacte accessoire *diminue* l'obligation naissant du contrat principal, il réduit cette obligation de plein droit et non pas seulement par voie d'exception, d'abord s'il est ajouté à un contrat de bonne foi, fût-ce après coup(4), ensuite s'il est ajouté immédiate-

(23) D. *h. t.*, L. 5, § 1, cf. L. 7.

(1) Cf. I. 3, 19, *de inutil. stipul.*, § 19 i. f., I. 3, 20, *de fidejuss.*, § 7, et C. 4, 32, *de usur.*, L. 7 initio.

(2) Cf. ci-dessus T. II, § 83, et note 68, cbn. avec T. III, § 147, 5° i. f., et § 184.

(3) Cf. ci-dessus T. II, § 83, et notes 71, 72 et 74, cbn. avec T. I, § 72, 2° et 4°, et T. III, § 181, I, 2°.

(4) D. *h. t.*, L. 72, pr. « Pacta conventa, quæ postea facta detrahunt aliquid « emptioni, contineri contractui videntur.. ». Cf. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 27, pr.

ment à un contrat de droit strict(5). Il produit de cette manière des effets aussi complets que possible ; il limite de plein droit l'action du

quamvis obligationum causæ pactione possint immutari et ipso jure et per pacti « conventi exceptionem.. ».

(5) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 40. PAULUS *libro III quæstionum.* « Lecta est in « auditorio Æmilii Papiniani præfecti prætorio juris consulti cautio hujusmodi : ' Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Mævio quindecim mutua numerata ' mihi de domo et hæc quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est ' Publius Mævius, spopondi ego Lucius Titius. Si die supra scripta summa ' Publio Mævio eive ad quem ea res pertinebit data soluta satisve eo nomine fac- ' tum non erit, tunc eo amplius, quo post solvam, pœnæ nomine in dies triginta ' inque denarios centenos denarios singulos dari stipulatus est Publius Mævius, ' spopondi ego Lucius Titius. Convenitque inter nos, uti pro Mævio ex summa ' supra scripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ' ei heredive ejus '. Quæsitum est de obligatione usurarum, quoniam numerus « mensium, qui solutioni competebat, transierat. Dicebam, quia pacta in continenti « facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses cer- « tam pecuniam stipulatus, quoad tardius soluta esset, usuras adjecisset: igitur « finito primo mense primæ pensionis usuras currere et similiter post secundum « et tertium tractum usuras non solutæ pecuniæ pensionis crescere nec ante « sortis non solutæ usuras peti posse quam ipsa sors peti potuerat. Pactum autem « quod subjectum est quidam dicebant ad sortis solutionem tantum pertinere, « non etiam ad usurarum, quæ priore parte simpliciter in stipulationem venis- « sent pactumque id tantum ad exceptionem prodesse et ideo non soluta pecunia « statutis pensionibus ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim « esset expressum. Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam « usuræ ex eo tempore, quo moram fecit, accedant, et si, ut ille putabat, ad « exceptionem tantum prodesset pactum (quamvis sententia diversa optinuerit), « tamen usurarum obligatio ipso jure non committetur : non enim in mora est « is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Sed quantitatem, quæ « medio tempore colligitur, stipulamur, cum condicio exstiterit, sicut est in fruc- « tibus : idem et in usuris potest exprimi, ut ad diem non soluta pecunia quo « competit usurarum nomine ex die interpositæ stipulationis præstetur ».

« A l'auditoire d'Æmilius Papinianus, préfet du prétoire (et) jurisconsulte, il fut « donné lecture de la promesse écrite que voici : ' Moi Lucius Titius (je) recon- ' nais par écrit avoir reçu en prêt de Publius Mævius 15(000 deniers), qui m'ont ' été payés de sa caisse; et Publius Mævius a stipulé que ces 15(000 deniers) ' seraient régulièrement restitués en bonne monnaie aux calendes prochaines; ' moi Lucius je l'ai promis. Si, au jour indiqué ci-dessus, la somme n'est pas ' donnée, payée à Publius Mævius ou à celui à qui elle revient, ou bien s'il n'a ' pas été satisfait de ce chef, alors Publius Mævius a stipulé à titre de peine pour ' mon retard un denier sur cent par mois; moi Lucius Titius je l'ai promis. De ' plus, il a été convenu entre nous que sur toute la somme prémentionnée je

créancier; s'il ne procure pas une action au débiteur, c'est que sa nature n'en comporte pas. — Quant aux pactes restrictifs de l'obli-

‘ devrais rendre à Mævius ou à son héritier 300 deniers par mois’. *Quid* de « l'obligation de payer les intérêts, alors que les mois fixés pour le payement (du « capital) se sont écoulés (sans que ce payement ait eu lieu)? Je disais que, les « pactes conclus au moment de la stipulation étant censés faire partie de celle-ci, « la situation était la même que si quelqu'un, après avoir stipulé une somme « d'argent déterminée par mois, avait compris des intérêts (dans la stipulation) « pour le retard qui serait apporté au payement de cette somme; qu'en consé- « quence, à la fin du premier mois les intérêts du premier terme couraient, que de « la même manière après le second et le troisième délai (mensuel) les intérêts du « terme non payé venaient se joindre aux précédents, et que les intérêts du capi- « tal non payé ne pouvaient être réclamés avant que le capital pût l'être. Par « contre, quelques-uns (des assesseurs) disaient que le pacte ajouté (au contrat) « concernait seulement le payement du capital et non pas en outre celui des inté- « rêts, qui avaient été stipulés purement et simplement dans la partie antérieure « (de l'écrit); que ce pacte procurait exclusivement une exception et que partant, « l'argent n'ayant pas été payé aux époques fixées, les intérêts étaient dus à dater « du jour de la stipulatien, comme si on l'avait déclaré expressément. Mais, la « réclamation du capital ayant été différée, il est logique que de leur côté les inté- « rêts s'ajoutent (seulement au capital) à partir du moment où (le débiteur) a été en « retard. D'ailleurs si, comme le pensait cet autre (assesseur), le pacte ne faisait « acquérir qu'une exception (et l'opinion opposée a prévalu), encore (dans ce « système) l'obligation de payer les intérêts n'existerait pas de plein droit; car « (le débiteur) qui, à raison d'une exception (à lui appartenant), ne peut être « (efficacement) poursuivi, n'est pas en retard. Toutefois, nous stipulons (vala- « blement) sous condition une quantité (de choses) qui doivent se former pendant « que la condition est en suspens, par exemple des fruits; on peut faire la même « stipulation quant aux intérêts, c'est-à-dire (stipuler) que si l'argent n'est pas « payé au terme (fixé), les intérêts convenus devront être prestés depuis le « jour de la stipulation ».

La loi 40 est l'une des *septem leges damnatæ*. Entre Publius Mævius et Lucius Titius étaient intervenus simultanément deux stipulations et un pacte. Par la première stipulation Lucius Titius s'était engagé envers Publius Mævius à lui payer le premier du mois suivant 15000 deniers reçus en prêt. Par la seconde stipulation, il avait promis 1 % d'intérêt mensuel, s'il ne remboursait pas le premier du mois prochain. Mais, en vertu du pacte, Lucius Titius avait obtenu la faculté de restituer les 15000 deniers par des payements mensuels de 300 deniers. Le triple arrangement avait été mis par écrit. Lucius Titius resta en défaut de payer les différents termes mensuels. Publius Mævius éleva la prétention qu'il lui était dû un intérêt mensuel de 1 % sur les 15,000 deniers depuis les premières calendes qui avaient suivi le contrat. Lucius Titius soutint qu'il était seulement débiteur de l'intérêt mensuel de 1 % sur les différents termes mensuels de

gation principale et ajoutés après coup à un contrat de droit strict, ils limitent au moins l'obligation par voie d'exception et conduisent ainsi au même résultat pratique(6).

300 deniers, à partir du jour de leur échéance respective. La contestation fut portée devant le tribunal du préfet du prétoire; en ce moment c'était le jurisconsulte Papinien qui remplissait ces fonctions; il avait plusieurs assesseurs et entre autres son émule Paul. Papinien consulta d'abord Paul; celui-ci se prononça en faveur de Lucius Titius. D'autres assesseurs se déclarèrent pour Publius Mævius; Paul leur répliqua. Le célèbre jurisconsulte romain invoque deux arguments. En premier lieu, les pactes ajoutés immédiatement à une stipulation font partie de celle-ci; ce principe est actuellement constant, dit Paul; il a prévalu sur la doctrine opposée. Donc, en vertu du pacte, la première stipulation est modifiée en ce sens que le débiteur ne doit plus rembourser que mensuellement 300 deniers. En ce qui concerne la seconde stipulation, celle relative aux intérêts, les parties ont voulu la modifier également par le pacte, peu importe que dans celui-ci elles n'aient parlé que du capital; en changeant le mode de remboursement du capital, elles ont entendu apporter le même changement au payement des intérêts; la seconde stipulation signifie maintenant que l'intérêt mensuel de 1 % n'est dû que pour chaque terme mensuel de 300 deniers que le débiteur sera en retard de payer (L. 40, v^is^ Dicebam, quia pacta..... pensionis crescere, et v^is^ Pactum autem quod..... accedant). En second lieu, dit Paul, le créancier a stipulé des intérêts à titre de peine pour le retard qui aurait pu être apporté au payement du capital; or de pareils intérêts ne sauraient être dus que dans les limites du retard. Du moins, c'est en ce sens que nous entendons le second argument de Paul; il est impossible de prendre à la lettre sa formule *nec ante sortis non solutæ usuras peti posse quam ipsa sors peti potuerat;* car il est certain qu'un créancier à terme peut, avant l'exigibilité du capital, réclamer le payement des intérêts échus; il a en vue les intérêts de l'espèce dont il s'agit dans la loi, comme il semble le dire plus loin (v^is^ et si, ut ille putabat..... peti non potest). Paul termine par l'observation que les parties sont libres de convenir du contraire, c'est-à-dire de convenir que si le débiteur est en défaut de payer un seul terme, il devra payer les intérêts de tout le capital à dater du jour du contrat; rien ne s'oppose à la stipulation de cette rétroactivité.

La loi 40 reconnaît donc que les pactes ajoutés immédiatement à une stipulation dans l'intérêt du débiteur font partie de la stipulation (*stipulationi inesse creduntur*), qu'ils produisent plus qu'une simple exception (*si, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum* (*quamvis sententia diversa optinuerit*)); elle entend certainement par là consacrer la règle que lesdits pactes diminuent l'obligation de plein droit (arg. D. *h. t.*, L. 72, pr. initio). Cette règle est encore confirmée par le D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 11, § 1 initio, et le D. 2, 14, *de pact.*, L. 4, § 3. Voyez sur la loi 40 GLÜCK, IV, § 311, p. 268-276.

Il est évident que le débiteur peut aussi se prévaloir par voie d'exception du pacte restrictif de l'obligation principale (D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 5 i. f.)

(6) D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 6. Si la convention de droit strict s'est formée

2° Lorsqu'un pacte accessoire *augmente* l'étendue de l'obligation résultant du contrat principal, il n'est civilement obligatoire ou productif d'une action qu'à la double condition d'être ajouté à un contrat de bonne foi(7) et ce immédiatement au moment de la conclusion du contrat(8). Dans ce cas, étant données la nature du contrat principal et sa combinaison immédiate avec celui-ci, le pacte est censé faire partie intégrante du contrat principal et à ce titre il produit la même action, l'*actio venditi*, l'*actio empti*, l'*actio locati*, l'*actio conducti*, l'*actio pro socio*, etc.(9). Souvent aussi l'exécution du contrat accompagné du pacte constitue un contrat réel innomé; par exemple, on convient par le pacte de la restitution éventuelle de la chose qui doit être livrée en vertu du contrat principal, et cette tradition vient à être effectuée. Le contrat innomé qui se forme ainsi, donne lieu à l'action *præscriptis verbis*(10), concurremment avec l'action naissant du contrat principal(11). — Par contre, si le pacte qui étend l'obligation du débiteur, est ajouté soit à un contrat de droit strict, fût-ce sur-le-champ(12), soit à un contrat de bonne foi antérieurement conclu(13), il ne crée aucun lien civil, aucune action,

par le seul consentement, comme dans le cas d'une promesse de donner, le simple pacte libératoire portant sur une partie de la dette éteint même de plein droit cette partie, par application du droit commun sur les conventions libératoires (arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 95, § 4). Cf. ci-après § 227, 1°, et § 229, II initio. — (7) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 5 initio.

(8) L. 7 cit., § 5, vis Sed hoc sic..... erit dicendum; C. 2, 3, *de pact.*, L. 13 initio; C. *h. t.*, L. 8. Cf. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 27 i. f. *Non obstat* D. 11, 7, *de relig.*, L. 11. Si cette loi déclare nul le pacte qui interdit à l'acheteur d'un lieu religeux d'y déposer des dépouilles mortelles, c'est parce que le vendeur n'a aucun intérêt à l'exécution de la clause; il ne peut se créer un intérêt et une action qu'à l'aide d'une stipulation pénale. En ce sens POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 2, 14, *de pact.*, n° 25, et notes *e* et *f*. Cf. GLÜCK, XVI, § 976, I, 1°, p. 56. Contra SCHILLING, III, § 331, note c.

(9) D. *h. t.*, L. 6, § 1, L. 75, L. 79; C. *h. t.*, L. 2.

(10) D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 12; D. 18, 5, *de rescind. vendit.*, L. 6; C. *h. t.*, L. 2. — (11) Voyez les deux dernières lois de la précédente note.

(12) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 11, § 1 i. f.; D. 2, 14, *de pact.*, L. 17, pr., cf. L. 7, § 5.

(13) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 5, vis Quin immo..... erit dicendum; D. *h. t.*, L. 72, pr., vis Pacta conventa..... præstetur; C. 2, 3, *de pact.*, L. 13 i. f. Cf. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 27.

Non obstat C. 2, 3, *de pact.*, L. 27. Cette loi déclare valable non pas un pacte

mais seulement une obligation naturelle et une exception. Alors, à raison de la nature stricte du contrat principal ou bien à cause de l'intervalle qui le sépare du pacte, celui-ci est considéré comme une convention indépendante du contrat principal; l'action de ce contrat se trouve ainsi exclue et par lui-même le pacte est impuissant à produire une action(14). Mais il est évident que si le pacte ne peut valoir civilement comme un accessoire du contrat, il est susceptible de valoir soit comme un nouveau contrat consensuel, soit comme un nouveau pacte légitime ou prétorien. Il suffit pour cela qu'il modifie un élément essentiel de la convention primitive; il réunit alors toutes les conditions d'un nouveau contrat consensuel ou d'un nouveau pacte légitime ou prétorien, fondé sur un nouveau consentement des parties. Par exemple, A vend à B un bien rural sans l'*instrumentum fundi*, pour une somme de 20,000. Après coup, A et B concluent un nouvel arrangement aux termes duquel la vente comprendra le bien rural avec l'*instrumentum* pour un prix de 25,000; il y a vente nouvelle de l'immeuble avec l'*instrumentum* à raison d'un prix de 25,000 (15).

joint à une stipulation, mais une stipulation dont on avait revêtu un pacte antérieur ou immédiatement postérieur.

(14) Voyez cependant ci-dessus T. II, § 83, III, 1°, et note 68. Dans tous les cas, le pacte subséquent produit une exception (D. *h. t.*, L. 72, pr., vis Sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis agente venditore; D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 6).

(15) D. *h. t.*, L. 72, pr., vis An idem dici possit....., cbn. avec le commencement du passage; D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 6, vis Si igitur in totum..... dici potest; L. 27, § 2, vis An idem dici possit..... A notre avis, cette règle n'est pas subordonnée à la condition que l'ancien contrat consensuel (ou bien pacte légitime ou confirmé) n'ait encore reçu aucune exécution; l'exécution totale ou partielle de l'ancien contrat consensuel n'exclut en aucune façon la formation régulière du nouveau. Seulement, si l'ancien contrat consensuel a été exécuté en tout ou en partie et que les contractants n'aient pas rétabli l'état de choses antérieur, la convention relative à sa résiliation ne créera qu'une obligation naturelle de restituer les prestations reçues en vertu de l'ancien contrat. C'est en ce sens que doivent être compris le D. *h. t.*, L. 72, pr., vis citis, et le D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 6, vis citis. Cf. ci-après § 227, 1°.

En vertu d'une disposition exceptionnelle, les pactes concernant la garantie du chef des vices et des qualités de la chose vendue valent comme clauses accessoires de la vente et donnent lieu à l'*actio empti*, alors même qu'ils sont antérieurs ou

II. Les pactes accessoires varient à l'infini. Les principaux sont le pacte de réserve d'offres meilleures (§ 186), le pacte commissoire (§ 187), le pacte de rachat (§ 188), le pacte de préférence (§ 189), le *pactum de retroemendo* (§ 189[a]), le pacte de désistement (§ 189[b]), le pacte de réserve de propriété ou d'hypothèque (§ 189[c]) et le *pactum de non alienando* (§ 189[d])(16). Une mention spéciale est due au pacte commissoire; il avait une importance capitale à Rome par suite du principe que, dans les conventions synallagmatiques, l'inexécution des obligations du cocontractant n'est pas une cause générale de résiliation de la convention(17); le pacte commissoire servait à stipuler cette faculté de résilier qui n'existait pas de plein droit. D'un autre côté, les pactes accessoires peuvent être ajoutés à des contrats quelconques, pour autant que leur nature s'y prête. Signalons cependant la prohibition du pacte commissoire à l'occasion de la convention d'hypothèque; le créancier hypothécaire n'est pas admis à stipuler que s'il n'est pas payé à l'échéance, il pourra, en acquit de sa créance, réclamer la propriété de la chose hypothéquée. Si cette stipulation avait été reconnue, le débiteur aurait souvent été dépouillé de sa chose d'une façon imprévue et à vil prix; en effet, il souscrit au pacte commissoire sans y ajouter beaucoup d'importance, convaincu qu'il est de pouvoir se libérer à l'échéance, et la chose hypothéquée vaut régulièrement plus que le montant de la dette(18). Dans l'examen des principaux pactes accessoires, nous les supposerons ajoutés à la vente; notre exposé gagnera ainsi en clarté. On l'étendra par analogie aux contrats autres que la vente, si leur nature ne s'y oppose point.

postérieurs à la vente (D. 2, 14, *de pact.*, L. 31; D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 19, § 6, L. 20; C. 4, 58, *de ædil. act.*, L. 3, § 1 (L. 3, Kriegel)).

(16) Rappelons encore les pactes relatifs à la garantie du chef d'éviction, des vices et des qualités de la chose qui fait l'objet d'un contrat (cf. ci-dessus T. II, § 105, II, B initio cbn. avec A, et § 107, II, 2° cbn. avec 1°), ainsi que la vente à l'essai ou sous condition de dégustation. — (17) Cf. ci-dessus T. II, § 104.

(18) C. 8, 34 (35, Kriegel), *de pact. pignor. et de commiss. lege in pignor. rescind.*, L. 3.

§ 186. *Du pacte de réserve d'offres meilleures.*

D. 18, 2, *de in diem addictione.*

Nous croyons pouvoir appeler ' pacte de réserve d'offres meilleures ' la convention connue sous le nom de *in diem addictio*(1); c'est la clause par laquelle le vendeur se réserve la faculté de considérer la vente comme non avenue, si un tiers lui fait des offres plus avantageuses(2). Le nom de *in diem addictio* est dû à la circonstance que le pacte dont il s'agit est presque toujours limité par la fixation d'un délai(3); à défaut d'un pareil délai, nos sources recourent pour la désignation du pacte à une circonlocution(4); car à vrai dire il n'y a pas *in diem addictio*(5). La vente avec réserve d'offres meilleures est conclue sous condition suspensive ou sous condition résolutoire; tout dépend du contrat(6). Mais, dans le doute, on doit admettre une condition résolutoire; celle-ci déroge le moins au droit commun des conventions(7).

I. L'accomplissement de la condition contenue dans le pacte exige la réunion des conditions suivantes :

1° Il faut qu'un tiers fasse au vendeur des offres meilleures(8). La nature de l'avantage contenu dans les nouvelles offres est indifférente(9); l'avantage peut résulter de ce que le nouvel amateur offre soit un prix plus élevé(10), soit un payement à une époque plus rapprochée(11), à un endroit plus favorable au vendeur(12) ou

(1) Les interprètes du droit romain se servent presque tous de cette expression sans la traduire; FEUST et SINTENIS, dans la traduction allemande du *Corpus juris*, rendent les mots *in diem addictio* par *Vorbehalt des bessern Gebots.* Cf. SINTENIS, II, § 101, I, 2°. — (2) Cf. D. *h. t.*, L. 1. — (3) D. *h. t.*, L. 1, L. 15, pr.

(4) D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 41, pr., vis ut, si alius meliorem condicionem attu- « lerit, recedatur ab emptione.. », cbn. avec le surplus du passage.

(5) MÜHLENBRUCH, II, § 403, et note 1. — SCHILLING, III, § 332, et note d. — MAYNZ, II, § 249, 4°, et note 27. — NAMUR (J.), cité, p. 42. — Cf. GLÜCK XVI, § 1003, p. 257-258, et MOLITOR, cité, I, n° 507. — (6) D. *h. t.*, L. 2, pr.

(7) D. 41, 4, *pro emptore*, L. 2, § 4. Cf. ci-dessus T. II, § 97, I, C.

(8) D. *h. t.*, L. 4, § 5, vis Sed et si..... — (9) D. *h. t.*, L. 5.

(10) D. *h. t.*, L. 4, § 6 initio.

(11) L. 4 cit., § 6, vis Sed et si..... adferri videtur.

(12) L. 4 cit., § 6, vis Præterea si..... scribit.

avec des garanties plus fortes(13) ; ou bien encore le nouvel amateur renonce à certaines choses comprises dans la première vente ou à des charges que cette vente imposait au vendeur(14). A raison de ces avantages indépendants du montant du prix, la seconde offre peut l'emporter sur la première, bien que celle-ci consiste en une somme plus élevée(15), et, en sens inverse, la seconde offre qui consiste en une somme plus élevée, peut ne pas être meilleure, parce que cet excédent de prix trouve sa compensation dans des avantages que la première offre contient sous d'autres rapports(16). Il importe donc, pour déterminer la meilleure offre, de rechercher avec soin toutes les différences qui séparent les deux offres et d'estimer ces différences. Il faut au reste que le second acheteur soit sérieux; des offres non sérieuses ne sont pas des offres véritables(17). Mais on n'a égard ni à l'insolvabilité(18), ni à l'incapacité(19) du second

(13) fût-ce à raison de la seule solvabilité (D. *h. t.*, L. 4, § 6, vis Idem ait..... allatam). — (14) L. 4 cit., § 6, vis Proinde si..... videbitur.

(15) L. 4 cit., § 6, vis Ergo idem.....

(16) D. *h. t.*, L. 15, § 1, où il faut évidemment lire après *allata non sit : si* NON *minoris sint*, au lieu de *si minoris sint*. La Vulgate lit : *si minoris non sit res*. Cf. MOMMSEN, *Corpus juris ad h. l.* Voyez encore le D. *h. t.*, L. 19.

Mais le vendeur n'a pas le droit de porter en compte le profit qu'il retirerait de la résiliation du premier marché, entre autres les fruits à restituer par le premier acheteur si ces fruits sont supérieurs aux intérêts du prix à restituer par le vendeur. Cette circonstance ne rend pas la première offre moins bonne et le vendeur ne peut se désister du contrat que si elle est moins bonne que la seconde. Ce n'est qu'après ce désistement qu'il a droit aux avantages résultant de la résiliation de la vente (D. *h. t.*, L. 14, § 5).

Si le vendeur vend une seconde fois la chose à un tiers, dont l'offre n'est en réalité pas meilleure, la première vente demeure debout, et, comme la seconde est aussi valable, le vendeur est tenu pour le tout envers les deux acheteurs (D. *h. t.*, L. 14, pr.).

(17) D. *h. t.*, L. 4, § 5 initio, L. 6, pr. initio. C'est à l'acheteur d'établir le caractère non sérieux des secondes offres.

Par contre, si l'acheteur provoque frauduleusement des offres meilleures de la part d'un insolvable et que le vendeur les accepte, la première vente est résiliée (D. *h. t.*, L. 14, § 1 initio), sauf que, à raison du dol dont il a été victime, le vendeur a l'*actio venditi* en dommages et intérêts contre le premier acheteur (L. 14, § 1 i. f., cit.).

(18) D. *h. t.*, L. 14, § 2.

(19) D. *h. t.*, L. 14, § 3, vis Sed et si..... servo alieno, et vis Quod si.....

acheteur; ces circonstances n'excluent pas les offres meilleures(20).

2° Il faut que le vendeur accepte les offres meilleures; il est libre de ne pas en profiter; la clause est faite exclusivement dans son intérêt et chacun peut renoncer à un droit établi en sa faveur(21). De plus, le vendeur doit accepter les offres meilleures purement et simplement; s'il les accepte sous condition, et notamment avec une réserve nouvelle d'offres meilleures, la première vente n'est pas résiliée; des offres conditionnelles ne sont pas des offres véritables(22).

3° Le vendeur doit user de son droit de résilier la vente dans le délai convenu(23). A défaut d'un pareil délai, il a trente ans à partir de l'acceptation des offres meilleures du tiers; alors seulement sont prescrites les actions par lesquelles il fait valoir son droit de résiliation(24).

(20) Voyez cependant le D. *h. t.*, L. 14, § 3, vis aliter atque si..... casibus.

(21) D. *h. t.*, L. 9 initio, L. 10. Donc la résiliation est impossible si le vendeur décède sans avoir un héritier dans le délai fixé pour l'exercice du pacte (D. *h. t.*, L. 15, pr.). Il va de soi que les parties peuvent convenir que le seul fait des offres meilleures entraînera la résiliation de la vente, si l'acheteur demande à s'en désister (D. *h. t.*, L. 9 i. f.).

(22) D. *h. t.*, L. 11, pr. En ce sens GLÜCK, XVI, § 1003, p. 255-257, et SCHILLING, III, § 332, note b. Cf. MOLITOR, cité, I, n° 506.

La règle énoncée cesse si le contrat de vente attribue spécialement au vendeur le droit de résilier le marché en acceptant de meilleures offres sous condition (D. *h. t.*, L. 11, pr.). La vente est aussi évidemment résiliée par une seconde conclue sous la condition ' si le premier acheteur n'use pas de son droit de préférence '. La prudence commande même au vendeur de conclure la seconde vente de cette manière; autrement, si le premier acheteur usait de son droit de préférence, le vendeur serait à la fois lié envers lui et envers le second acheteur pur et simple.

(23) D. *h. t.*, L. 15, pr.

(24) Arg. C. 7, 39, *de præscr. XXX v. XL ann.*, L. 7, § 4 (§ 4 initio, Kriegel). Il faut même, pour faire courir la prescription, que le vendeur ait notifié les offres du tiers à l'acheteur, que ce dernier ait renoncé à son droit de préférence (cf. ci-après le n° II et la note 26 du présent paragraphe) et que la chose ait été livrée à l'acheteur; car jusque-là l'action en restitution de la chose n'est pas née. Cette doctrine est sévère pour l'acheteur. Mais il dépend de lui de stipuler que le vendeur devra user de son droit dans un certain délai, comme c'était l'usage constant à Rome; en s'abstenant de le faire, il accorde au vendeur la faculté de résilier d'une manière indéfinie, sauf la prescription trentenaire de ses actions; or cette prescription ne saurait avoir que le point de départ indiqué. GLÜCK XVI, § 1003, p. 257-258, et SCHILLING, III, § 332, et note ee, font courir la prescription à partir de l'acceptation des offres du tiers, MOLITOR, cité, I, n° 507, à dater de leur notification à l'achetenr primitif.

II. Moyennant le concours de ces conditions, la vente est résiliée. Toutefois, elle ne l'est pas nécessairement au profit du tiers auteur des offres meilleures. Le premier acheteur jouit d'un droit de préférence vis-à-vis du tiers ; il a la faculté de se substituer à lui en faisant les mêmes offres(25). Ce système est rationnel; le vendeur ne peut résilier le contrat qu'à raison des offres meilleures d'un tiers; or ces offres meilleures n'existent plus si le premier acheteur présente des conditions également avantageuses(26). Mais, en supposant que l'acheteur primitif use de son droit de préférence, la vente n'en est pas moins résiliée avec les effets ordinaires et une nouvelle vente se forme entre parties(27). Quant aux effets de la vente avec réserve d'offres meilleures, ce sont en tous points ceux d'un contrat quelconque accompagné d'une condition suspensive ou d'une condition résolutoire, selon que la réserve implique l'une ou l'autre de ces conditions(28); nous nous référons donc à la théorie des conditions(29).

III. *Quid* s'il y a plusieurs vendeurs ou acheteurs ou bien plusieurs héritiers d'un vendeur ou d'un acheteur unique? Il faut distinguer :

1° Lorsque plusieurs ont vendu la même chose chacun pour le

(25) D. *h. t.*, L. 7; D. 4, 4, *de minor.*, L. 35 i. f. cbn. avec l'initium.

(26) Le vendeur doit notifier les offres meilleures au premier acheteur, pour lui permettre d'exercer son droit de préférence (D. *h. t.*, L. 8); l'acheteur dispose à cette fin d'un délai convenable. Voyez encore le D. 4, 4, *de minor.*, L. 35.

(27) sauf bien entendu convention contraire (D. *h. t.*, L. 6, § 1. « Si quis extite-
« rit, qui meliorem condicionem adferat, deinde prior emptor adversus eum lici-
« tatus sit et penes eum emptio remanserit, dubitari poterit, utrum fructus ipse
« habeat, quasi nulla meliore condicione allata, *an vero venditoris sint, licet eadem*
« *sit persona, quæ meliorem condicionem attulit. Quod ratio facere videtur* : intererit
« tamen quid acti sit : et ita Pomponius scribit »; D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 50, v^is^ Plane si..... condicio allata est. *Non obstat* D. *h. t.*, L. 14, § 5; cf. ci-dessus note 16 du présent paragraphe.

En théorie, le motif décisif en faveur de ce système est que le premier acheteur ne peut écarter son concurrent qu'en faisant les mêmes offres; dès lors il doit, comme son concurrent, proposer un nouveau marché au vendeur. Voyez sur la question NAMUR (J.), cité, p. 52-54.

(28) D. *h. t.*, L. 2, § 1, L. 3, L. 4, pr., § 1-4, L. 6, L. 14, § 4, L. 16, L. 20.

(29) T. II, § 97, IV.

tout, la vente n'est résiliée que si tous les vendeurs acceptent les offres meilleures; si l'un d'eux les refuse, la vente est maintenue pour le tout(30). En effet, elle a un caractère d'indivisibilité; elle doit être complètement résiliée ou bien rester complètement debout. Le cas ressemble à celui où un vendeur unique voudrait résilier le contrat pour une partie de la chose vendue(31). On suit une règle analogue lorsque plusieurs ont acheté une chose chacun pour le tout et lorsqu'un vendeur unique décède en laissant plusieurs héritiers; ici encore il n'y a qu'une seule et même vente.

2° Mais lorsque plusieurs ont vendu une chose chacun pour une partie seulement, chaque vendeur a le droit de résilier le contrat pour sa part et portion; car il existe autant de ventes propres et indépendantes qu'il y a de vendeurs(32). Une règle similaire doit être observée dans le cas où plusieurs ont acheté une chose chacun pour une partie et dans celui où un acheteur unique décède en laissant plusieurs héritiers; car chaque acheteur ou héritier de l'acheteur n'a qu'un intérêt partiel dans la vente.

Quelle que soit la manière dont la vente a été conclue par plusieurs vendeurs, chacun d'eux a le droit de résilier la vente pour le tout, en faisant lui-même des offres meilleures pour la chose entière. En effet, par rapport aux parts de ses covendeurs, chacun fait valablement des offres meilleures comme un tiers quelconque, et, par voie de conséquence, il reprend aussi sa propre part(33). De même, dans le cas d'une pluralité d'acheteurs, chacun de ceux-ci

(30) D. *h. t.*, L. 13, pr. initio. Le texte suppose une vente faite par plusieurs pour un prix unique; cette unité de prix signifie que chacun avait vendu la chose pour le tout (arg. D. *h. t.*, L. 11, § 1 i. f., L. 12). — (31) D. *h. t.*, L. 13, pr. initio.

(32) D. *h. t.*, L. 11, § 1, L. 12. Ces passages parlent d'une vente que plusieurs font de leurs parts respectives dans une chose et pour des prix distincts (*si variis pretiis partes suas distraxerunt*); si plusieurs vendent leurs parts respectives dans une chose, les prix de vente sont toujours distincts, alors même que le contrat se borne à fixer un prix global.

Il est loisible à l'acheteur de stipuler que la vente ne tiendra que si elle tient pour la chose entière, de telle façon que si l'un des vendeurs use de son droit de résiliation, l'acheteur pourra se désister de la vente à l'égard de tous (D. *h. t.*, L. 13, pr. i. f.).

(33) Comme on n'achète pas sa propre chose, il reprend sa part plutôt comme

peut résilier la vente pour le tout, en faisant des offres meilleures pour la chose entière (34).

IV. *Quid* encore si plusieurs choses ont été vendues par une personne à une autre avec réserve d'offres meilleures?

1° Lorsque les différentes choses ont été vendues par un contrat unique, il est clair que, celui-ci étant indivisible, le vendeur ne peut le résilier que pour le tout (35).

2° Au contraire, dans l'hypothèse de contrats distincts, le vendeur est libre de résilier séparément l'un d'eux (36). Mais cette résiliation suppose que des offres meilleures soient constantes par rapport à la vente spéciale qu'il s'agit de résilier; il ne suffit pas qu'un tiers offre, pour l'ensemble des objets vendus, un prix global supérieur au total des prix de vente (37).

vendeur que comme acheteur, du moins si la propriété n'a pas été transférée à l'acheteur. Cf. D. *h. t.*, L. 13, § 1. « Verum est autem vel unum ex venditoribus « posse meliorem adferre condicionem : emere enim cum tota re etiam nostram « partem possumus »; ce que le texte dit de l'achat de la part propre du vendeur doit être entendu dans le sens indiqué.

(34) D. *h. t.*, L. 18. « Cum in diem duobus sociis fundus sit addictus, uno ex his « pretium adjiciente etiam pro ipsius parte a priore venditione discedi rectius « existimatur ». — (35) Arg. D. *h. t.*, L. 13, pr. initio.

(36) à moins que les parties n'en aient disposé autrement. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 4, § 2.

(37) Arg. D. *h. t.*, L. 17 i. f. cbn. avec le surplus de la loi. Si un tiers offre pour l'une des choses le même prix et pour l'autre un prix plus élevé, la vente de cette dernière chose peut seule être résiliée; s'il offre un prix supérieur pour chaque chose, les deux ventes peuvent être résiliées (arg. L. 17 cit., vis Cum duo servi..... pertinebit).

On suivra les mêmes règles si quelqu'un vend une chose avec réserve d'offres meilleures et qu'en vertu d'un second contrat une autre chose soit vendue avec la même réserve soit par une autre, soit à une autre personne (D. *h. t.*, L. 17).

§ 187. *Du pacte commissoire.*

D. 18, 3, *de lege commissoria.*

ALBERT (C.), *Ueber den commissorischen Vertrag im Allgemeinen und insbesondere bei Zeitpachtcontracten über Landgüter*, Halle, 1822.

Le pacte commissoire (*lex commissoria*(1)) est la clause par laquelle le vendeur ou l'acheteur se réserve la faculté de considérer la vente comme non avenue, si la partie adverse n'exécute pas ses obligations(2). Le plus souvent, c'est le vendeur qui stipule la résiliation du contrat, pour le cas où l'acheteur serait en défaut de payer le prix(3). Nous nous attacherons à cette forme du pacte commissoire; ce que nous en dirons convient aussi au pacte qui a lieu dans l'intérêt de l'acheteur(4). Comme le pacte de réserve d'offres meilleures(5), le pacte commissoire implique, selon la volonté des parties, une condition suspensive ou bien une condition résolutoire(6) et dans le doute une condition résolutoire(7).

(1) D. *h. t.*, rubrique, de *committere*, encourir une peine (DIRKSEN, *Manuale latinitatis*, v° *Commitere*, § 5). On appelle encore le pacte commissoire simplement *commissoria* (D. *h. t.*, L. 4, § 2, 3 initio et 4 initio, L. 6, § 2 i. f.). Cf. C. *h. t.*, L. 4 initio. — (2) D. *h. t.*, L. 2 initio, L. 4, pr. initio, L. 5 initio.

(3) Cf. D. *h. t.*, L. 2-8. Le pacte commissoire peut aussi intervenir dans l'intérêt de l'acheteur; celui-ci peut stipuler la résiliation du contrat pour le cas de non-livraison de la chose. La circonstance que nos sources ne mentionnent pas cette application du pacte commissoire, ne prouve pas qu'elle fût inconnue des Romains. En ce sens MOLITOR, cité, I, n° 509 initio, MAYNZ, II, § 249, 3° initio, et NAMUR (J.), cité, p. 57 i. f. Contra SCHILLING, III, § 333, note g i. f. Cf. GLÜCK, XVI, § 1006, et note 67.

(4) A Rome le vendeur avait l'habitude d'ajouter au pacte commissoire la clause que si, après la résiliation de la vente, il vendait la même chose à une autre personne et pour un prix moindre, le premier acheteur lui payerait la différence (D. *h. t.*, L. 4, § 3; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 6, § 1 initio; *Vatic. fragm.* 14 initio). Mentionnons encore la possibilité d'une dation d'arrhes de la part de l'acheteur (D. *h. t.*, L. 6, pr. i. f.; C. *h. t.*, L. 1); fréquemment l'arrhe était une somme d'argent (D. *h. t.*, L. 8 initio). — (5) Cf. ci-dessus T. III, § 186 initio.

(6) D. *h. t.*, L. 1; D. 41, 4, *pro empt.*, L. 2, § 3. On a contesté que le pacte commissoire pût renfermer une condition suspensive, mais sans aucun fondement. Voyez en notre sens GLÜCK, XVI, § 1006, p. 272-275, MAYNZ, II, § 249, 3° initio, et NAMUR (J.), cité, p. 58-60. Contra LAUTERBACH, *Colleg. th. pr. Pand.*, 18, 3, *de lege commissoria*, § 4. Cf. MOLITOR, cité, I, n° 511; cet auteur semble admettre que le pacte commissoire sous condition suspensive, tout en étant possible, était inconnu à Rome. — (7) D. *h. t.*, L. 1; D. 41, 4, *pro empt.*, L. 2, § 3.

1° La condition du pacte commissoire est réalisée de la même manière que la peine est encourue dans le cas d'une clause pénale(8); car en réalité le pacte commissoire est une clause pénale; le vendeur y stipule que, si l'acheteur n'exécute pas son obligation de payer le prix, la vente sera résiliée à titre de peine pour l'acheteur(9). En conséquence si, comme il arrive d'habitude(10), le prix de vente est payable à terme, la vente est sujette à résiliation par cela seul que le délai convenu est expiré, sans que le prix ait été payé; une sommation de payer est inutile(11). Si le prix est immédiatement payable(12), le vendeur peut résilier le contrat dès que l'acheteur est en faute quant au payement du prix, en d'autres termes, du moment qu'il a été en son pouvoir de payer et qu'il n'a pas payé; ici encore il n'a pas besoin d'avoir été sommé(13).

(8) Cf. ci-dessus T. I, § 26.

(9) Déjà le mot *committere* fait allusion à ce caractère pénal de notre pacte (note 1 du présent paragraphe).

(10) D. *h. t.*, L. 2 initio, L. 4, pr. initio, L. 5 initio, L. 6, § 2 initio, L. 7 initio, L. 8 initio; C. *h. t.*, L. 1 initio, L. 3 initio, L. 4.

(11) D. *h. t.*, L. 4, § 4. « Marcellus libro vicensimo dubitat, commissoria utrum « tunc locum habet, si interpellatus non solvat, an vero si non optulerit. Et « magis arbitror offere eum debere, si vult se legis commissoriæ potestate sol- « vere.. ». La sommation de payer le prix impliquerait même une renonciation au pacte commissoire; cf. ci-après le n° 2.

L'acheteur ne peut éviter la résiliation en offrant tardivement de payer le prix, alors même que le vendeur n'aurait pas encore déclaré opter pour la résiliation (D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 23 i. f. cbn. avee les mots De illo sane..... rectius dicitur; arg. D. 4, 8, *de recept.*, L. 23, pr. initio. *Non obstat* D. *h. t.*, L. 4, § 2). En ce sens GLÜCK, XVI, § 1011, p. 301-304, MOLITOR, cité, I, n° 513, SCHILLING, III, p. 333, note s, et NAMUR (J.), cité, p. 64-65.

(12) Il est étrange qu'on ait considéré un délai comme étant de l'essence du pacte commissoire, de telle façon que celui-ci serait nul à défaut du délai; cf. SCHILLING, III, § 333, et notes g i. f. et p. Voyez en notre faveur GLÜCK, XVI, § 1007, I initio, et MOLITOR, cité, I, n° 512 i. f.

(13) Les textes sont muets sur la question. Les auteurs exigent une sommation (GLÜCK, XVI, § 1007, n° I. — SCHILLING, III, § 333, note p. — MOLITOR, cité, I, n° 512 i. f. — NAMUR (J.), cité, p. 60 et 62) et en outre accordent souvent à l'acheteur, pour le payement du prix après cette sommation, un délai de deux mois (arg. D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 31, § 22, et D. 4, 4, *de minor.*, L. 38, pr. initio) ou un autre délai à fixer équitablement par le juge (GLÜCK et MOLITOR. Cf. NAMUR).

2° Lorsque la résiliation de la vente a été encourue, le vendeur a l'option entre deux partis. Il peut d'abord réclamer cette résiliation, conformément au pacte commissoire(14). Il peut aussi, s'il le préfère, demander encore l'exécution du contrat de vente; le pacte commissoire étant intervenu dans son intérêt exclusif, il lui est permis de renoncer à son bénéfice(15). Mais, après avoir pris l'un de ces partis, il ne peut revenir à l'autre; les deux partis qui lui sont ouverts, conduisant à des résultats tout à fait opposés, s'il recourt à l'un, il renonce virtuellement à l'autre. Ainsi, une fois qu'il a invoqué la résiliation de la vente, il n'est plus autorisé à en poursuivre l'exécution(16). Réciproquement, s'il a opté pour cette exécution, en réclamant le payement du prix ou des intérêts(17) ou même en acceptant le payement soit d'une partie du prix, soit des intérêts(18), il est déchu du droit de réclamer la résiliation de la vente. En ce qui concerne les effets de la vente, ce sont ceux de tout autre contrat conclu avec une condition suspensive ou avec une condition résolutoire(19).

Maynz, II, § 249, note 16, cbn. avec § 258, et note 11, nous semble favorable.

Comme dans le cas d'une clause pénale proprement dite (ci-dessus T. I, § 26, 2° i. f.), l'acheteur a, jusqu'à la *litis contestatio*, la faculté de maintenir la vente en s'acquittant du prix (Maynz, II, § 249, note 16).

Qu'un délai ait été convenu ou non pour le payement du prix, la vente échappe à la résiliation si le non-payement du prix n'est pas imputable à l'acheteur (D. *h. t.*, L. 4, § 4 i. f.; D, 44, 7, *de O. et A.*, L. 23 i. f. cbn. avec le surplus de la loi) et à plus forte raison s'il est imputable au vendeur (D. *h. t.*, L. 8; D. 18, 5, *de rescind. vendit.*, L. 10, § 1). Cf. D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 51, § 1.

(14) D. *h. t.*, L. 4, § 2 initio.

(15) *Vatic. fragm.* 3; D. *h. t.*, L. 2, L. 3, L. 4, § 2; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 6, § 1 i. f. — (16) D. *h. t.*, L. 4, § 2 i. f. Cf. *Vatic. fragm.* 4.

(17) *Vatic. fragm.* 3 i. f.; D. *h. t.*, L. 7; C. *h. t.*, L. 4.

(18) D. *h. t.*, L. 6, § 2; arg. C. *h. t.*, L. 4.

(19) D. *h. t.*, L. 4, pr., L. 5, L. 6, § 1; *Vatic. fragm.* 14. Cf. ci-dessus T. II, § 97, IV. Si une dation d'arrhes a été faite à l'occasion du contrat, cette dation produira ses effets ordinaires; l'acheteur qui a donné des arrhes, les perdra par suite de la résiliation de la vente (D. *h. t.*, L. 6, pr.; C. *h. t.*, L. 1), donc il perdra aussi la partie du prix qu'il a payé à titre d'arrhes. D'un autre côté, il perdra la partie du prix qu'il a payée indépendamment d'une dation d'arrhes, s'il en a été ainsi convenu (cf. *Vatic. fragm.* 11, et D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 26). Dans ces deux cas où l'acheteur perd une partie du prix, il a lé droit de garder les fruits de la

§ 188. *Du pacte de rachat.*

Le pacte de rachat ou de réméré, que les modernes appellent *pactum de retrovendendo*, est la clause par laquelle le vendeur se réserve la faculté de racheter la chose[1]. Considérée en elle-même, cette convention est une promesse unilatérale de vendre (*pactum de vendendo*) faite par l'acheteur originaire au profit du vendeur et

chose (D. *h. t.*, L. 4, § 1); c'est une disposition d'équité; dès lors l'acheteur ne peut garder les fruits que s'ils ont moins de valeur que l'acompte sur le prix. Abstraction faite des deux espèces prémentionnées, l'acheteur a droit à la restitution de ses acomptes sur le prix. Le vendeur qui résilie le contrat par sa libre volonté, n'a absolument aucun titre pour retenir ces acomptes (arg. C. *h. t.*, L. 6). *Non obstat* D. *h. t.*, L. 4, § 1, L. 6, pr. De la loi 4, § 1, il résulte seulement que l'acheteur profite des fruits de la chose lorsqu'il perd ses acomptes sur le prix. Quand les perd-il? Le jurisconsulte ne le dit point; on ne peut conclure de son silence qu'il les perd toujours; à notre avis, il ne les perd que s'il les a payés à titre d'arrhes ou bien s'il a été convenu qu'il les perdrait en encourant la résiliation du contrat. D'après la loi 6, pr., l'acheteur qui encourt cette résiliation, perd ce qu'il a donné *arræ vel alio nomine;* nous entendons les mots *alio nomine* en ce sens que, en dehors d'une dation d'arrhes, l'acheteur perd encore ses acomptes sur le prix s'il en a été ainsi convenu; en définitive, c'est aussi à raison d'une convention qu'il perd les arrhes. Les *Basiliques* XIX, 3, c. 4 (HEIMBACH, II, p. 273) nous sont contraires; mais le livre 19 des Basiliques manque d'authenticité. Voyez en notre sens GLÜCK, XVI, § 1009, p. 289-294, UNTERHOLZNER, cité, II, § 451, 2°, et note g, THIBAUT, *System* I, § 548, 4° initio, et BRAUN, *Erörterungen zu Thibaut*, § 959, MÜHLENBRUCH, II, § 404 i. f., MAYNZ, II, § 349, 3°, et note 20, et NAMUR (J.), cité, p. 68-72. Contra SCHILLING, III, § 333, et note o, et MOLITOR, cité, I, n° 510. Cf. MADIHN, *Dissertatio de effectu legis commissoriæ parte prelii soluta*, § 8, Halle, 1755.

Le vendeur doit-il en outre payer les intérêts des acomptes sur le prix? La négative est préférable, s'il n'y a eu ni convention spéciale à cet égard, ni demeure du vendeur. Il est vrai que le contrat est résilié et que l'acheteur doit restituer les fruits de la chose (D. *h. t.*, L. 4, pr., L. 5). Mais le contrat est résilié par le fait de l'acheteur et généralement peu de temps après le payement de l'acompte; le vendeur n'a pas eu les moyens de retirer des intérêts de l'acompte. Pour : GLÜCK, XVI, § 1009, p. 294, et NAMUR (J.), cité, p. 72. Contra UNTERHOLZNER, cité, II, § 451, 2°, et note h.

Rappelons encore la clause particulière dont il a été question à la note 4 initio du présent paragraphe.

(1) Cf. D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 12, C. *h. t.*, L. 2, L. 7, et C. 5, 72, *quando decreto opus non est*, L. 1.

subordonnée à la condition ' si le vendeur veut acheter '(2). En vertu de cette convention, le vendeur n'est obligé en aucune façon; il lui est libre de ne pas acheter, car il n'a pas pris l'engagement à cet égard; mais l'acheteur est aussitôt obligé conditionnellement, à savoir si le vendeur veut acheter. Lorsque le vendeur déclare effectivement qu'il entend user de son droit, la convention change de caractère; elle se convertit en une vente ordinaire; les parties sont d'accord sur la vente nouvelle; l'acheteur avait déjà, lors de la promesse, manifesté sa volonté de vendre et le vendeur vient de faire connaître sa volonté d'acheter(3). Le droit romain envisage cette nouvelle vente comme un accessoire de l'ancienne, parce qu'elle résulte d'un pacte accessoire ajouté à la vente primitive. Le vendeur originaire obtient ainsi l'*actio venditi* et l'acheteur originaire l'*actio empti*(4), sans préjudice de l'action *præscriptis verbis*, qui appartient au vendeur du chef de la tradition de la chose en vue de sa restitution éventuelle(5). En général, le pacte de réméré n'a pas pour effet de donner à la vente le caractère d'une vente conclue avec une condition résolutoire(6); le contrat reste absolument pur et simple; car la volonté des parties n'est pas de résoudre éventuellement la première vente, mais bien d'en conclure une nouvelle sous condition. Cependant, il se peut que le pacte de rachat ait été ajouté à la vente sous la forme d'une condition résolutoire; par exemple il a été convenu que, si le vendeur le voulait, la vente serait considérée comme non avenue (*ut res inempta esset*)(7). Cela suppose que le prix de rachat soit le même que celui de la première

(2) Cf. ci-dessus T. II, § 92, II, 3° i. f.

(3) Cf. ci-dessus T. II, § 92, II, 3° i. f., et § 97, II, 2°, *b*, p. 179-181.

(4) C. *h. t.*, L. 2. On aurait pu considérer le pacte de rachat comme une vente nouvelle et attribuer au vendeur primitif l'*actio empti* et à l'acheteur l'*actio venditi*, ce point de vue n'est pas même repoussé par le droit romain. Il y a plus : si le pacte de rachat a été ajouté après coup à la vente, l'idée d'une vente nouvelle est seule admissible (cf. ci-dessus T. III, § 185, I, 2°).

(5) C. *h. t.*, L. 2; D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 12. Cf. ci-dessus T. III, § 185, I, 2° initio. — (6) Il ne saurait être question d'une condition suspensive.

(7) C. *h. t.*, L. 7. En ce sens SCHILLING, III, § 334, 6° i. f. Cf. KOCH, cité, III, § 246 initio.

vente. Le pacte de réméré se confond alors avec le pacte de désistement établi dans l'intérêt du vendeur(8).

1° Le pacte de rachat donne lieu à une vente nouvelle par cela seul que le vendeur déclare vouloir racheter, pourvu qu'il fasse cette déclaration dans le délai convenu(9), et, à défaut d'un pareil délai, dans les trente ans à partir de la tradition de la chose. En effet, c'est à ce moment et à ce moment seulement que le vendeur dispose d'une action pour faire valoir son droit de rachat, s'il le juge convenable; trente années plus tard, toutes les actions qui lui compètent de ce chef, sont prescrites(10). Le prix du rachat est le même que celui de la vente originaire(11), si la convention n'en détermine pas un autre; en gardant le silence sur le montant

(8) Cf. SCHILLING, III, § 334, 7° initio, et pour le pacte de désistement ci-après § 189ᵇ. Quant au D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 13, pr., voyez ci-dessus T. II, § 97, note 145, p. 206, et note 153 i. f.

(9) cf. C. *h. t.*, L. 2, L. 7, ou, dans le cas d'un terme suspensif (D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 12), après l'échéance de ce terme.

(10) Si le vendeur n'est autorisé à exercer son droit de rachat qu'après un certain temps (D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 12), la prescription trentenaire ne prend cours qu'à l'expiration de ce délai (arg. C. 7, 39, *de præscr. XXX v. XL ann.*, L. 7, § 4 (§ 4 initio, Kriegel)).

Les interprètes du droit romain sont extrêmement divisés sur cette question. Les uns font courir la prescription trentenaire du jour de la tradition de la chose (GLÜCK, XVI, § 998, n° I initio et 2°. — VANGEROW, I, § 147, *Anm.*, n° II, 8°. — Cf. KOCH, cité, III, § 250, 3°). D'autres, et c'est l'opinion dominante, lui donnent pour point de départ la conclusion du premier contrat de vente (UNTERHOLZNER, cité, II, § 453, n° II, et note c, et *Ausfürhrliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre* II, § 265, 2°. — MÜHLENBRUCH, II, § 405, 5°. — SCHILLING, III, § 334, 6° initio. — MOLITOR, cité, I, n° 519 initio. — SINTENIS, II, § 116, et *Anm.* 233. — WINDSCHEID, T. II, § 388, 2°, cbn. avec T. I, § 107, notes 5 et 9. — MAYNZ, II, § 249, 1° initio). D'autres encore la datent seulement du jour où le vendeur manifeste la volonté de racheter (THIBAUT, I, § 546 i. f. — DE SAVGNY, *System* V, § 241, p. 304-305), sans compter les opinions intermédiaires (NAMUR (J.), cité, p. 32-38).

Quid si le vendeur a stipulé le droit de racheter la chose en tout temps? Il n'en doit pas moins l'exercer dans les trente ans à partir de la tradition; l'acheteur ne peut pas renoncer d'avance à la prescription. Cf. UNTERHOLZNER, cité, II, § 453, n° II, et note c, et *Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre* II, § 265, 3° i. f. Contra GLÜCK, XVI, § 998, n° I, 1°.

(11) Arg. D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 12, C. *h. t.*, L. 2, L. 7, et C. 5, 72, *quando decreto opus non est*, L. 1.

du prix, les parties ont manifestement voulu s'en rapporter au prix de la première vente. Il est erroné de soutenir que, dans le silence du pacte, le prix doit être fixé d'après la valeur actuelle de la chose par des experts à nommer de commun accord ou en justice (12); si l'intention des parties à l'époque du contrat avait été de faire éventuellement estimer la chose par un arbitre, il semble qu'elles auraient désigné un arbitre pour procéder à cette estimation (13).

2° Lorsque, le vendeur ayant déclaré vouloir racheter, le pacte de rachat s'est converti en un contrat de vente, il produit tous les effets de la vente ordinaire. Ainsi, l'acheteur est obligé de restituer la chose (14) avec ses accessoires, y compris le *commodum rei* à partir de la formation de la nouvelle vente (15), donc aussi avec les fruits qui étaient pendants à ce moment (16). Il est en outre responsable des détériorations que la chose vendue a éprouvées par sa faute depuis la conclusion de la première vente; en vertu du pacte de rachat, il était débiteur conditionnel et partant il devait apporter à la garde et à la conservation de la chose les soins d'un bon père de famille (17). De son côté, le vendeur doit payer le prix de rachat tel que nous venons de le déterminer (18). A notre

(12) C'est à ce système que se rallient GLÜCK, XVI, § 999, p. 220, MÜHLENBRUCH, II, § 405, 5°, SCHILLING, III, § 334, 6°, MOLITOR, cité, I, n° 519 i. f., et SINTENIS, II, § 116, et *Anm.* 229.

(13) Voyez en notre sens UNTERHOLZNER, cité, II, § 453, n° II i. f., THIBAUT, I, § 546, 2°, PUCHTA, *Vorles.* II, § 360 i. f., KOCH, cité, III, § 246 i. f. et 248, 1°, MAYNZ, II, § 249, 1°, et note 6, WINDSCHEID, II, § 388, 1°, et NAMUR (J.), cité, p. 31-32.

(14) C. *h. t.*, L. 2, vis Si fundum..... dabitur. Cf. D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 12, C. *h. t.*, L. 7, et C. 5, 72, *quando decreto opus non est*, L. 1.

(15) C. *h. t.*, L. 2, vis habita ratione eorum, quæ post oblatam ex pacto quanti-« tatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt ».

(16) L. 2 cit., vis citis à la note précédente. En ce sens GLÜCK, XVI, § 999 i. f., THIBAUT, I, § 546, 1°, et SCHILLING, III, § 334, note ee.

(17) Cf. ci-dessus T. II, § 97, IV, A, 1°, *b* initio.

En ce sens GLÜCK, XVI, § 999, p. 218-220, SCHILLING, III, § 334, 6°, MOLITOR, cité, I, n° 519, p. 621, et MAYNZ, II, § 249, 1° initio.

Quant à la détérioration accidentelle, elle est pour compte du vendeur, qui n'a pas droit à une réduction du prix de rachat. Cf. ci-dessus le n° 1 i. f. du présent paragraphe et GLÜCK, XVI, § 999, p. 218-220.

(18) Cf. C. *h. t.*, L. 2, L. 7.

avis, il est aussi tenu de rembourser à l'acheteur les impenses nécessaires sans restriction (19) et les impenses utiles que le vendeur eût vraisemblablement faites lui-même; cette indemnité est en harmonie avec la volonté présumée des parties (20). Mais l'acheteur n'a droit à aucune indemnité pour les impenses utiles que, selon les probabilités, le vendeur n'eût pas faites. Imposer au vendeur le remboursemeut de ces impenses serait permettre à l'acheteur de changer, souvent d'une manière sensible, les conditions du rachat, ce qui ne saurait être admis. En présence de la faculté de racheter appartenant au vendeur, l'acheteur devait ou bien s'abstenir d'impenses non prévues par le vendeur, ou bien, s'il les faisait quand même, s'attendre à en voir profiter le vendeur. Par application de ces règles, une indemnité est due à l'acheteur qui a reconstruit une maison détruite par un incendie; c'est là une impense utile que le vendeur eût également faite. Il faut en dire autant des améliorations que l'acheteur a apportées à un bien rural à l'instar des autres propriétaires de l'endroit. Il en serait autrement des améliorations qui auraient un caractère personnel pour l'acheteur. Enfin, il est évident qu'il ne peut être question d'une indemnité du chef d'impenses, si celles-ci ont pour but de réparer une perte ou une détérioration imputable à l'acheteur; par exemple, la maison reconstruite avait été incendiée par la négligence de l'acheteur (21).

3° Dans le cas d'une pluralité de vendeurs ou d'acheteurs ou bien d'héritiers d'un vendeur ou d'un acheteur unique, comme aussi dans le cas d'une pluralité de choses vendues, on suit des règles analogues

(19) Arg. D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 16.

(20) Arg. D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 22 (ci-dessus T. II, § 116, II, 2°), et D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 27, vis sed et si quid..... exigere, L. 29, § 3 initio, L. 30, § 1 (ci-dessus T. II, § 108, I, F, 1° initio).

(21) Les auteurs défendent des solutions trop absolues. Tandis que les uns accordent en général une indemnité du chef des impenses nécessaires ou utiles (Glück, XVI, § 999, p. 221-223. — Unterholzner, cité, II, § 453, n° II, et note d. — Schilling, III, § 334, 6° cbn. avec 4° i. f. — Puchta, *Vorles.* II, § 360 i. f. — Molitor, cité, I, n° 519, p. 621-622. — Koch, cité, III, § 248, 2° initio, et litt. a et b. — Sintenis, II, § 116, et *Anm.* 230. — Cf. Leyser, *Meditat. ad Pand.* III, *specim.* 191, *medit.* 9 et 12-16, et Namur (J.), cité, p. 39-41), on pose aussi le principe inverse d'une façon non moins générale (Mühlenbruch, II, § 405, 5°).

à celles indiquées à l'occasion du pacte de réserve d'offres meilleures (22).

§ 189. *Du pacte de préférence.*

MADIHN, *Dissertatio de jure protimiseos, ejusque a jure retractus discrimine*, Halle, 1758.

WALCH, *Näherrecht*, Iéna, 1798.

Le pacte de préférence, ou, comme l'appellent les modernes, le *pactum protimeseos* (de προτίμησις, préférence), est la clause par laquelle on convient que si l'acheteur revend la chose à un tiers, le vendeur pourra racheter la chose de préférence au tiers (1). Cette préférence est parfois accordée par la loi, indépendamment de toute convention : elle appartient de plein droit à l'acheteur avec réserve d'offres meilleures, dans le cas où le vendeur accepte des offres meilleures qui lui sont faites par un tiers (2); de même, lorsque l'emphytéote veut aliéner son droit d'emphytéose, le maître du fonds emphytéotique jouit d'une préférence vis-à-vis du tiers amateur (3). Le pacte de préférence constitue en réalité un pacte de rachat et il est soumis aux mêmes règles; il produit les mêmes obligations entre parties; il peut également être ajouté à la première vente sous la forme d'une condition résolutoire et avec les effets ordinaires de celle-ci (4). Mais :

1° Le pacte de rachat contenu dans le pacte de préférence est conditionnel; il est conclu sous la condition spéciale ' si l'acheteur revend la chose à un tiers ' (5). Pour mettre le vendeur en état d'user

(22) T. III, § 186, III et IV.

(1) Cf. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 75, et D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122, § 3.

(2) D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 7, L. 8. Cf. ci-dessus T. III, § 186, II.

(3) C. 4, 66, *de emphyt. jure*, L. 3, § 1-2 (L. 3, Kriegel). Voyez encore le D. 2, 14, *de pact.*, L. 60, et le D. 42, 5, *de reb. auctor. jud. possid.*, L. 16, et, pour le louage de choses avec un droit de préférence en faveur du preneur, le C. 11, 71 (70, Kriegel), *de loc. præd. civil.*, L. 4, L. 5, § 7 (L. 5 i. f., Kriegel).

(4) Cf. ci-dessus T. III, § 188 initio et 2° i. f. En ce sens SCHILLING, III, § 334, 5° i. f., et UNTERHOLZNER, cité, II, § 434 i. f.

(5) En ce sens SCHILLING, III, § 334, 5°, et note t. Cf. UNTERHOLZNER, cité, II, § 434. L'acheteur doit avoir soin de ne faire la revente au tiers qu'en réservant le droit de préférence du vendeur; autrement, si celui-ci usait de son droit, l'acheteur serait doublement lié.

de son droit de préférence, le premier acheteur doit lui notifier la revente de la chose(6) ; après quoi le premier vendeur doit se prononcer dans un délai convenable(7).

2° Sauf convention contraire(8), le prix de rachat est le prix offert par le tiers amateur(9) et non celui de la vente originaire; les parties ont voulu que le premier vendeur fût préféré au second acheteur, mais à conditions égales.

§ 189ᵃ. *Du pactum de retroemendo.*

Le *pactum de retroemendo*, comme l'appellent les modernes, est la clause par laquelle l'acheteur se réserve la faculté de revendre la chose au vendeur. Il constitue en réalité une promesse unilatérale d'acheter (*pactum de emendo*) faite par le vendeur originaire au profit de l'acheteur et subordonnée à la condition ' si l'acheteur veut vendre '. Il est corrélatif au pacte de rachat, lequel constitue une promesse unilatérale de vendre. Aussi sa théorie est-elle analogue à celle du pacte de rachat, *mutatis mutandis;* nous nous référons donc à ce que nous avons dit de cette dernière clause(1). Comme le pacte de rachat(2), le *pactum de retroemendo* peut être ajouté à la vente sous la forme d'une condition résolutoire; il se confond alors avec le pacte de désistement établi dans l'intérêt de l'acheteur(3). Nos sources ne font aucune mention du *pactum de retroemendo*.

§ 189ᵇ. *Du pacte de désistement.*

Le pacte de désistement (*pactum displicentiæ*, d'après la terminologie moderne(1)) est la clause par laquelle le vendeur ou l'ache-

(6) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122, § 3, D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 8, et C. 4, 66, *de emphyt. jure*, L. 3, § 1 (L. 3, Kriegel).

(7) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122, § 3. Cf. C. 4, 66, *de emphyt. jure*, L. 3, § 5 (L. 3 i. f., Kriegel) ; cette loi fixe un délai de deux mois pour l'exercice du droit de préférence du maître du fonds emphytéotique.

(8) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122, § 3 initio.

(9) Arg. D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 7, C. 4, 66, *de emphyt. jure*, L. 3, § 2 (L. 3, Kriegel), et C. 11, 71 (70, Kriegel), *de loc. præd. civil.*, L. 4.

§ 189ᵃ—(1) § 188. — (2) § 188 initio.

(3) Cf. SCHILLING, III, § 334, 7° initio, et pour le pacte de désistement ci-après § 189ᵇ.

§ 189ᵇ—(1) On lui donne encore le nom de *pactum pœnitentiæ*.

teur se réserve la faculté de se désister de la vente(2). Cette clause n'intervient guère qu'en faveur de l'acheteur(3). Elle a pour effet d'ajouter au contrat de vente une condition résolutoire(4). Le pacte de désistement peut aussi être conclu de telle façon que le contractant qui se départit du contrat, soit tenu de payer une certaine peine, une *mulcta pœnitentialis*(5).

1° La condition résolutoire, contenue dans le pacte de désistement, se réalise par cela seul que le vendeur ou l'acheteur qui a stipulé le droit de se départir du contrat, s'en désiste effectivement(6). Il doit le faire dans le délai convenu(7), et, à défaut d'un pareil délai, dans les deux mois à dater de la vente(8). La loi a fixé

(2) Cf. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 3, D. 18, 5, *de rescind. vendit.*, L. 6, et D. 41, 4, *pro empt.*, L. 2, § 5. — (3) Les lois romaines ne la citent qu'à ce point de vue.

(4) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 3; D. 41, 4, *pro empt.*, L. 2, § 5; C. 4, 58, *de ædil. act.*, L. 4, pr. (L. 4 initio, Kriegel). Rien ne s'oppose à ce que l'on vende une chose sous la condition suspensive *si placuerit;* par exemple on vend une chose sous condition de dégustation ou à l'essai (I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 4; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34, § 5 initio; D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 20, § 1; cf. ci-dessus T. II, § 116ᵗᵉʳ, I). Mais l'expression de *pactum displicentiæ* ne convient qu'à la condition résolutoire *si displicuerit* ou *si non placuerit*, et non à la condition suspensive *si placuerit* (arg. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 3, et D. 41, 4, *pro empt.*, L. 2, § 5); la vente conclue sous la seconde condition est plutôt une vente sous condition de dégustation ou à l'essai, ou bien, si elle est indépendante d'une dégustation et d'un essai, elle n'en imite pas moins parfaitement la dernière vente. En notre sens GLÜCK, XVI, § 1000, n° II. Cf. SCHILLING, III, § 334, 4°, *ad not.* i cbn. avec note k. Contra UNTERHOLZNER, cité, II, § 431 initio, MOLITOR, cité, I, n° 521, et MAYNZ, II, § 249, 7°, note 48.

En supposant une vente faite sous une condition résolutoire de dégustation ou d'essai, elle est en réalité accompagnée d'un pacte de désistement, du moins si le goût personnel de l'acheteur est décisif. Mais il faut tenir compte à la fois de la théorie de ce pacte et des règles propres à la vente faite à l'essai ou sous condition de dégustation; cf. ci-dessus T. II, § 116ᵗᵉʳ, I, et spécialement la litt. B avec la note 7.

(5) Cf. ci-dessus T. I, § 27, I, 2°.

(6) Cf. C. 4, 58, *de ædil. act.*, L. 4, pr. (L. 4 initio, Kriegel).

(7) Cf. D. 18, 5, *de rescind. vendit.*, L. 6, D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 31, § 22 initio, et D. 41, 4, *pro empt.*, L. 2, § 5.

(8) D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 31, § 22, vⁱˢ si autem de tempore nihil convenerit, « in factum actio intra sexaginta dies utiles accommodatur emptori ad redhibendum, ultra non ». Quoique ce texte ne dispose que pour l'action rédhibitoire, qui dans l'espèce était accordée à l'acheteur, il est conforme à son esprit de le généra-

ce bref délai parce que le pacte de désistement est tout à fait exceptionnel; il permet à l'une des parties d'anéantir le contrat par sa volonté unilatérale et il affaiblit ainsi singulièrement la force obligatoire de la vente(9).

2° Si la condition résolutoire du pacte se réalise par la déclaration de désistement, la vente est résolue. Mais, comme la condition dont il s'agit est potestative de la part de l'un des contractants, elle est dépourvue d'effet rétroactif; elle ne résout la vente que pour l'avenir et non pour le passé. De plus, la condition étant potestative, l'acheteur avait acquis par la tradition et le payement du prix la propriété irrévocable de la chose; il avait la faculté d'en disposer d'une manière également irrévocable. Donc la propriété ne retourne pas au vendeur de plein droit et libre des droits réels concédés dans l'intervalle par l'acheteur; elle ne lui retourne que par une rétrotradition et dans l'état où elle lui est transférée. L'unique effet de l'accomplissement de la condition est de créer des obligations entre parties, sans aucune rétroactivité(10). En particulier l'acheteur doit, s'il a reçu la délivrance de la chose, la restituer(11) avec ses accessoires et le *commodum rei* depuis la résiliation de la vente, donc aussi avec les fruits qui étaient pendants à ce moment(12); comme tout autre débiteur conditionnel, il répond des détériorations de la chose qui sont sur-

liser comme nous l'avons fait. Pour : GLÜCK, XVI, § 1000, et nos III et IV avec la note 39, UNTERHOLZNER, cité, II, § 431, 3°, et MAYNZ, II, § 249, 7°. Cf. MOLITOR, cité, I, n° 521. Contra SCHILLING, III, § 334, 4°.

Les deux mois ou soixante jours se comptent utilement (D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 31, § 22, cf. § 23).

(9) Cf. ci-dessus T. II, § 97, II, 2°, *b* i. f. Il n'est pas permis aux parties de prolonger le droit de désistement au delà de trente ans à dater de la remise de la chose ou du payement du prix. Ce délai expiré, les actions qui servent à faire valoir le pacte, sont prescrites et on ne peut renoncer d'avance à la prescription. C'est en ce sens que, sous Justinien, on doit entendre le D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 31, § 22 i. f, qui déclare valable la convention autorisant le désistement *in perpetuum*. Cf. UNTERHOLZNER, cité, II, § 431 i. f.

(10) D. 20, 6, *quib. mod. pignus solv.*, L. 3, vis quamquam, ubi sic res distracta « est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet ». Voyez ci-dessus T. II, § 97, IV, B, 2° i. f. — (11) D. 18, 5, *de rescind. vendit.*, L. 6.

(12) Arg. C. *h. t.*, L. 2 i. f.

venues par sa faute depuis la conclusion de la vente(13). Réciproquement, le vendeur qui a reçu le prix, doit le rendre(14) et rembourser à l'acheteur les impenses nécessaires sans restriction ainsi que les impenses utiles qu'il a pu prévoir(15). Pour faire valoir les droits prémentionnés, le vendeur dispose de l'*actio venditi*(16) et de l'action *præscriptis verbis*(16), l'acheteur de l'*actio empti*(17) et de l'action rédhibitoire(18); le pacte de désistement ajouté au contrat de vente paraît avoir fait l'objet d'une disposition de l'édit édilitien(19).

§ 189c. *Du pacte de réserve de propriété ou d'hypothèque.*

Müller, *Archiv für die civil. Praxis* XII, nº 13, p. 247-268, Heidelberg, 1829, et *Civilistische Abhandlungen* I, nº 1, Giessen, 1833.
Duncker, *Rheinisches Museum* V, nº 4, p. 65-118, Gœttingue, 1833.
Hofmann, *Archiv für die civil. Praxis* XVIII, nº 11, p. 254-266, Heidelberg, 1835.
Leonhardt, *Zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum*, nº IV, p. 218-274, Hanovre, 1843.

1º Le pacte de réserve de propriété (*pactum reservati dominii*, d'après les modernes) est la clause par laquelle, dans une vente faite à crédit ou bien au comptant mais avec des garanties pour le payement du prix, le vendeur se réserve la propriété de la chose vendue, jusqu'à ce que l'acheteur ait payé le prix(1). En principe, si une vente a lieu à crédit ou bien au comptant mais avec des garanties pour le

(13) Cf. ci-dessus T. II, § 97, IV, B, 1º, *b* i. f.

(14) mais sans les intérêts; car la vente n'est résolue que pour l'avenir et l'acheteur profite aussi des fruits que la chose a produits dans l'intervalle.

(15) Cf. ci-dessus T. II, § 97, IV, B, 2º, *a* initio.

(16) D. 18, 5, *de rescind. vendit.*, L. 6. — (17) Cf. *Vatic. fragm.* 14 i. f.

(18) C. 4, 58, *de ædil. act.*, L. 4, pr. (L. 4 initio, Kriegel); D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 31, § 22.

(19) Il est aussi possible que, malgré le silence de l'édit édilitien, les jurisconsultes romains aient étendu au pacte de désistement l'action rédhibitoire relative aux vices cachés. Si l'acheteur recourt à l'action rédhibitoire, la théorie ordinaire de cette action est applicable; donc le vendeur et l'acheteur se doivent respectivement compte des intérêts du prix depuis le payement et des fruits de la chose depuis la tradition (D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 31, § 24). Cf. ci-dessus T. II, § 108, I, F.

(1) Cf. D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 17 (L. 16, Kriegel) initio. Le D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 7, § 3, vis Quid ergo....., prévoit un pacte analogue à l'occasion de la constitution de dot.

payement du prix, la seule tradition de la chose vendue rend l'acheteur propriétaire(2); le pacte dont il s'agit prévient ce résultat et maintient le droit commun de la vente; l'acheteur n'acquiert la propriété de la chose que par la tradition et le payement du prix(3).

Le *pactum reservati dominii* résulte tacitement des circonstances si le vendeur loue la chose à l'acheteur(4) ou bien s'il la lui remet à titre précaire(5), jusqu'au payement du prix; dans le premier cas, il garde la possession de la chose; dans le second, il ne la transfère à l'acheteur qu'à charge de la rendre à la première demande; il manifeste ainsi clairement l'intention de demeurer propriétaire(6). L'effet du pacte est de suspendre le transfert de la propriété de la chose vendue et livrée, jusqu'à ce que l'acheteur ait payé le prix(7);

(2) I. 2, 1, *de rer. divis.*, § 41 i. f.; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 19, L. 53.

(3) I. 2, 1, *de rer. divis.*, § 41, vis venditæ vero..... id effici; D. 14, 4, *de tribut. act.*, L. 5, § 18, vis enimvero si.....

On restreint généralement le *pactum reservati dominii* à la vente à crédit (Glück, XVI, § 1000, no IV, p. 229-234. — Schilling, III, § 334, 1o. — Molitor, cité, I, no 517. — Vangerow, I, § 311, *Anm.* 2). Il paraît cependant certain qu'on peut vendre au comptant et réclamer la double garantie résultant 1o d'une hypothèque ou d'une fidéjussion et 2o de la réserve de la propriété de la chose vendue (Namur (J.), cité, p. 78).

Par contre, le *pactum reservati dominii* est sans objet si on vend au comptant et sans garanties pour le payement du prix; car alors le vendeur reste de plein droit propriétaire de la chose malgré la tradition.

D'après Vangerow, I, § 311, *Anm.* 2, no 2, la réserve de la propriété implique tacitement une vente à crédit. Mais cette proposition n'est pas justifiée; la réserve de la propriété prouve seulement que le vendeur considère comme possible un retard dans le payement du prix, et non qu'il accorde à l'acheteur le droit de retarder ce payement; quel serait d'ailleurs la durée du crédit? Voyez au reste Glück, XVI, § 1000, no IV, p. 229-234, Gœschen, II (1), § 277 i. f., Schilling, III, § 334, 1o, et Molitor, cité, I, no 517.

(4) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 17 (L. 16, Kriegel) « Servi emptor si eum « conductum rogavit, donec pretium solveret, nihil per eum servum adquirere « poterit, quoniam *non videtur traditus is, cujus possessio per locationem retinetur* « *a venditore..* ». Cf. D. 19, 2, *loc.*, L. 20, § 2, L. 21.

(5) D. 43, 26, *de prec.*, L. 20.

(6) Nos sources ne parlent du *pactum reservati dominii* que sous cette forme. Une condition essentielle du pacte est qu'il intervienne avant la tradition de la chose, sinon la propriété de celle-ci est transférée à l'acheteur par la tradition (Glück, XVI, § 1000, no IV i. f., p. 233-234).

(7) Arg. D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 17 (L. 16, Kriegel) initio.

la tradition se fait sous condition suspensive(8); *pendente condicione* le vendeur conserve la propriété(9). Grâce au pacte, si l'acheteur ne paye pas le prix de la manière convenue, le vendeur est autorisé à revendiquer la chose; si l'acheteur lui oppose le contrat de vente, le vendeur peut lui répondre par la *replicatio non adimpleti contractus*. Il en résulte que, si l'acheteur devient insolvable, le vendeur reprendra son bien, sans devoir subir le concours des autres créanciers de l'acheteur(10). Après avoir recouvré ainsi la possession de la chose, le vendeur la gardera jusqu'au payement du prix, comme dans le cas d'une vente ordinaire(11). Si au contraire l'acheteur paye le prix, le *pactum reservati dominii* s'éteint; l'acheteur

(8) Cf. D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 38, § 1 i. f.

(9) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 17 (L. 16, Kriegel).

Quid lorsque, en sens inverse, les parties conviennent que si l'acheteur ne paye pas le prix, il perdra la propriété de la chose? C'est un pacte commissoire. Il ne saurait être question ici d'un pacte de réserve de la propriété; on ne se *réserve* pas la propriété pour une époque où on aura cessé de l'avoir. On a néanmoins soutenu que le *pactum reservati dominii* pouvait contenir une condition résolutoire de la propriété aussi bien qu'une condition suspensive, voire même qu'une condition résolutoire était seule possible. En effet, dit-on, celui qui vend à crédit, veut transférer la propriété par la seule tradition; on en conclut qu'il serait contradictoire d'admettre que, sur le fondement du *pactum reservati dominii*, le vendeur entende rester propriétaire après la tradition. Mais le pacte de crédit implique deux choses : la concession d'un délai pour le payement du prix et, par voie de conséquence, le transfert de la propriété par la tradition. Le *pactum reservati dominii* laisse subsister le délai pour le payement du prix; il ne supprime que la conséquence de ce délai, le transfert immédiat de la propriété. Voyez en notre sens DUNCKER, cité, p. 86-89, GŒSCHEN, II (1), § 277 i. f., SCHILLING, III, § 334, 1°, et note b, MOLITOR, cite, I, n° 517 i. f., VANGEROW, I, § 311, *Anm.* 2, et MAYNZ, II, § 249, 5° i. f. Cf. PUCHTA, *Pand.*, § 148, et note f, *Vorles.* I, § 148, p. 292-293, et SINTENIS, I, § 49, et *Anm.* 21. Contra GLÜCK, XVI, § 1000, n° IV, p. 229-232, MÜLLER, cité, p. 252-254 et 256, HOFMANN, cité, THIBAUT, I, § 544, et BRAUN, *Erörterungen zu Thibaut*, § 955, et LEONHARDT, cité.

(10) à moins qu'on ne lui paye le prix de vente, ce qu'on aura intérêt à faire si la chose vendue a une valeur supérieure.

Le vendeur dispose aussi de la revendication contre les tiers détenteurs de la chose et, dans le cas d'un précaire, il lui est loisible de recourir à l'action *præscriptis verbis* (D. 43, 26, *de prec.*, L. 20). Au sujet du droit de revendiquer du vendeur cf. NAMUR (J.), cité, p. 78.

Voyez encore le D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 17 (L. 16, Kriegel) initio.

(11) Mais en l'absence d'un pacte commissoire la vente subsiste.

devient de plein droit propriétaire de la chose par suite de l'accomplissement de la condition suspensive ajoutée au transfert de la propriété(12). Pour le surplus, la vente produit ses effets ordinaires et notamment la chose vendue est dès le jour du contrat au risque de l'acheteur(13).

2° Le pacte de réserve d'hypothèque (*pactum reservatæ hypothecæ*, d'après les modernes) est la clause par laquelle, dans une vente faite à crédit ou bien au comptant mais avec des garanties pour le payement du prix, le vendeur se réserve une hypothèque sur la chose vendue, en sûreté du payement du prix(14). Si la vente a lieu au comptant et sans garanties pour le payement du prix, le vendeur conserve la propriété de la chose malgré la tradition ; or on ne peut stipuler une hypothèque sur sa propre chose. Le pacte dont il s'agit implique une aliénation de la part de l'acheteur, car l'hypothèque ne peut prendre naissance qu'à l'instant de l'acquisition de la chose par l'acheteur ; c'est pourquoi la validité du pacte exige la capacité d'aliéner dans le chef de l'acheteur(15). Son effet est de faire acquérir au vendeur une hypothèque sur la chose livrée et cette hypothèque se date du jour de la tradition ; c'est le jour où elle arrive à l'existence. En conséquence, elle est à la vérité primée par les hypothèques antérieurement consenties par le ven-

(12) Arg. D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 38, § 1 i. f., et D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 8 initio ; cf. ci-dessus T. II, § 97, IV, A, 2°, *b* initio. Voyez encore le D. 19, 2, *loc.*, L. 20, § 2, L. 21.

(13) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 17 (L. 16, Kriegel), vis Periculum ejus servi « ad emptorem pertinet, quod tamen sine dolo venditoris intervenerit ». Cette loi condamne implicitement l'opinion de PUCHTA, *Pand.*, § 148, et note f, *Vorles.* I, § 148, p. 292-293, et de SINTENIS, I, § 49, et *Anm.* 21, qui enseignent que le *pactum reservati dominii* ajoute une condition suspensive au contrat de vente ; dans la vente conditionnelle, c'est le vendeur et non l'acheteur qui supporte la perte totale de la chose vendue. Voyez en notre sens GŒSCHEN, SCHILLING, MOLITOR, VANGEROW et MAYNZ cités à la note 9 i. f.

(14) Cf. D. 27, 9, *de reb. eor., qui sub tut.*, L. 1, § 4, L. 2.

Le vendeur peut-il se réservre une hypothèque en sûreté d'autres créances ? Rien ne semble s'y opposer. Contra SCHILLING, III, § 334, note f.

(15) Le D. 27, 9, *de reb. eor., qui sub tut.*, L. 1, § 4, L. 2, exige que si l'acheteur est un mineur, l'hypothèque soit homologuée par un rescrit impérial, à moins que le vendeur ne soit le fisc lui-même. Cf. GLÜCK, XVI, § 1000, note 59.

deur, mais elle l'emporte sur celles que l'acheteur concède ultérieurement sur la chose. Il y a plus : si avant la tradition l'acheteur a concédé une hypothèque sur tous ses biens présents et futurs, l'hypothèque réservée du vendeur prime encore l'hypothèque générale, bien que, par rapport à la chose achetée, les deux hypothèques se datent également de la tradition; dans l'espèce le vendeur a une hypothèque privilégiée, parce qu'il a enrichi de la chose vendue l'acheteur et ses créanciers; le privilège *propter versionem in rem* reçoit ici son application(16). A plus forte raison, le vendeur est-il préféré aux créanciers chirographaires de l'acheteur, ce qui lui est utile si ce dernier est devenu insolvable. Pour le surplus, la vente accompagnée de la réserve d'hypothèque produit les effets ordinaires. La réserve s'éteint si l'acheteur paye le prix de vente.

§ 189d. *Du pactum de non alienando.*

Le *pactum de non alienando* est la clause par laquelle l'acheteur d'une chose s'engage à ne pas l'aliéner du tout ou bien à ne pas l'aliéner au profit de certaines personnes(1). Il n'est valable que si le vendeur a un intérêt quelconque, pécuniaire ou moral, à ce que l'aliénation ne se fasse point; un semblable intérêt existe si, par suite de l'aliénation le stipulant est menacé d'un voisinage incommode(2); on peut aussi être intéressé à ne pas voir passer un bien entre les mains d'une famille déterminée. Mais, à défaut de tout intérêt, le *pactum de non alienando* est nul, quoiqu'il soit joint à un contrat de vente; il n'en est pas moins vrai que le vendeur n'a aucun intérêt appréciable en argent à l'exécution de cette clause

(16) Arg. C. 8, 17 (18, Kriegel), *qui potiores*, L. 7.

(1) Cf. C. 4, 51, *de reb. alien. non alien.*, L. 7. Le vendeur peut aussi stipuler que la chose ne sera aliénée qu'au profit de certaines personnes, voire même qu'elle ne le sera qu'à son profit (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 21, § 5).

En ce qui concerne l'extension de notre pacte à d'autres conventions, le C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 3, prévoit une donation à charge de ne pas aliéner et le D. 45, 1, *de V. O.*, L. 135, § 3, s'occupe d'une donation faite avec la clause que certaines personnes déterminées n'acquerront pas la chose donnée (*rem non perventuram ad aliquos*).

(2) Arg. C. *h. t.*, L. 9, § 1 (L. 9 i. f., Kriegel).

accessoire de la vente; on ne saurait estimer les dommages et intérêts qui lui seraient dus pour inexécution de la clause; si, à raison de la charge de ne pas aliéner, il s'est contenté d'un prix moins élevé, il aura fait une perte par sa faute (3). La défense d'aliéner contenue dans le pacte comprend tous les modes d'aliénation et en particulier les concessions de droits réels sur la chose(4). Mais le seul effet du pacte est de donner naissance à un rapport obligatoire entre parties; l'acheteur qui aliène au mépris du pacte, est soumis à des dommages et intérêts(5); l'aliénation elle-même est valable. C'est une application du principe que la convention des parties est impuissante à transférer la propriété; le droit d'aliéner est un élément de la propriété; dès lors le contrat de vente ne peut enlever ce droit à l'acheteur(6).

(3) D. 2, 14, *de pact.*, L. 61. *Non obstant* C. 4, 51, *de reb. alien. non alien.*, L. 7, C. *h. t.*, L. 9, et D. 18, 7, *de serv. export.*, L. 6, § 1, vis quoniam hoc minoris homo venisse videatur. La 1re loi se borne à préciser les effets du *pactum de non alienando*. La 2de, telle qu'elle nous est parvenue, parle de l'intérêt qu'a parfois le vendeur qui stipule la non-aliénation, à éviter certains voisins. Le troisième passage concerne une autre espèce. D'après sa décision, le vendeur d'un esclave stipule valablement de l'acheteur que celui-ci infligera une peine à l'esclave; le motif de la règle est que le vendeur a un intérêt moral à la punition légitime de l'esclave; le jurisconsulte se fonde, il est vrai, sur la réduction du prix consentie par le vendeur (*quoniam hoc minoris homo venisse videatur*); mais cette circonstance n'est que secondaire. Contra Glück, XVI, § 976, no II, 2o, p. 61-62, et Maynz, II, § 249, note 46. Cf. Schilling, III, § 334, note ii. Sur cette question cf. ci-dessus T. II, § 89. — (4) C. 4, 51, *de reb. alien. non alien.*, L. 7.

(5) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 21, § 5; arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 135, § 3. Voyez encore le C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 3.

(6) Cette considération ne s'applique pas au cas où un créancier hypothécaire stipule du débiteur que celui-ci n'aliènera pas la chose hypothéquée. La convention d'hypothèque confère par elle-même un droit réel au créancier; le *pactum de non alienando* est l'accessoire de cette convention et à ce titre il lui emprunte son caractère réel. Lui aussi restreint la propriété du débiteur; il lui enlève son droit d'aliéner, comme la convention d'hypothèque lui avait déjà enlevé le droit de l'aliéner quitte et libre de l'hypothèque (D. 20, 5, *de distract. pignor.*, L. 7, § 2). En ce sens Molitor, cité, I, no 596, 2o, p. 688-689.

CHAPITRE II. — DES QUASI-CONTRATS.

I. 3, 27, *de obligationibus quasi ex contractu.*

§ 190. *Notion du quasi-contrat et de ses diverses espèces.*

Le quasi-contrat est un acte juridique analogue à un contrat mais indépendant du consentement des parties(1). Ce qui sépare le quasi-contrat du contrat, c'est l'absence de tout consentement; un consentement quelconque, exprès ou tacite, donne lieu à un contrat; le mandat tacite, la société tacite et la relocation tacite constituent respectivement un mandat, une société et un louage, au même titre que le mandat, la société et le louage exprès(2). Mais le quasi-contrat n'en est pas moins un acte juridique analogue à un contrat et même à un contrat déterminé; il imite celui-ci, parce qu'il intervient dans des circonstances semblables, à part le défaut de consentement. Tous les quasi-contrats se forment ainsi à l'image d'un contrat déterminé. La gestion d'affaires, la gestion d'une tutelle ou d'une curatelle et les sacrifices faits dans le but de sauver un navire imitent le mandat; le gérant d'affaires, le tuteur et le curateur administrent les affaires d'autrui à l'instar du mandataire; les sacrifices faits pour sauver un navire sont aussi en réalité des actes de gestion qui interviennent dans l'intérêt des propriétaires du navire et des marchandises (3). La réception des effets des voyageurs dans un hôtel ou dans un bateau ressemble au dépôt(4). De même, il y a analogie entre le prêt et la détention d'une chose sans cause(5), comme entre la société et la communauté accidentelle Ainsi encore, celui qui recueille quelque chose à cause de mort, à condition

(1) Cf. GAIUS, III, 91, « Is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per erro-« rem solvit, re obligatur : nam proinde ei condici potest SI PARET EUM DARE « OPORTERE, ac si mutuum accepisset... », et I. *h. t.*, pr. et § 6 i. f. Nos sources se bornent à parler d'*obligationes quæ quasi ex contractu nascuntur* et d'*obligationes quasi ex contractu* (I. *h. t.*).

(2) Cf. ci-dessus T. II, § 127, T. III, § 134, IV i. f., § 153, 4°, et § 158, I et IV.

(3) Cf. ci-après § 196, note 20. — (4) Cf. D. 4, 9, *nautæ caup. stabul.*, L. 3, § 1.

(5) GAIUS, III, 91 initio ; I. *h. t.*, § 6 i. f.

d'exécuter certaines charges qui lui ont été imposées par le testateur, comme l'héritier chargé de legs, peut être comparé à un donataire à qui le donateur a imposé un mode en faveur d'un tiers(6). Enfin, dans le droit classique, le quasi-contrat résultant de la *litis contestatio* imitait la novation; il était réputé une novation nécessaire(7); sous Justinien, il équivaut à un engagement des plaideurs de vider la contestation devant le juge de la cause. Le principe d'après lequel tout quasi-contrat a pour type un certain contrat, a une haute importance. Il s'ensuit que le quasi-contrat est en général soumis à la théorie du contrat qui lui sert de type; surtout les obligations des parties sont les mêmes(8), sauf les différences fondées sur la nature des choses. Nous examinerons dans les paragraphes suivants la gestion d'affaires (§ 191-193), les sacrifices faits dans le but de sauver un navire (§ 194-196), la réception des effets des voyageurs dans un hôtel ou dans un bateau (§ 197), la détention d'une chose sans cause (§ 198-199) et la communauté accidentelle (§ 200-201). Les autres quasi-contrats appartiennent à d'autres théories que celle des obligations; l'acceptation d'une tutelle ou d'une curatelle est du domaine des droits de famille; l'acquisition d'une succession à cause de mort grevée de charges testamentaires ressortit au droit héréditaire et le quasi-contrat de la *litis contestatio* à la matière des actions.

(6) Cf. D. 42, 4, *quib. ex caus. in possess. eatur*, L. 3, § 3 i. f., L. 4.

(7) Cf. D. 46, 2, *de novat.*, L. 29 initio.

(8) Gaius, III, 91 initio; I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 1 initio; I. *h. t.*, § 6 i. f.; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, § 3 initio.

SECTION I. — DE LA GESTION D'AFFAIRES.

D. 3, 5, *de negotiis gestis*. — C. 2, 18 (19, édition Kriegel), *eod.*

CHAMBON, *Die negotiorum gestio*, Leipzig, 1848.

RUHSTRAT, *Archiv für die civil. Praxis* XXXII, n° 7, p. 173-199, XXXIII, n^os^ 2 et 9, p. 25-42, et 213-241, et XXXIV, n° 3, p. 59-84, Heidelberg, 1849-1851.

Le même, *Ueber negotiorum gestio*, Oldenbourg, 1858.

Le même, *Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. u. deutschen Privatrechts* IX, n° 3, p. 223-287, Iéna, 1868.

DANKWARDT, *Die negotiorum gestio*, Rostock, 1855.

JACOBI, *Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. u. deutschen Privatrechts* IV, n° 3, p. 215-228 et 293-320, Iéna, 1861.

VON MONROY, *Die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte*, 1878.

§ 191. *Notion et conditions.*

La gestion d'affaires (*negotiorum gestio*), envisagée comme quasi-contrat propre, consiste à administrer les affaires d'autrui en dehors d'un mandat, d'une tutelle ou d'une curatelle(1). Du moins telle est la notion de ce quasi-contrat en tant qu'il s'agit d'obliger le gérant; l'obligation réciproque du maître envers le gérant est subordonnée à des conditions spéciales, que n'indique pas et ne doit pas indiquer la définition prémentionnée; elles seront expliquées au paragraphe suivant. Pour que le quasi-contrat de gestion d'affaires arrive à l'existence, il suffit de la réunion des conditions suivantes :

1° Le gérant doit être capable de s'obliger par convention; car, comme dans le cas de convention, il s'agit pour le gérant de s'obliger par une manifestation de volonté. Les impubères sont donc incapables d'entreprendre une gestion d'affaires(2).

(1) Cf. I. *h. t.*, § 1, et D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, pr.

(2) Toutefois la gestion d'affaires, comme la convention, oblige naturellement les impubères dans le sens restreint que nous avons indiqué (T. I, § 47, II, 3°, et note 52 initio) et ici encore les impubères sont tenus civilement jusqu'à concurrence du profit qu'ils ont retiré de la gestion (D. *h. t.*, L. 3, § 4 initio; cf. § 47, II, 3° initio, et note 52 initio). Enfin, le pupille qui veut poursuivre le maître en exécution de ses obligations, doit au préalable remplir ses propres obligations, comme à l'occasion d'un contrat bilatéral (arg. D. *h. t.*, L.3, § 4 i. f.; cf. § 47, notes 51 initio et 52 initio).

Voyez pour d'autres incapacités : 1° le D. *h. t.*, L. 16, L. 17, L. 18, pr. et § 1,

2° Le gérant doit avoir administré les affaires d'autrui, c'est-à-dire avoir fait un acte quelconque relatif aux intérêts patrimoniaux d'un tiers. Pas de gestion d'affaires s'il a administré ses propres affaires dans la fausse croyance que c'étaient celles d'autrui(3); par exemple il a bâti sur son terrain croyant bâtir sur celui de A. Que si l'on a administré à la fois ses affaires personnelles et celles d'autrui, la gestion se limite aux affaires d'autrui(4). Un seul et même acte peut très bien constituer une gestion des affaires de plusieurs personnes; celui qui exécute un mandat au lieu et place du mandataire, gère simultanément les affaires du mandant et celles du mandataire(5).

3° Enfin, le quasi-contrat de gestion d'affaires suppose qu'on ait administré les affaires d'un tiers sans être ni son mandataire, ni son tuteur, ni son curateur; autrement on rentre dans le contrat de mandat ou dans le quasi-contrat de gestion d'une tutelle ou d'une curatelle; le quasi-contrat de gestion d'affaires n'a qu'un caractère subsidiaire(6). Rappelons à cette occasion que le mandat peut être tacite(7). Mais il y a quasi-contrat de gestion d'affaires si le mandat est nul(8) ou si le mandataire a excédé les limites de son mandat, à condition qu'il ait géré les affaires d'autrui et non les siennes propres(9). — Pour qu'il y ait quasi-contrat de gestion d'affaires, il faut même que le maître n'ait pas ratifié après coup la gestion; sa ratification convertit le quasi-contrat de gestion d'affaires en un de mandat; c'est un mandat donné *ex post facto*. La portée de

L. 44, § 1 (L. 17, L. 18, L. 19, pr. et § 1, L. 45, § 1, Kriegel), et 2° le C. *h. t.*, L. 12, cf. D. *h. t.*, L. 36 (L. 37, Kriegel), § 1.

(3) D. *h. t.*, L. 5, § 6 initio (L. 6, § 4 initio, Kriegel). — (4) L. 5, § 6 i. f., cit.

(5) Cf. D. *h. t.*, L. 45 (L. 46, Kriegel), § 1. Pour des cas analogues voyez 1° le D. *h. t.*, L. 5, § 2 (L. 6, pr., Kriegel), cf. L. 5, § 3 (L. 6, § 1, Kriegel), passage expliqué au T. II, § 111, note 94, 1°, et 2° le D. *h. t.*, L. 20, § 3, L. 27 (L. 21, § 3, L. 28, Kriegel). Cf. encore le D. *h. t.*, L. 3, § 11, L. 4, le D. 17, 1, *mand.*, L. 21, L. 53, et le C. *h. t.*, L. 14.

(6) D. 17, 1, *mand.*, L. 6, § 1; C. *h. t.*, L. 20, pr. (L. 20 initio, Kriegel).

(7) Cf. ci-dessus T. III, § 134, IV i. f.

(8) D. *h. t.*, L. 6, § 7, L. 18, § 2 (L. 6, § 5, L. 19, § 2, Kriegel), cf. L. 35 (L. 36, Kriegel). — D. 16, 1, *ad sctum. Vell.*, L. 6, L. 7. — D. *h. t.*, L. 5, pr.

(9) D. *h. t.*, L. 31 (L. 32, Kriegel, pr.).

ce principe est que la gestion antérieure à la ratification est considérée comme ayant eu lieu en vertu d'un mandat. Ce point de vue est rationnel; en ratifiant la gestion antérieure, on y donne son consentement, de la même manière que par la voie du mandat on consent à une gestion subséquente(10). En conséquence, la gestion ratifiée est soumise à la théorie du mandat; les obligations des parties sont les mêmes que dans le cas d'un mandat ordinaire(11); surtout le maître est obligé par la gestion, fût-elle inutile(11) et il doit tenir compte au gérant de ses dépenses volup-

(10) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 60, vis Sed et si quis ratum habuerit quod gestum « est, obstringitur mandati actione »; D. 15, 4, *quod jussu*, L. 1, § 6. « Si ratum « habuerit quis quod servus ejus gesserit vel filius, quod jussu actio in eos « datur »; C. 5, 16, *de donat. inter V. et U.*, L. 25, § 2 (L. 25 i. f., Kriegel), vis sicut « et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus « contracta sunt.. »; D. 20, 1, *de pignor.*, L. 16, § 1; D. 46, 3, *de solut.*, L. 58, § 2, L. 71, § 1-2; arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 152, § 2. « In maleficio ratihabitio mandato comparatur ».

Contra 1° D. *h. t.*, L. 8 (L. 9, Kriegel). SCÆVOLA *libro I quæstionum*. « Pompo- « nius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum « tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo ne in dubio hoc, an « ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat : nam quomodo, cum « semel coeperit, nuda voluntate tolletur? sed superius ita verum se putare, « si dolus malus a te absit. Scævola : immo puto et si comprobem, adhuc « negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum te mihi non teneri, quod « reprobare non possim semel probatum : et quemadmodum quod utiliter gestum « est necesse est apud judicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum « est. Ceterum si ubi probavi, non est negotiorum actio : quid fiet, si a debitore « meo exegerit et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? « ipse denique si quid impendit, quemadmodum recipiet? *nam utique mandatum « non est. Erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio* ».

Scævola est formel. Même après la ratification, il n'y a pas de mandat et on ne peut recourir aux actions directe et contraire de mandat. La gestion d'affaires subsiste; le maître n'a que l'action directe de gestion d'affaires, pour se faire restituer ce que le gérant a reçu, et le gérant est réduit à l'action contraire de gestion d'affaires, en vue d'obtenir la restitution de ses impenses. Sous ce dernier rapport, Scævola repousse complètement la règle proclamée par le D. 50, 17, *de R. J.*, L. 60 i. f.

Son opinion est inconciliable avec les lois que nous avons citées en notre faveur au commencement de la présente note et le D. *h. t.*, L. 8, atteste le désaccord qui régnait parmi les jurisconsultes romains. Mais, par le C. 5, 16, *de donat. inter V. et U.*, L. 25, § 2, Justinien a tranché la controverse dans le sens indiqué.

(11) D. *h. t.*, L. 8 (L. 9, Kriegel), vis sed eo dictum..... probatum est.

tuaires comme de ses dépenses utiles(12); il peut être poursuivi par l'action contraire de mandat(13). Les tiers également ont le droit de se prévaloir du mandat donné après coup(14). Mais la ratification ne doit nuire ni au gérant, ni aux tiers. Le gérant ne répond donc que de la faute dont il est tenu au quasi-contrat de gestion d'affaires(15) et, si le gérant d'affaires d'un créancier a sommé le débiteur de payer, la ratification ne constitue pas le débiteur en demeure(16). De même, nonobstant sa ratification, le maître a seulement contre le gérant l'action directe de gestion d'affaires(17); en ce qui concerne le gérant, tout en disposant contre le maître de l'action contraire de mandat, il lui est loisible de recourir de préférence à l'action de gestion d'affaires(18). La ratification d'une simple gestion

(12) Arg. du même passage. — (13) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 60 i. f.

(14) C. 3, 32, *de rei vindic.*, L. 3, § 1 (L. 3 i. f., Kriegel). — D. *h. t.*, L. 5, § 11-12 (L. 6, § 9-10, Kriegel); D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 14; D. 47, 2, *de furt.*, L. 81 (L. 80, Kriegel), § 5. — D. 46, 3, *de solut.*, L. 71, § 2. — D. 15, 4, *quod jussu*, L. 1, § 6; C. 4, 26, *quod cum eo qui in al. est pot.*, L. 7, § 3 i. f., (§ 1 i. f., Kriegel).

(15) Cf. ci-après le § 192, II, 1°. S'il est condamné pour dol, il n'encourt pas l'infamie comme le mandataire; cf. ci-dessus T. III, § 136, I i. f.

(16) Cf. ci-dessus T. I, § 19, II, A, 2° i. f.

(17) C. 3, 32, *de rei vindic.*, L. 3, § 1 (L. 3 i. f., Kriegel); C. 8, 37 (38, Kriegel), *de contr. et committ. stipul.*, L. 3, § 1 (L. 3 i. f , Kriegel); D. 47, 2, *de furt.*, L. 81 (L. 80, Kriegel), § 5 initio. Il a contre les tiers qui ont contracté avec le gérant, les actions utiles fictices du mandant (ci-après § 193, 2°); ces actions ne causent aucun préjudice aux tiers.

(18) D. 17, 1, *mand.*, L. 50, pr.; D. *h. t.*, L. 8 (L. 9, Kriegel).

Voyez en notre sens VANGEROW, III, § 664, *Anm.*, n° III, et WINDSCHEID, I, § 74, avec les notes 5 à 7, et § 83 avec les notes 4 à 6. UNTERHOLZNER, cité, II, § 624, n° XI, et SCHILLING, III, § 318 i. f., établissent les mêmes principes généraux. MAYNZ, II, § 274, et note 12, arrive en fait à un résultat analogue.

Contra MOLITOR, cité, II, n° 714, et en général aussi GLÜCK, T. V, § 319, p. 333-338, et T. XV, § 951, p. 247-248, PUCHTA, *Pand.*, § 53, et note i, et ARNDTS, § 78.

La ratification de la gestion équivalant à un mandat donné *ex post facto*, produit un effet remarquable. Si quelqu'un a géré les affaires de A, croyant gérer celles de B, et que B ratifie, cette ratification crée un rapport de mandat entre le gérant et B, alors que jusque-là il n'y avait pas même entre eux un quasi-contrat de gestion d'affaires; car en fait c'étaient les affaires de A qui avaient été gérées; le quasi-contrat de gestion d'affaires n'existait qu'entre le gérant et A (D. *h. t.*, L. 5, § 11-12 (L. 6, § 9-10, Kriegel)). Pour des cas analogues voyez le C. *h. t.*, L. 9, L. 19. Toutefois, la règle énoncée suppose que l'acte de gestion soit de nature à

d'affaires, outre qu'elle implique un mandat pour le passé, est parfois accompagnée d'un mandat pour l'avenir; mais ce mandat ne se présume point(19).

§ 192. *Effets de la gestion d'affaires entre parties.*

I. La gestion d'affaires étant un quasi-contrat qui ressemble au mandat, ses effets sont généralement les mêmes. Le gérant est nécessairement obligé, le maître l'est d'après les circonstances(1); la gestion d'affaires constitue donc un quasi-contrat bilatéral imparfait. Le maître a l'*actio negotiorum gestorum directa*, le gérant l'*actio negotiorum gestorum contraria*(2). En général aussi les obligations du gérant d'affaires et du maître ressemblent respectivement à celles du mandataire et du mandant(3). Mais, pour que le gérant soit tenu envers le maître, il suffit que les conditions générales de la gestion d'affaires, telles qu'elles ont été fixées au précédent paragraphe, se trouvent réunies; dès ce moment l'action directe de gestion d'affaires est fondée. Par contre, le maître n'est tenu à l'égard du gérant que moyennant le concours de plusieurs

pouvoir faire l'objet d'un mandat de la part de B; par exemple, le gérant a reçu un payement d'un tiers qui se croyait débiteur de B, tandis qu'il était le débiteur de A (L. 5, § 11-12, cit.). Si ce point de vue est impossible, la ratification est sans objet comme l'eût été un mandat antérieur à la gestion; tel est le cas où quelqu'un bâtit sur le terrain de A, croyant construire sur le terrain de B, lequel ratifie (D. *h. t.*, L. 5, § 13 (L. 6, § 11, Kriegel). Ainsi s'expliquent aisément des lois romaines qui au premier abord sont assez embarrassantes. Cf. MOLITOR, cité, II, n° 764, 1°, *c.*

(19) L'intention du gérant d'obliger le maître n'est pas une condition du quasi-contrat de gestion d'affaires; cette circonstance devait être indifférente au point de vue des obligations du gérant (D. *h. t.*, L. 48 (L. 49, Kriegel), vis Si rem..... gessisses; C. *h. t.*, L. 19). En ce sens MOLITOR, cité, II, n° 771, et VANGEROW, III, § 664, *Anm.*, n° II, 1°, a initio. Contra MAYNZ, II, § 274, n° I initio et 2°, ainsi que l'Observation, n° 1. Cf. UNTERHOLZNER, cité, II, § 624, n° IV, et § 626, n° VI. Il en est autrement s'il s'agit des obligations du maître envers le gérant; voyez ci-après § 192, I, 1°.

(1) I. *h. t.*, § 1; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, pr.; D. *h. t.*, L. 2.

(2) I. *h. t.*, § 1 initio. Cf. D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, pr. initio, et D. *h. t.*, L. 2 initio. — (3) I. *h. t.*, § 1 i. f.; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, pr. i. f.; D. *h. t.*, L. 2 i. f.

autres conditions supplémentaires; alors seulement il dispose de l'action contraire de gestion d'affaires :

1° Le gérant doit avoir eu l'intention d'obliger le maître; à défaut de cette intention, il est sans action contre le maître, parce qu'il n'en a pas voulu. Par application de ce principe, le maître n'est pas obligé si le gérant a agi dans un esprit de libéralité(4), entre autres si, dans un pareil esprit, il a bâti sur le terrain d'autrui, payé la dette d'autrui(5) ou cautionné un débiteur(6). Il en est de même si le gérant a cru administrer ses propres affaires, tandis qu'en réalité il administrait celles d'autrui, par exemple il a bâti sur le terrain d'autrui croyant bâtir sur le sien propre(7), il a transformé en une nouvelle espèce la chose d'autrui qu'il considérait comme sa propriété(8). Mais il n'est pas nécessaire que le gérant ait voulu

(4) D. *h. t.*, L. 4 i. f. cbn. avec l'initium. Arg. D. 17, 1, *mand.*, L. 6, § 2 i. f.

(5) C. *h. t.*, L. 12 initio.

(6) D. *h. t.*, L. 4 i. f. cbn. avec l'initium. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 26, § 1, L. 43 (L. 27, § 1, L. 44, Kriegel), le D. 17, 1, *mand.*, L. 60, § 1, et le C. *h. t.*, L. 1, L. 5, L. 11, L. 13, L. 15. La volonté de faire une libéralité au maître ne se présume point (D. *h. t.*, L. 33 (L. 34, Kriegel)).

(7) D. 44, 4, *de doli mali et m^t. except.*, L. 14, ou bien il a bâti sur un terrain qui lui appartenait par indivis avec un tiers, croyant bâtir sur un fonds propre (D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 14, § 1, v^is Impendia autem..... obligare volui, cf. L. 29, pr., v^is Diversa causa est..... dandum est).

(8) La règle énoncée s'applique même aux payements de dettes ou de charges héréditaires faits par un héritier putatif ; ces payements peuvent seulement être répétés par le *condictio indebiti* contre le tiers qui a été payé (D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 19, § 1; D. 46, 3, *de solut.*, L. 38, § 2 i. f.; D. 5, 3, *de heredit. petit.*, L. 31, pr.) et être opposés en déduction à l'héritier véritable qui agit par la pétition d'hérédité (L. 31, pr., cit.); ce dernier n'est pas libéré par le payement que le possesseur de la succession a fait en nom propre (L. 31, pr. initio, cit.; D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 19, § 1). Toutefois, si l'héritier putatif a payé sa propre chose, on admet qu'il libère l'héritier véritable et de ce chef il obtient contre lui l'action contraire de gestion d'affaires (D. *h. t.*, L. 48 (L. 49, Kriegel), v^is sicut ex contrario.....). En ce sens VANGEROW, III, § 664, *Anm.*, n° II, 1°, a. Cf. MAYNZ, II, § 274, Observation, n° 2. Contra MOLITOR, cité, II, n° 772, qui accorde d'une manière générale à l'héritier putatif l'action contraire de gestion d'affaires.

Le gérant a aussi un droit de rétention du chef de ses impenses faites à la chose d'autrui (D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 14, § 1, v^is Impendia autem..... obligare volui; D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 33).

La volonté d'obliger fait encore défaut si le gérant a voulu exécuter un manda

obliger une personne déterminée; on gère valablement les affaires d'un tiers indéterminé; on n'en veut pas moins obliger le maître quel qu'il soit. Une erreur sur la personne du maître est tout aussi indifférente; elle n'exclut pas non plus la volonté d'obliger le maître véritable. Si donc quelqu'un bâtit sur le terrain de A, sans connaître le propriétaire du terrain ou bien dans la conviction que le terrain appartient à B, il a l'action contraire de gestion d'affaires contre A, à moins d'avoir agi dans un esprit de libéralité (9).

2° Le maître n'est tenu envers le gérant que s'il ne s'est pas opposé à la gestion. En effet, le maître est obligé à l'instar du mandant; or cette analogie n'existe pas si le maître s'est opposé à la gestion(10). Il va de soi que si l'opposition du maître survient au milieu d'une gestion, les actes antérieurs de gestion valent à l'égard du maître(11).

3° Pour que la gestion oblige le maître, il est encore essentiel qu'elle soit nécessaire ou utile(12); une gestion simplement volup-

à lui donné par un tiers autre que le maître de l'affaire (D. 17, 1, *mand.*, L. 53, vis quod si....., L. 21 initio).

L'action contraire de gestion d'affaires exige-t-elle l'intention du gérant d'être utile au maître ou bien est-elle fondée même si le gérant a eu en vue son avantage personnel? La dernière opinion nous paraît préférable (D. *h. t.*, L. 5, § 5 (L. 6, § 3, Kriegel)). Contra POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 3, 5, *de neg. gest.*, n° 13 (l'auteur incline vers une correction de la loi 5, § 5, cit.), et MOLITOR, cité, II, n° 773, 2°. Cf. ci-après la note 19 i. f. du présent paragraphe.

(9) D. *h. t.*, L. 5, § 1, 9 et 10, L. 44, § 2 (L. 5, § 1, L. 6, § 7-8, L. 45, § 2, Kriegel). *Idem* si un copropriétaire bâtit sur le terrain qui lui appartient par indivis avec A, dans la croyance que B est son copropriétaire (D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 14, § 1, vis At cum puto....., cf. L. 29, pr.). Ainsi encore, lorsqu'on a géré les affaires de A et B, croyant gérer seulement celles de A, B comme A est soumis à l'action contraire de gestion d'affaires (D. *h. t.*, L. 5, § 8, L. 30, § 1 (L. 6, § 6, L. 31, § 1, Kriegel). Cf. D. *h. t.*, L. 45 (L. 46, Kriegel), et D. 17, 1, *mand.*, L. 22, § 10).

(10) On peut encore dire que le gérant qui persiste à gérer malgré la défense du maître, doit avoir voulu obliger ce dernier. La question était controversée parmi les jurisconsultes romains (D. 17, 1, *mand.*, L. 40; D. *h. t.*, L. 7, § 3 (L. 8, § 3, Kriegel); cf. D. 17, 1, *mand.*, L. 6, § 2 i. f., L. 53, vis quod si.....); Justinien la trancha dans le sens indiqué (C. *h. t.*, L. 24, pr. et § 1 (L. 24 initio, Kriegel). — (11) C. *h. t.*, L. 24, § 2 (L. 24 i. f., Kriegel).

(12) D. *h. t.*, L. 44 (L. 45, Kriegel), pr.; C. *h. t.*, L. 10.

tuaire ou d'agrément ne le lie point(13); on ne saurait raisonnablement admettre que quelqu'un soit obligé par une gestion d'agrément à laquelle il n'a consenti en aucune façon. De plus, l'obligation du maître est très différente selon que la gestion est nécessaire ou seulement utile. Dans le premier cas, il est tenu d'une manière absolue, alors même que l'impense faite par le gérant est supérieure au profit résultant de la gestion(14) ou bien que ce profit a disparu après coup(15), par exemple, le gérant ayant réparé une maison ruineuse, celle-ci est détruite plus tard par la foudre(16); il suffit qu'on ne puisse imputer aucune faute au gérant(17). Dans le second cas, celui d'une gestion simplement utile, le maître n'est tenu que jusqu'à concurrence du profit réel qu'il en retire au moment de la poursuite(18). Cette distinction est fondée en raison. Étant donnée une gestion nécessaire, l'intervention du gérant était pleinement justifiée; dès lors elle devait être absolument obligatoire pour le maître; l'intérêt même de celui-ci exige que s'il est menacé d'une perte, des tiers puissent intervenir en sa faveur sans courir aucun risque, sinon ils n'interviendraient point et le maître souffrirait de leur abstention. L'on ne peut en dire autant d'une gestion simplement utile. Ici l'utilité de la gestion constitue le seul motif juridique de l'obligation du maître et partant cette obligation doit être limitée à l'utilité réelle et définitive résultant de la gestion(19).

(13) Cf. D. *h. t.*, L. 9 (L. 10, Kriegel), § 1, vis Sed ut Celsus refert..... adgreditur, et vis Ego quæro....., et C. *h. t.*, L. 10.

(14) Arg. D. 15, 3, *de in rem verso*, L. 5, pr. i. f.

(15) D. *h. t.*, L. 9 (L. 10, Kriegel), § 1, vis Is autem qui negotiorum gestorum « agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed « sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium... », et vis Juxta hoc est..... secutus, L. 11, § 2, L. 21 initio (L. 12, § 2, L. 22 initio, Kriegel).

(16) D. *h. t.*, L. 9 (L. 10, Kriegel), § 1, vis Et ideo si insulam fulsit vel servum ægrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obiit, aget negotio« rum gestorum : idque et Labeo probat.. », L. 21 initio (L. 22 initio, Kriegel).

(17) D. *h. t.*, L. 21 i. f. (L. 22 i. f., Kriegel); arg. D. *h. t.*, L. 24, L. 30, § 4 (L. 25, L. 31, § 4, Kriegel).

(18) Arg. D. 15, 3, *de in rem verso*, L. 5, pr. Le surplus de l'impense faite par le gérant d'affaires retombe à sa charge, comme conséquence de sa faute (D. *h. t.*, L. 24, L. 30, § 4 (L. 25, L. 31, § 4, Kriegel)).

(19) Quelles sont les gestions nécessaires? quelles sont les gestions simplement

Mais l'obligation du maître envers le gérant n'est subordonnée à aucune condition de capacité dans le chef du maître ; celui-ci est tenu fût-il âgé de moins de sept ans ou bien atteint d'aliénation mentale. L'obligation du maître se formant en dehors de sa volonté, l'insuffisance ou l'absence de celle-ci devait être indifférente(20).

II. Le gérant a les obligations suivantes :

1° Il est tenu de continuer et d'achever la gestion qu'il a entreprise(21), jusqu'à ce que le maître soit en état de s'en charger lui-même. Cette obligation lui incombe aussi vis-à-vis des héritiers du maître(21). D'autre part, le gérant doit administrer toutes les dépendances de l'affaire dont il a entrepris la gestion(22) et même si, en se chargeant d'une affaire, il a éloigné de la gestion des personnes qui étaient disposées à gérer encore d'autres affaires, il doit se charger aussi de ces dernières(23); sauf cette exception, le gérant

utiles? Il ne suffit pas de considérer la gestion en elle-même; il faut l'envisager au point de vue particulier du maître. Ainsi, la réparation d'une maison ruineuse est très généralement une gestion nécessaire; mais il n'y aura pas même une gestion utile, si le maître s'abstenait de réparer la maison, parce que la dépense dépassait ses ressources ou que la maison ne lui servait à rien (D. *h. t.*, L. 9 (L. 10, Kriegel), § 1, vis Is autem..... adgreditur; arg. C. *h. t.*, L. 10). S'agit-il d'une gestion générale, il faut réputer nécessaires tous les actes de gestion dont l'omission de la part du gérant aurait constitué une faute; cf. VANGEROW, III, § 664, *Anm.*, n° II, 3°, b.

Si quelqu'un, tout en gérant les affaires d'autrui dans l'intention d'obliger le maître, a cependant recherché son avantage personnel plutôt que celui du maître, sa gestion n'est jamais réputée nécessaire et son action contre le maître se restreint toujours au profit que ce dernier retire de la gestion lors de la poursuite (D. *h. t.*, L. 5, § 5 (L. 6, § 3, Kriegel)).

(20) D. *h. t.*, L. 3, § 5 initio, L. 11, § 2, L. 20, § 1 (L. 12, § 2, L. 21, § 1, Kriegel). Mais le pupille n'est jamais tenu que dans les limites du profit qu'il retire de la gestion lors de la *litis contestatio* (D. *h. t.*, L. 5, § 2 i. f. cbn. avec l'initium, L. 36, pr. (L. 6, pr., L. 37, pr., Kriegel); C. *h. t.*, L. 2. Cf. D. 46, 3, *de solut.*, L. 47, § 1, et le D. *h. t.*, L. 14 (L. 15, Kriegel). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 20 (L. 21, Kriegel), § 1.

(21) D. *h. t.*, L. 20 (L. 21, Kriegel), § 2. L'obligation du gérant se transmet aussi à ses propres héritiers.

(22) D. *h. t.*, L. 30, § 2, vis ceterum si....., L. 12 (L. 31, § 2, L. 13, Kriegel).

(23) D. *h. t.*, L. 5, § 14 initio (L. 6, § 12 initio, Kriegel). Le gérant doit parfois poursuivre les débiteurs du maître (D. *h. t.*, L. 5, § 14 (L. 6, § 12, Kriegel), vis Quamquam enim..... intendere potuit, et C. *h. t.*, L. 20, § 2 (L. 20 i. f., Kriegel),

n'est pas tenu de pourvoir à de nouvelles affaires du maître(24). Par dérogation au droit commun, le gérant répond généralement de toute faute(25). Mais sa responsabilité se réduit à la faute lourde s'il est intervenu dans les affaires d'autrui en vue d'éviter une perte au maître; par exemple, la maison de celui-ci menaçait ruine ou, faute d'être défendu en justice, ses biens allaient être vendus par ses créanciers, et le gérant a réparé la maison ou défendu le maître. C'est une disposition d'équité fondée sur la nature de l'intervention du gérant(26). D'autre part, si le gérant a entrepris des opérations hasardeuses auxquelles le maître ne se livrait point, par exemple s'il a fait le commerce pour compte d'un non-commerçant, il supporte le risque de sa gestion, bien que celle-ci considérée en elle-même soit exempte de faute; le fait d'entreprendre des opérations hasardeuses est déjà une faute et la perte résulte de cette faute(27). Si par certains de ses actes le gérant a causé des pertes au maître, il

cbn. avec D. *h. t.*, L. 7 (L. 8, Kriegel), pr. initio) et acquitter ses propres dettes envers le maître (D. *h. t.*, L. 5, § 14, vis Certe si quid....., L. 6, L. 37 (L. 6, § 12, L. 7, L. 38, Kriegel). — D. *h. t.*, L. 34 (L. 35, Kriegel), pr. — D. *h. t.*, L. 7, pr. i. f., L. 34, § 3 (L. 8, pr. i. f., L. 35, § 3, Kriegel). — Cf. D. *h. t.*, L. 34 (L. 35, Kriegel), § 1-2). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 18 (L. 19, Kriegel), § 3. Il doit aussi payer les créanciers du maître et, s'il est personnellement créancier du maître, se payer lui-même à l'aide des fonds provenant de la gestion, du moins dans le cas où le maître a intérêt à ce payement (D. *h. t.*, L. 12 (L. 13, Kriegel)).

(24) D. *h. t.*, L. 20 (L. 21, Kriegel), § 2; C. *h. t.*, L. 20.

(25) I. *h. t.*, § 1 i. f.; D. *h. t.*, L. 10 (L. 11, Kriegel) initio; C. *h. t.*, L. 20, § 1 (L. 20, Kriegel); D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23 initio; Paul., I, 4, § 1. Applications: D. *h. t.*, L. 12, L. 20, § 3, L. 22 i. f., L. 30, § 2, L. 36, § 1 initio (L. 13, L. 21, § 3, L. 23 i. f., L. 31, § 2, L. 37, § 1 initio, Kriegel); C. 4, 32, *de usur.*, L. 24. Les accidents sont supportés par le maître (D. *h. t.*, L. 12, L. 26, § 1 i. f. (L. 13, L. 37, § 1 i. f., Kriegel); C. *h. t.*, L. 22). Cf. ci-dessus T. I, § 14, I, 1°.

(26) D. *h. t.*, L. 3, § 9.

(27) D. *h. t.*, L. 10 (L. 11, Kriegel). En ce sens Pothier, *Pandectæ Justinianeæ*, 3, 5, *de neg. gest.*, n° 52.

En outre, toutes les fois que la gestion est seulement utile, le gérant supporte les accidents en ce sens que si ses dépenses sont supérieures au profit que le maître retire de la gestion lors de la poursuite, le gérant perd la différence. C'est encore l'effet de la faute qu'il a commise en s'immisçant sans nécessité dans les affaires d'autrui; cf. ci-dessus le n° I, 3°, du présent paragraphe.

Une observation analogue s'applique au cas où le gérant est intervenu dans son

peut les compenser avec les bénéfices provenant d'autres actes de gestion, dans le cas où ceux-ci étaient purement facultatifs(28); nous nous référons sur ce point à des explications antérieures(29). Le gérant a encore la faculté de se substituer un tiers; mais cette substitution ne le dégage pas de sa responsabilité; il répond des fautes du substitué comme des siennes propres(30).

2° Le gérant doit rendre compte de sa gestion au maître(31) et lui faire avoir tout ce qu'il a acquis pour lui(32). S'il y a plusieurs gérants de la même affaire, chacun d'eux est seulement obligé pour sa part et portion(33).

III. Les obligations du maître sont les mêmes que celles du mandant(34), sauf ce qui a été dit de la gestion simplement utile(35) et sauf que, s'il y a plusieurs maîtres de la même affaire, chacun n'est tenu que pour sa part(36).

La gestion d'affaires qui consiste à se charger des funérailles d'une personne décédée, sans y être obligé, est soumise à des règles spéciales. Le maître, c'est-à-dire celui à qui incombaient les funérailles(37), est obligé envers le gérant alors même que ce dernier a cru être personnellement tenu des funérailles(38) ou bien s'en est

intérêt personnel (D. *h. t.*, L. 5, § 5 (L. 6, § 3, Kriegel)); cf. ci-dessus la note 19 i. f.

(28) D. *h. t.*, L. 10 (L. 11, Kriegel) i. f. — (29) T. I, § 60, IV.

(30) D. *h. t.*, L. 20 (L. 21, Kriegel), § 3.

(31) I. *h. t.*, § 1 i. f.; D. *h. t.*, L. 2 i. f.

(32) D. *h. t.*, L. 7, § 1, L. 22 initio, L. 47 (L. 8, § 1, L. 23 initio, L. 48, Kriegel). Il est tenu de payer les intérêts dans les mêmes cas que le mandataire (D. *h. t.*, L. 30 (L. 31, Kriegel), § 3; C. 4, 32, *de usur.*, L. 24). Cf. ci-dessus T. III, § 136, I, 2°.

(33) D. *h. t.*, L. 25 (L. 26, Kriegel). A la différence du mandataire (ci-dessus T. III, § 136, I i. f.), le gérant condamné pour dol n'est pas frappé d'infamie; il n'a pu tromper la confiance du maître, puisque celui-ci ne l'avait pas chargé de la gestion (arg. D. 3, 2, *de his qui not. inf.*, L. 6, § 5 et 7).

(34) I. *h. t.*, § 1; D. *h. t.*, L. 2 i. f., L. 18 (L. 19, Kriegel), § 4; D. 22, 1, *de usur.*, L. 37; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, pr. i. f.; C. *h. t.*, L. 18. Cf. D. *h. t.*, L. 7 (L. 8, Kriegel), § 2.

(35) n° I, 3°, du présent paragraphe; voyez aussi les notes 19 i. f. et 20 de ce paragraphe. — (36) Arg. D. *h. t.*, L. 25 (L. 26, Kriegel).

(37) D. 11, 7, *de relig.*, L. 12, § 4, L. 14, § 17, L. 15-30, L. 31, pr. et § 1; C. 3, 44, *eod.*, L. 3. — (38) D. 11, 7, *de relig.*, L. 14, § 11, L. 32, pr.

chargé malgré la défense du maître(39). Ces règles sont beaucoup plus larges que celles de l'action contraire de gestion d'affaires. C'est pourquoi le préteur ouvrit au gérant une action nouvelle, l'*actio funeraria*(40); comme elle a un caractère exceptionnel, elle ne se donne qu'à défaut de toute autre action(41). Quelle que soit l'action par laquelle on fait valoir la créance des frais funéraires(42), cette créance jouit d'un privilège de payement(43).

§ 193. *Effets de la gestion d'affaires à l'égard des tiers.*

Lorsque le gérant contracte avec les tiers, il se forme en outre des obligations et des actions entre le maître et les tiers.

1° Le maître est tenu envers les tiers toutes les fois qu'il est tenu envers le gérant(1). Il faut donc le concours des diverses conditions de l'action contraire de gestion d'affaires : la volonté du gérant d'obliger le maître(2), le défaut d'opposition de la part de ce dernier

(39) D. 11, 7, *de relig.*, L. 14, § 13, mais non s'il a agi dans un esprit de libéralité (D. *eod.*, L. 14, § 7-9). Voyez encore le D. *eod.*, L. 14, § 10.

(40) D. 11, 7, *de relig.*, L. 12, § 2-3.

(41) D. *eod.*, L. 14, § 12 et 15. Cependant, dans le cas d'une gestion d'affaires obligatoire pour le maître, elle concourt avec l'action contraire de gestion d'affaires (D. *eod.*, L. 14, § 16), sans doute parce que c'est au fond une action contraire de gestion d'affaires avec un nom propre (arg. D. *eod.*, L. 14, § 13 i. f.).

(42) D. 42, 5, *de R. A. J. P.*, L. 17 i. f.

(43) Ce privilège l'emporte sur tous les autres privilèges de payement et même sur les hypothèques simples ou privilégiées (arg. PAUL, I, 21, § 15, et D. 11, 7, *de relig.*, L. 45; cf. ci-après § 246 initio). Voyez encore le D. 42, 5, *de R. A. J. P.*, L. 17 initio, et le D. 11, 7, *de relig.*, L. 46, § 2.

Objet de l'*actio funeraria* : D. 11, 7, *de relig.*, L. 14, § 3-6, L. 37, L. 46, § 1.

Durée et transmissibilité de cette action : D. *eod.*, L. 31, § 2.

(1) D. 15, 3, *de in rem verso*, L. 3, § 2. « Et regulariter dicimus totiens de in « rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotio « gessit negotiorum gestorum haberet actionem.. ». En ce sens MÜHLENBRUCH, II, § 435, n° III, et WINDSCHEID, II, § 483, 1°, et notes 2, 4 et 5. Cette condition vient à cesser si le gérant est sous la puissance du maître (D. 15, 3, *de in rem verso*, L. 3, pr. et § 1 i. f., L. 5, § 3, L. 7, § 3).

(2) Arg. C. 4, 26, *quod cum eo qui in al. est pot.*, L. 7, § 3 (§ 1, Kriegel), vis Alio- « quin si cum libero rem agente ejus, cujus precibus meministi, contractum « habuisti et ejus personam elegisti.. ».

et une gestion nécessaire ou utile(3). On ne comprend pas que le maître soit soumis à une action de la part des tiers alors qu'il n'est pas tenu de répondre à l'action du gérant(4). L'action qui compète dans l'espèce aux tiers, est l'action *de in rem verso*(5). Elle fut introduite en vue du cas où un esclave ou un enfant sous puissance avait contracté avec un tiers en dehors d'un mandat du chef de famille(6); plus tard on l'étendit à la gestion d'affaires entreprise par une personne qui ne se trouvait pas unie au maître par un lien de puissance(7). En ce qui concerne l'étendue de l'obligation du

(3) C'est la dernière condition que nos sources ont en vue lorsqu'elles subordonnent à une *in rem versio* l'obligation du maître envers les tiers (C. 4, 26, *quod cum eo qui in al. est pot.*, L. 7, § 3 (§ 1, Kriegel) i. f.; C. 2, 12 (13, Kriegel), *de procur.*, L. 19. Cf. D. 17, 2, *pro socio*, L. 82).

(4) Mais, à notre avis, l'obligation du maître envers les tiers n'exige point que le gérant ait fait connaître son principal aux tiers. Le gérant lui-même a l'action contraire de gestion d'affaires contre le maître, bien qu'il ait cru gérer les affaires d'une autre personne (ci-dessus T. II, § 192, I, 1° i. f.); par voie d'analogie, la connaissance de la personne du maître de la part des tiers ne doit pas non plus être une condition de leur action contre le maître. Aussi aucun texte ne requiert-il cette condition ; on ne peut la déduire du C. 4, 26, *quod cum eo qui in al. est pot.*, L. 7, § 3 (§ 1, Kriegel); cette loi se borne à constater qu'en fait le tiers contractant connaissait le maître. L'opinion que nous défendons, est admise implicitement par GLÜCK, XIV, § 917, p. 419-421. Cf. CHAMBON, cité, § 22. Contra MOLITOR, cité, II, n° 777, IHERING, *Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. u. deutschen Privatrechts* I, n° 7, p. 339-345, Iéna, 1857, et WINDSCHEID, II, § 483, 2°, et note 5.

(5) Arg. C. 4, 26, *quod cum eo qui in al. est pot.*, L. 7, § 3 (§ 1, Kriegel), C. 2, 12 (13, Kriegel), *de procur.*, L. 19, et D. 17, 2, *pro socio*, L. 82, cbn. avec I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot. est*, § 4, 4ᵇ et 4ᶜ (§ 4, Kriegel), et D. 15, 3, *de in rem verso*, L. 1, pr. et § 1.

(6) I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot. est*, § 4, 4ª et 4ᵇ (§ 4, Kriegel); D. 15, 3, *de in rem verso*, L. 1, pr. et § 1; C. 4, 25, *de exerc. et instit. act.*, L. 2.

(7) C. 4, 26, *quod cum eo qui in al. est pot.*, L. 7, § 3 (§ 1, Kriegel). « Alioquin si « *cum libero* rem agente ejus, cujus precibus meministi, contractum habuisti et « ejus personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, « *nisi vel in rem ejus pecunia processit* vel hunc contractum ratum habuit ».

C. 2,12 (13, Kriegel), *de procur.*, L. 19. « Si pretium, quod actoribus alienis fun- « dum vel servum *citra mandatum* tibi distrahentibus dedisti et neque præcessisse « neque secuta contractum domini declaretur voluntas, *in rem autem ejus id* « *pretium cessisse* provinciæ præses causa cognita perspexerit, hoc tibi restitui « jubebit ».

D. 17, 2, *pro socio*, L. 82. « Jure societatis per socium ære alieno socius non « obligatur, *nisi in communem arcam pecuniæ versæ sunt* ».

maître envers les tiers, elle est la même que celle de l'obligation du maître à l'égard du gérant; il y a lieu de suivre la distinction que nous avons établie précédemment entre la gestion nécessaire et la gestion simplement utile(8).

2° Réciproquement, le maître a contre les tiers qui ont conclu un contrat avec le gérant, les actions dont le gérant dispose contre les tiers en vertu de ce contrat. Ces actions lui compètent comme actions utiles fictices. En effet, telles sont les actions ouvertes au mandant contre les tiers qui ont contracté avec le mandataire(9); or, dans le cas d'une gestion d'affaires, il dépend du maître de la convertir en un mandat par la ratification, et celle-ci résulte de l'exercice des actions du mandant(10).

SECTION II. — DES SACRIFICES FAITS DANS LE BUT DE SAUVER UN NAVIRE.

D. 14, 2, *de lege Rhodia de jactu.*

DE SCHRYVER, *Mémoire sur la loi Rhodia de jactu*, dans les *Annales des Universités de Belgique* II, p. 373-441, Bruxelles, 1844.

§ 194. *Principe général.*

Si, un navire de mer étant en danger, un sacrifice est fait dans le but de le sauver et que le navire soit effectivement sauvé, tous les

Voyez en ce sens GLÜCK, XIV, § 917, p. 418-421, GŒSCHEN, II (2), § 646, 2°, THIBAUT, II, § 661, MÜHLENBRUCH, II, § 435, n° III, CHAMBON, cité, § 22, IHERING, *Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. u. deutschen Privatrecht* I, n° 7, p. 339-345, SINTENIS, II, § 102, et *Anm.* 86-87, MAYNZ, II, § 223, 6°, et § 274, n° I i. f., et WINDSCHEID, II, § 483, 2°.

Contra PUCHTA, *Pand.*, § 279 i. f., et *Vorles.* II, *eod.* Cf. MOLITOR, cité, II, n°s 658 et 777.

L'action *de in rem verso* que nous accordons dans l'espèce, est une extension analogique de l'action *de in rem verso* donnée contre le chef de famille à raison de la gestion de ses esclaves ou de ses enfants sous puissance. Dès lors elle ne peut être qu'une action utile. Voyez en ce sens GLÜCK, THIBAUT, SINTENIS et au fond aussi CHAMBON, l. c.

Beaucoup d'interprètes, tout en reconnaissant l'obligation du maître envers les tiers, accordent à ceux-ci, non pas l'action *de in rem verso*, mais l'action contraire de gestion d'affaires comme action utile fictivement cédée (DE SAVIGNY, cité, II, § 54, p. 31-32, BRINZ, II, § 259, et note 22 (2dc édition), et ARNDTS, § 248, et *Anm.* 3. Cf. UNTERHOLZNER, cité, I, § 200, et note d, et KELLER, § 236 i. f.).

(8) § 192, I, 3°. — (9) Cf. ci-dessus T. II, § 111, III, 1°.

(10) En ce sens MÜHLENBRUCH, II, § 435, n° III. Cf. MAYNZ, II, § 274, n° I i. f.

intéressés doivent contribuer à la perte en proportion de leur intérêt(1). Tel était le principe consacré par le droit des Rhodiens(2). Dans les derniers siècles de la république, l'île de Rhodes constituait le centre d'un commerce maritime des plus considérables(3) et, par voie de conséquence, son droit maritime, qui selon toute apparence était coutumier(4), jouissait d'une haute réputation chez tous les peuples de la Méditerranée(5), y compris les Romains. Ceux-ci adoptèrent notamment la règle de droit prémentionnée(6) et sans doute aussi, en bonne partie, l'interprétation que cette régle avait reçue chez les Rhodiens(7). La coutume Rhodienne, ainsi trans-

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1, « Lege Rhodia cavetur, ut, si levandæ navis gratia jactus « mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum « est », PAUL, II, 7, § 1, et D. *h. t.*, L. 2, § 2, vis placuit omnes, quonum interfuisset jacturam fieri, conferre oportere.. ». — (2) D. *h. t.*, L. 1.

(3) CICÉRON, *pro lege Manilia* 18, vis Rhodiorum usque ad nostram memoriam « disciplina navalis et gloria remansit ». Des escadres rhodiennes de trente, de septante et de cent voiles entreprenaient des voyages dans la Méditerranée, dans la mer Noire et jusque sur l'Océan ; parfois les derniers navires ne rentraient au port qu'après trois ou quatre années (DION CHRYSOSTOME, *In orat. Rhod.*). La seule rivale de Rhodes à cette époque était Alexandrie.

(4) Les expressions de *lex* et de *νόμος* appliquées au droit rhodien (D. *h. t.*, rubrique, L. 1, L. 9) ne sont pas contraires; elles sont employées dans le sens de *jus* (I. 1, 2, *de jure natur. et gent. et civ.*, § 3; D. 1, 1, *de just. et jure*, L. 6, § 1). Il est seulement probable que les Rhodiens finirent par rédiger leurs coutumes par écrit (DE SHRYVER, cité, p. 409-415).

(5) ISIDORE, *Origines* VI, 22 « Rhodiæ leges navalium commerciorum sunt ab « insula Rhodo cognominatæ, in qua antiquitus mercatorum fuit usus ».

(6) D. *h. t.*, L. 1.

(7) Cf. DE SCHRYVER, cité, p. 398.

Il est manifeste que la règle dont il s'agit ne forme pas une application du principe d'après lequel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui (D. 50, 17, *de R. J.*, L. 206). Si un navire étant réellement menacé de périr avec sa cargaison, on sauve le navire en jetant la cargaison, les propriétaires de celle-ci ne subissent aucun dommage, puisque leurs marchandises eussent aussi péri sans le jet. De plus, l'auteur du jet n'a pas commis de faute; il ne saurait donc être question d'un dommage illicite, d'un *damnum injuria datum*. Aussi au D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 14, pr., Ulpien refuse-t-il toute action en dommages et intérêts contre l'auteur du jet « *Qui servandarum mercium suarum causa alienas « merces in mare projecit, nulla tenetur actione..* », c'est-à-dire que l'auteur du jet ne doit pas payer la valeur des marchandises jetées. La règle du droit rhodien corrige ce résultat, en ce sens que les propriétaires des marchandises jetées ont

portée à Rome, est appelée par nos sources loi *Rhodia de jactu*(8); cette expression ne fait allusion ni à une loi romaine, ni même à une loi proprement dite(9).

§ 195. *Conditions de la contribution.*

1° Il faut avant tout qu'un navire de mer ait été en péril(1). Le plus souvent le danger résulte d'une tempête(2); mais il y a aussi lieu à contribution si, indépendamment d'une tempête, un sacrifice a été fait pour permettre à un navire, soit de se relever après avoir échoué, soit d'entrer dans le port(3), soit encore d'échapper à des corsaires(4). Il va de soi que le danger qui menaçait le navire, devait être réel; s'il n'existait point, aucune contribution n'est due, mais l'auteur du jet répond du dommage causé par sa faute(5).

le droit de contraindre les autres intéressés à contribuer à la perte faite dans l'intérêt commun. Voyez sur cette question De Schryver, cité, p. 417-420, 425-426 et 439, et Molitor, cité, II, nos 941 et 953 initio.

(8) D. *h. t.*, rubrique.

(9) Cf. la note 4 du présent paragraphe.

Le droit rhodien avait-il de l'autorité à Rome sous d'autres rapports? En certains cas du moins, le droit maritime des Rhodiens valait chez les Romains comme droit subsidiaire, dans le silence de la loi romaine; il en était notamment ainsi en ce qui concerne le droit des cités maritimes sur les objets échoués à la suite d'un naufrage (D. *h. t.*, L. 9). Cf. De Schryver, cité, p. 401-408. De plus, il est assez probable que les Romains s'approprièrent d'une manière principale des règles rhodiennes relatives à d'autres matières que la contribution pour jet, par exemple dans le prêt à la grosse (ci-dessus T. III, § 184), le contrat d'assurance (§ 184, note 3) et le contrat de change (Cicéron, *ad Attic.* XII, 24; Polybe, XXXII, 13); mais nous sommes à cet égard réduits à des conjectures. Constatons seulement que divers manuscrits des Sentences de Paul donnent pour rubrique au titre 7 du livre II *Ad legem Rhodiam de nauticis*, et que le jurisconsulte Volusius Mæcianus écrivit, sous le nom de *Ex lege Rhodia*, un ouvrage qui ne se restreignait pas à la contribution pour jet (D. *h. t.*, L. 9). Cf. De Schryver, cité, p. 398-401.

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 2, § 1 i. f. et 2 initio. — (2) D. *h. t.*, L. 2, § 2 initio, L. 6 initio.

(3) Paul, II, 7, § 4; D. *h. t.*, L. 4, pr. — (4) D. *h. t.*, L. 2, § 3 initio.

(5) D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 14, pr., vis sed si sine causa id fecisset, in « factum, si dolo, de dolo tenetur ». A notre avis l'action ouverte à la partie lésée est l'action Aquilienne; car un dommage a été causé par la faute de l'auteur du jet (arg. D. 43, 24, *quod vi aut clam*, L. 7, § 4, vis Est et..... æque perituris ædibus). La loi 14, pr., cit., accorde en outre une action *in factum* et en cas de

D'un autre côté, si le danger, quoique réel, a été amené par la faute du capitaine de navire, la contribution est également exclue; elle n'est établie que pour les cas de force majeure; la partie lésée par la faute du capitaine a seulement une action contre ce dernier (6). L'appréciation du danger appartient à tout intéressé(7); elle ne constitue une prérogative ni du capitaine, ni de la majorité des intéressés, quoique en fait le capitaine décide presque toujours la question. Si après coup l'existence du danger est contestée, le juge statue sur le différend (8).

2° Un sacrifice doit avoir été fait. Cette condition n'existe pas vraiment si les marchandises jetées ont été recouvrées(9); les frais de sauvetage des marchandises entrent seuls en contribution. Dans la plupart des cas, le sacrifice consiste en un jet de marchandise l'*actio doli*. Cf. POTHIER, *Pandectæ Justinianæ*, 19, 5, *de præscr. verb.*, n° 25, notes *d* et *e*, GLÜCK, XIV, § 885, p. 209, DE SCHRYVER, cité, p. 430 cbn. avec p. 418-420, et MOLITOR, cité, II, n° 945 cbn. avec n° 941, p. 369.

Si c'est le *magister navis* qui a fait le jet, il est aussi soumis à l'action naissant du louage. Quant au capitaine de navire, il est en cette seule qualité soumis à l'action *de recepto* (D. 4, 9, *nautæ caup. stabul.*, L. 1, pr. et § 8 i. f., L. 5, § 1).

(6) L'action est l'action *de recepto;* elle concourt avec l'action naissant du louage si le capitaine de navire a conclu ce contrat en qualité de *magister navis* (D. 19, 2, *loc.*, L. 13, § 2). Cf. ci-dessus T. III, § 139, 1° initio.

Si le capitaine est insolvable, la perte résultant de son insolvabilité est-elle sujette à contribution? Nous ne le pensons pas; la contribution n'est obligatoire que pour les accidents de mer et non pour la perte provenant de l'insolvabilité du capitaine. En ce sens THIBAUT, I, § 572, B, et note m, et BRAUN, *Erörterungen zu Thibaut*, § 983, et apparemment aussi, au point de vue du droit romain, GLÜCK, XIV, § 885, 1° i. f. Cf. DE SCHRYVER, cité, p. 431-432, et MOLITOR, cité, II, n° 946.

(7) Cf. D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 14, pr. initio, et D. *h. t.*, L. 2, § 1 i. f.

(8) Cf. DE SCHRYVER, cité, p. 430, et MOLITOR, cité, II, n° 945 initio. On ne doit d'ailleurs jeter que les marchandises nécessaires au sauvetage et choisir celles qui pèsent le plus et valent le moins. Autrement, dans le premier cas, le jet en tant qu'il était inutile ne donne pas lieu à contribution; l'auteur du jet en est seul responsable. Dans le second cas, la contribution est due pour la totalité du jet, car tout ce qui a été jeté l'a été à cause du péril; mais l'auteur du jet est tenu d'indemniser les intéressés qui, par suite de sa faute, subissent une contribution plus forte. Cf. DE SCHRYVER, cité, p. 432.

(9) D. *h. t.*, L. 2, § 7, cf. L. 2, § 8, L. 8.

dises(10); c'est même de là que dérive le nom de loi *Rhodia de jactu*. Mais cette circonstance n'est point essentielle. La contribution est aussi obligatoire si des marchandises gardées sur le navire ont été endommagées par suite du jet d'autres marchandises(11), si des marchandises ayant été transbordées dans une barque en vue d'alléger le navire, la barque a péri(12), si, en sens inverse, on a abandonné le bâtiment en sauvant quelques marchandises dans une barque(13), si, en vue de sauver le navire, on y a causé des dégâts quelconques, par exemple en l'ouvrant pour jeter des marchandises ou bien en coupant un mat pour échapper à la tempête(14), si l'on a payé une rançon à des corsaires(15), etc.

3° Le sacrifice doit avoir été fait dans le but de sauver le navire(16). On n'a pas égard à des pertes accidentelles; celles-ci n'ayant pas eu lieu dans l'intérêt commun, il n'y a pas de motif de les faire supporter en commun; chacun doit supporter les accidents qui le frappent(17). Tels sont les risques multiples de la navigation(18); le pillage du navire par des pirates est aussi un accident(19). Par une autre application du principe énoncé, si, lors d'un premier danger, des marchandises ont été jetées et recouvrées en tout ou en partie et que le bâtiment ait péri dans un danger subsé-

(10) D. *h. t.*, L. 1; PAUL, II, 7, § 1.

(11) D. *h. t.*, L. 4, § 2, vis Quid ergo....., cbn. avec l'initium du § 2.

(12) D. *h. t.*, L. 4, pr., vis Navis onustæ..... probat; PAUL, II, 7, § 4 initio.

(13) *Non obstat* D. *h. t.*, L. 4, pr., vis Contra si..... Ce passage ne suppose pas l'abandon du navire, mais au contraire le transbordement de certaines marchandises dans une barque à l'effet de sauver le navire. Celui-ci ayant péri et la barque ayant été sauvée, les propriétaires des marchandises sauvées dans la barque ne sont pas tenus à contribution envers les propriétaires du navire et du restant de la cargaison. Le motif de cette décision est que la perte du bâtiment avec le restant de la cargaison a un caractère accidentel; cf. ci-après le n° 3 et la note 21 du présent paragraphe.

La règle énoncée ci-dessus est acceptée par DE SCHRYVER, cité, p. 428 et 429, et par MOLITOR, cité, II, n° 947 i. f.

(14) D. *h. t.*, L 3, L. 5, § 1; PAUL, II, 7, § 3. — (15) D. *h. t.*, L. 2, § 3 initio.

(16) D. *h. t.*, L. 2, § 1, ou bien la barque dans laquelle on a placé quelques marchandises après l'abandon du navire; ci-dessus n° 2 i. f.

(17) D. *h. t.*, L. 2, § 1.

(18) D. *h. t.*, L. 2, § 1, L. 5, pr., L. 6, L. 7; PAUL, II, 7, § 3.

(19) D. *h. t.*, L. 2, § 3 i. f.

quent, aucune contribution n'est due à raison de la dernière perte; car celle-ci est purement accidentelle(20). De même, si l'on a transbordé quelques marchandises dans une chaloupe en vue d'alléger le navire et que le navire ait péri, tandis que la chaloupe a été sauvée, la perte du navire est accidentelle et partant ne donne pas lieu à contribution(21). Mais si, en sens opposé, on a abandonné un navire en sauvant une partie des marchandises dans une chaloupe, la perte du navire étant volontaire, la contribution est due par les propriétaires des marchandises sauvées dans la chaloupe(22).

4° Il faut enfin que le navire(23) ait été effectivement sauvé du danger qui le menaçait(24). S'il a péri malgré le sacrifice, celui-ci n'a servi à rien et partant il ne doit pas être une cause de contribution pour les propriétaires des marchandises sauvées du naufrage; la conservation de ces marchandises n'est pas due au jet mais au fait des sauveteurs(25). D'un autre côté, la contribution est due par cela seul que le navire a échappé au danger qui a provoqué le sacrifice, alors même qu'il aurait péri dans un péril ultérieur;

(20) D. *h. t.*, L. 4, § 1. « Eorum vero, qui ita servaverunt (lors de la perte du « navire), invicem rationem haberi non debere ab eo, qui in navigatione jactum « fecit (à l'occasion du premier péril), si quædam ex his mercibus per urinatores « extractæ sunt : eorum enim merces (les marchandises perdues lors du naufrage) « non possunt videri servandæ navis causa jactæ esse, quæ perit ».

(21) D. *h. t.*, L. 4, pr., v^is^ Contra si scapha cum parte mercium salva est, navis « periit, ratio haberi non debet eorum, qui in nave perdiderunt, quia jactus in « tributum nave salva venit ». Le jurisconsulte fonde sa décision sur ce que la contribution est seulement obligatoire si le navire est sauvé. Ce motif n'est pas concluant; si un navire abandonné périt, la contribution est pleinement due par les propriétaires des marchandises sauvées dans la barque. La vérité est que la contribution est exclue parce que le navire a péri accidentellement. Voyez encore PAUL, II, 7, § 4 i. f.

(22) Cf. ci-dessus la note 13 du présent paragraphe. Il faudra admettre l'abandon du navire si toutes les personnes qui se trouvaient à bord, se sont embarquées dans la chaloupe.

(23) ou la barque dans laquelle on a transbordé quelques marchandises après l'abandon du navire; ci-dessus n° 2° i. f.

(24) PAUL, II, 7, § 5; D. *h. t.*, L. 4, pr. i. f., L. 5, pr. i. f. Si le navire a été assailli par des pirates et qu'une rançon ait été payée à ceux-ci, l'obligation de contribuer suppose que le navire n'ait pas été pillé après coup par les corsaires.

(25) DE SCHRYVER, cité, p. 432. — MOLITOR, cité, II, n° 947 initio.

les propriétaires des marchandises recouvrées après le naufrage doivent contribuer à la perte résultant du jet. En effet, sans le jet les marchandises auraient péri à la suite du premier péril; le jet est la cause première de leur sauvetage(26).

§ 196. *Du mode de contribution.*

I. Moyennant le concours des conditions prémentionnées, tous les intéressés doivent contribuer à la perte en proportion de leur intérêt(1).

1° Les intéressés sont les propriétaires du navire(2) et des marchandises sauvées(3) ou jetées(4); la position des propriétaires des marchandises jetées ne doit pas être meilleure que celle des autres intéressés; car le jet leur assure l'estimation de leurs marchandises, comme il permet aux autres intéressés de conserver

(26) D. *h. t.*, L. 4, § 1. « Sed si navis, quæ in tempestate jactu mercium unius « mercatoris levata est, *in alio loco* summersa est et aliquorum mercatorum merces « per urinatores extractæ sunt data mercede, rationem haberi debere ejus, cujus « merces in navigatione levandæ navis causa jactæ sunt, ab his, qui postea sua per « urinatores servaverunt, Sabinus æque respondit.. »; PAUL, II, 7, § 2.

Y a-t-il lieu à contribution si des marchandises ont été chargées en route? En principe oui; l'époque du chargement ne justifie pas une différence. Toutefois, la contribution est exclue si le navire a été surchargé en route et que, par suite de cette circonstance, il ait été mis en péril. Alors, le danger a été amené par la faute du capitaine et celui-ci est seul tenu envers les perdants; ci-dessus le n° I du présent paragraphe. Cf. DE SCHRYVER, cité, p. 438, et MOLITOR, cité, II, n° 952 i. f. La contribution est même exclue par la seule violation du contrat de louage intervenu entre les premiers chargeurs et le *magister navis*, si celui-ci s'est écarté de la route convenue ou bien s'il a loué tout le bâtiment aux premiers chargeurs. En effet, les seconds chargeurs ne peuvent agir contre les premiers que comme cessionnaires réels ou fictifs des actions du *magister navis* (§ 196. II); or, dans l'espèce, cette poursuite serait repoussée par une exception de dol. En ce sens DE SCHRYVER, cité, p. 438-439. Contra VOET, *Pand.*, 14, 2, *de lege Rhodia de jactu*, n° 13 i. f., pour le cas de location de tout le navire à un premier chargeur.

(1) D. *h. t.*, L. 2, § 2, vis placuit omnes, quorum interfuisset jacturam fieri, con- « ferre oportere, quia id tributum observatæ res deberent.. », et pr. i. f.

(2) D. *h. t.*, L. 2, § 2, vis itaque dominum etiam navis pro portione obligatum esse.. *n*. — (3) D. *h. t.*, L. 2, pr. initio et § 2.

(4) Arg. D. *h. t.*, L. 2, § 2, vis placuit omnes, quorum interfuisset jacturam « fieri, conferre oportere.. *n*.

leur avoir en nature. Il en est de même des propriétaires des marchandises détériorées par suite du jet ou autrement(5). Mais il va de soi qu'aucune contribution ne peut être exigée des propriétaires des marchandises qui ont péri accidentellement, soit avant, soit après le sacrifice(6). On excepte de la contribution les choses qui, comme les victuailles, ont été placées sur le navire en vue d'être consommées pendant la traversée; on n'a pas dû compter sur la contribution des choses naturellement destinées à être consommées en route(7).

2° Pour déterminer la part contributoire de chaque intéressé, on estime à la fois l'ensemble des biens à raison desquels la contribution est due et la perte sujette à contribution. — En ce qui concerne le premier point, les marchandises sauvées s'estiment d'après leur valeur au lieu de débarquement(8); c'est cette valeur qui représente l'intérêt que leur propriétaire avait au sacrifice et le profit qu'il en a réellement retiré. Par contre, les marchandises jetées s'estiment d'après leur valeur au lieu d'embarquement; la plus-value ou la moins-value que ces marchandises auraient pu éprouver au lieu d'arrivée, n'est pas prise en considération(9); car en fait elles ne sont pas

(5) D. *h. t.*, L. 4, § 2.

(6) D. *h. t.*, L. 2, § 5, et arg. L. 4, § 1, vis Sed si..... æque respondit.

(7) On peut y ajouter par voie d'analogie les vêtements journaliers, mais ceux-là seulement.

D. *h. t.*, L. 2, § 2, vis Itidem agitatum est, an etiam vestimentorum cujusque et « anulorum æstimationem fieri oporteat : et omnium visum est, nisi si qua consumendi causa imposita forent, quo in numero essent cibaria : eo magis quod, « si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet in commune « conferret ».

Cf. De Schryver, cité, p. 437, et Molitor, cité, II, n° 951 i. f.

Le créancier qui a une hypothèque sur le navire, n'est pas tenu de contribuer, alors même qu'en vertu d'une convention spéciale sa créance devait s'éteindre en cas de perte du navire, comme il arrive dans le prêt à la grosse; ci-dessus T. III, § 184. En effet, le sacrifice a pour but de sauver le bâtiment et non la créance hypothécaire ou l'hypothèque. Le système contraire conduirait à ce résultat étrange que le débiteur devrait contribuer à raison du navire et le créancier à raison de son hypothèque sur le navire. Cf. De Schryver, cité, p. 435, et Molitor, cité, II, n° 949.

(8) D. *h. t.*, L. 2, § 4 i. f. — (9) D. *h. t.*, L. 2, § 4 initio.

arrivées au port(10). Si des marchandises ont été détériorées accidentellement, elles sont estimées à leur valeur au lieu de déchargement(11); quant à celles qui ont été détériorées par suite du jet, on tient compte de la même valeur et de la moins-value provenant du jet. Le navire est évalué comme les marchandises sauvées ou détériorées. — Il faut aussi estimer la perte sujette à contribution; elle comprend la valeur au lieu d'embarquement des marchandises jetées(12) et la moins-value des marchandises détériorées ou du navire détérioré, si cette dépréciation doit être supportée en commun. — Ces deux estimations fixent le rapport entre le total de la perte sujette à contribution et la masse contribuable. Chaque intéressé doit contribuer dans la même proportion sur ses biens contribuables; la valeur de ces biens résulte de la première estimation; selon que la perte collective est de 10, 50 ou 75 %, chacun y contribuera pour 10, 50 ou 75 % de son avoir contribuable(13). Quant aux intéressés qui ont le droit d'exiger la contribution à raison d'une perte qu'ils ont subie, ils sont en même temps débiteurs de leur part contributoire dans la perte collective et créanciers du montant de leur perte personnelle(14). Prenons un exemple. Un navire appartenant à A prend à bord les marchandises de B et de C; à l'occasion d'une tempête, les marchandises de C sont jetées. Le navire vaut 100, les marchandises de B et de C respectivement 200 et 100; la masse contribuable est donc de 400 et la perte totale de 100; le rapport est de 25 %. A devra payer 25 % de 100 = 25, B 25 % de 200 = 50, C 25 % de 100 = 25. Mais C est aussi créancier des 100 qu'il a personnellement perdus; en déduisant de ces 100 les 25 qui constituent sa part contributoire dans la perte, il demeure encore créancier de 75; à cette créance correspondent les dettes de 25 et de 50 qui incombent respectivement à A et à B.

(10) La critique que font de cette distinction De Schryver, cité, p. 437, et Molitor, cité, II, n° 952 initio, ne nous paraît pas fondée. Voyez Voet, *Pand.* 14, 2, *de lege Rhodia de jactu*, n° 15 initio. — (11) D. *h. t.*, L. 4, § 2 initio.

(12) D. *h. t.*, L. 2, § 4 initio.

(13) Cf. D. *h. t.*, L. 2, § 4. « Portio autem pro æstimatione rerum, quæ salvæ « sunt et earum quæ amissæ sunt præstari solet.. ». — (14) D. *h. t.*, L. 4, § 2.

II. Jusqu'à l'époque classique, les sacrifices faits dans le but de sauver un navire n'établissaient pas une obligation immédiate entre les propriétaires des marchandises; car aucune convention n'était intervenue entre eux. Une obligation directe existait seulement entre les propriétaires des marchandises et l'armateur du navire, l'*exercitor*, ou son représentant le *magister navis*(15). Cette obligation résultait, soit du louage d'ouvrage ayant pour objet le transport des marchandises (*locatio conductio operis*)(15), soit d'un louage de choses, c'est-à-dire du navire (*locatio conductio rerum*)(16). D'après cela, les propriétaires des marchandises jetées demandaient à l'armateur ou à son représentant la totalité de leur créance fondée sur le jet; ils exerçaient à cette fin l'*actio locati* ou l'*actio conducti*, selon qu'il y avait eu contrat de transport ou location du navire(17). De son côté, l'armateur ou son représentant s'adressait aux propriétaires des marchandises sauvées pour obtenir le payement de leurs parts contributoires; il disposait contre eux de l'*actio conducti* ou de l'*actio locati*, suivant qu'il y avait eu entreprise de transport ou location du navire(18). L'armateur ou son représentant avait un moyen d'échapper à sa

(15) D. *h. t.*, L. 2, pr. initio. — (16) D. *h. t.*, L. 2, pr., vis At si non.....

(17) D. *h. t.*, L. 2, pr. Les deux espèces sont successivement prévues au commencement et à la fin de ce passage.

Si l'armateur avait constitué un *magister navis*, il y avait lieu à l'*actio locati* ou *conducti* contre le *magister* et à l'action exercitoire contre l'armateur.

(18) D. *h. t.*, L. 2, pr., vis is deinde..... agere potest, et vis ex locato habiturus est actionem cum vectoribus. Il est évident que l'armateur ou son représentant peut aussi exercer un droit de rétention sur les marchandises sauvées, jusqu'à ce que les maîtres de celles-ci aient acquitté leurs parts contributoires. Quelques anciens jurisconsultes romains avaient voulu réduire l'armateur à ce droit de rétention, mais sans succès (D. *h. t.*, L. 2, pr., vis Servius quidem..... retinere eas).

Expliquons maintenant dans son ensemble le D. *h. t.*, L. 2, pr. PAULUS *libro XXXIV ad edictum*. « Si laborante nave jactus factus est, amissarum mercium « domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere « debent : is deinde cum reliquis, quorum merces salvæ sunt, ex conducto, ut « detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem res- « pondit ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum « merces retineat, donec portionem damni præstent. Immo etsi retineat merces

responsabilité solidaire vis-à-vis des propriétaires des marchandises jetées; il pouvait se borner à payer sa part contributoire à raison

« magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus : quid enim si « vectores sint, qui nullus sarcinas habeant? Plane commodius est, si sint, reti- « nere eas. At si non, et totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vec- « tores, qui loca in navem conduxerunt : æquissimum enim est commune detri- « mentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces « suas salvas haberent ».

« Lorsqu'un navire étant en péril, un jet a été fait, les propriétaires des mar- « chandises sacrifiées doivent agir contre le préposé du navire par l'*actio locati*, « s'ils l'ont chargé du transport des marchandises. Le préposé peut agir ensuite « par l'*actio conducti* contre les autres dont les marchandises ont été sauvées, « pour obtenir la répartition proportionnelle de la perte. A la vérité, Servius fut « d'avis que (les propriétaires des marchandises jetées) devaient agir par l'*actio* « *locati* contre le préposé du navire, afin que celui-ci retînt les marchandises des « autres voyageurs jusqu'au payement de leur part dans la perte. Mais (répond « Paul) : tout en retenant les marchandises, le préposé aura aussi l'action du bail « contre les (autres) voyageurs; car ne se peut-il pas que des voyageurs soient « sans marchandises? Toutefois, s'ils en ont, il est plus commode de retenir les « marchandises. S'ils n'en ont pas et qu'(un seul voyageur) ait pris en location « le navire entier, il agira (contre les autres voyageurs) par l'*actio conducti*, « comme les voyageurs qui ont pris en location (du préposé) des emplacements « sur le navire, (agiront contre le préposé); car il est souverainement équitable « que la perte (résultant du jet) soit partagée par ceux dont les marchandises « sont restées intactes grâce au sacrifice de celles des autres ».

Faisons observer tout d'abord que, dans ce passage, les marchands sont représentés comme des voyageurs, *vectores;* c'est que les marchands romains avaient l'habitude de suivre leurs marchandises en personne ou par l'intermédiaire d'un esclave. Au commencement de la loi 2, pr., Paul suppose qu'entre des marchands et un préposé de navire il était intervenu une entreprise de transport de marchandises; il soumet le préposé à l'*actio locati* de la part des propriétaires des marchandises jetées, tandis que lui-même dispose de l'*actio conducti* contre les propriétaires des marchandises sauvées. Il repousse l'opinion de Servius Sulpicius qui accordait seulement au préposé un droit de rétention sur les marchandises sauvées. Les mots EX LOCATO *habiturus est actionem cum vectoribus* s'appliquent à l'*actio conducti*, que Paul désigne d'une façon générale comme action naissant du bail. Paul se fonde sur la considération que des voyageurs peuvent avoir gardé leurs marchandises sur eux (POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 14, 2, *de lege Rhodia de jactu*, n° 9, note *d*); alors le préposé serait dans l'impossibilité de faire contribuer ces voyageurs, ce qui serait contraire à toute équité. Sans doute, dit Paul, si les voyageurs ont des marchandises sur le navire, il est plus commode pour le préposé de les retenir. Mais s'ils n'en ont pas, l'action dn bail est nécessaire au préposé. Dans le cas de location du navire entier à un seul marchand,

du navire, en cédant pour le surplus son action contre les propriétaires des marchandises sauvées(19). — En ce qui concerne le

qui conclut ensuite avec d'autres marchands des entreprises de transport, le locataire du navire entier, s'il a perdu ses marchandises, agira directement par l'*actio conducti* contre les propriétaires des marchandises sauvées; le préposé n'aura pas besoin d'agir; lui-même sera soumis, du chef du navire, à l'*actio conducti* de la part du locataire principal. A ce cas Paul compare celui où le préposé a loué des emplacements à plusieurs marchands; ceux qui ont perdu leurs marchandises, auront l'*actio conducti* contre le préposé et ce dernier exercera l'*actio locati* contre les propriétaires des marchandises sauvées.

La leçon *Immo etsi retineat merces magister*, que nous avons suivie, est celle de la Florentine et de la généralité des autres manuscrits des Pandectes de Justnien. Quelques-uns seulement intercalent la négation *non* devant *retineat*, mais d'une manière inutile. En ce sens CUJAS, *Observat.* III, c. 2, GLÜCK, XIV, § 889, et note 90, KRIEGEL frères et MOMMSEN. Contra HALOANDER, POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 14, 2, *de lege Rhodia de jactu*, 14, 2, n° 9, et note *b*, et DE SCHRYVER, cité, p. 423-424.

Vers la fin du texte nous avons lu : *At si non, et totam navem conduxerit, ex conducto aget.* La Florentine et plusieurs autres manuscrits suppriment la particule *et*. Mais alors, par les mots *At si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt*, Paul énoncerait deux fois la même idée et omettrait de nous parler du cas où le navire a été loué pour le tout à un seul marchand. En ce sens TORELLI père et fils, HALOANDER, GLÜCK, XIV, § 889, et note 93, et KRIEGEL frères. Contra CUJAS, *Observat.* III, c. 2, POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 14, 2, *de lege Rhodia de jactu*, n° 9, et note *e*, et MOMMSEN. CUJAS propose en outre de lire : *conduxerint, ex conducto agent*, au lieu de : *conduxerit, ex conducto aget.*

Quid en cas de doute sur le point de savoir si le préposé a fait avec les marchands une entreprise de transport ou un louage du navire? On admet un contrat réel innomé; donc le propriétaire des marchandises jetées intentera contre le préposé l'action *præscriptis verbis* (D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 1, § 1).

(19) Arg. D. *h. t.*, L. 2, § 6, et D. 15, 1, *de peculio*, L. 15 i. f. En ce sens POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 14, 2, *de lege Rhodia de jactu*, n° 9, GLÜCK, XIV, § 889, p. 232, MÜHLENBRUCH, II, § 454 i. f., DE SCHRYVER, cité, p. 426 i. f., et MOLITOR, cité, II, n° 941 i. f.

L'armateur ou son représentant ne répond pas de l'insolvabilité des propriétaires des marchandises sauvées (D. *h. t.*, L. 2, § 6); il ne doit pas garantir la solvabilité des marchands contre lesquels il cède son action. Il y a plus : s'il a payé pour le tout le propriétaire des marchandises jetées, la perte qu'il subit par suite de l'insolvabilité de l'un des propriétaires des marchandises sauvées, doit être supportée en commun par tous les intéressés. Cf. WINDSCHEID, II, § 403, 2°.

nouveau droit romain, nous pensons que les propriétaires des marchandises jetées ne sont pas tenus de poursuivre pour le tout l'armateur ou son représentant. Ils ont la faculté de diviser la poursuite entre lui et les propriétaires des marchandises sauvées; ils disposent contre ces derniers de l'action *locati* ou *conducti* qui appartient à l'armateur ou à son représentant; ils peuvent intenter cette action comme action utile fictice, *quasi ex jure cesso*. C'est l'application d'un principe général en matière de cession; il existe en faveur des propriétaires des marchandises jetées une juste cause de cession; cette cession est réputée faite de plein droit(20).

§ 196bis. *De l'application analogique de la loi Rhodienne.*

La loi Rhodienne peut-elle être étendue par analogie à d'autres cas? En principe oui; car elle repose sur une considération de souveraine équité, qui doit recevoir une application générale; un danger égal menaçant plusieurs personnes, le sacrifice fait dans l'intérêt commun doit être supporté en commun. Mais l'application analogique de la loi Rhodienne suppose une analogie véritable avec les sacrifices faits dans le but de sauver un navire; il faut surtout que plusieurs personnes soient menacées d'un danger égal. Tel est le cas où une diligence étant attaquée par des brigands qui veulent dévaliser les voyageurs, l'un de ceux-ci paye une rançon pour tous(1). Ou bien, pendant une guerre, l'officier qui a reçu de son chef l'ordre de bruler un village, voulant à la fois donner une certaine exécution à cet ordre et ménager les habitants,

(20) Cf. ci-dessus T. I, § 66, II, 2°. En ce sens MAYNZ, II, § 281 i. f. Cf. GLÜCK, XIV, § 889 i. f.

Nous avons fondé sur un quasi-contrat l'obligation de contribuer aux sacrifices faits dans le but de sauver un navire. On ne peut objecter que cette obligation se poursuit par les actions résultant du louage; car le louage comme tel ne crée pas cette obligation; il en est l'occasion plutôt que la cause (arg. D. 4, 9, *naute caup.*, L. 3, § 1). A notre avis, les sacrifices faits dans le but de sauver un navire forment un quasi-contrat ayant pour type le mandat; ces sacrifices constituent un acte de bonne gestion des affaires de tous les intéressén. Cf. ci-dessus T. III, § 190 initio.

(1) Arg. D. *h. t.*, L. 2, § 3 initio.

consent à ne bruler qu'une seule maison au choix des habitants; il livre aux flammes la maison qui lui est désignée; le surplus du village est sauvé (2). Il en est autrement si, dans le cas d'incendie, on démolit certaines maisons afin de couper le feu. Ici, au lieu d'un péril égal pour tous les intéressés, il existe une inégalité complète entre les voisins au point de vue du danger de l'incendie. La gravité de ce danger varie essentiellement d'après la situation des maisons voisines; le péril sera plus ou moins grand selon que les maisons seront plus ou moins rapprochées. Dans ces conditions, il serait peu équitable de forcer tous les voisins à contribuer au sacrifice de la maison démolie. En outre, comment déterminer jusqu'où le feu se serait étendu s'il n'avait pas été coupé? or cette détermination est indispensable pour connaître les propriétaires obligés de contribuer (3). Puisque la perte de la maison démolie dans le but de couper le feu ne donne pas lieu à contribution, elle sera supportée par le propriétaire de la maison, si celle-ci était réellement condamnée à être brulée; car alors on n'a pas causé un préjudice véritable à ce propriétaire et encore moins commis une faute (4). Mais si la maison

(2) C'est l'exemple donné par SELL (W.), *Versuche im Gebiete des Civilrechts* I, nº 1, § 39, p. 100-101, Giessen, 1833); il s'était présenté pendant les guerres du premier empire français.

(3) Il est néanmoins possible qu'un incendie menace d'une manière égale un nombre déterminé de maisons; par exemple il éclate dans un groupe de maisons contiguës, qui sont toutes destinées à périr à raison de la violence de l'incendie et de l'absence d'eau. Dans ce cas il y a lieu à contribution. En ce sens MOLITOR, cité, II, nº 953. Cf. GLÜCK, XIV, § 890, et THIBAUT, I, § 574. Contra DE SCHRYVER, cité, p. 439-440.

(4) D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 49, § 1. « Quod dicitur damnum injuria datum « Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum, « quod cum damno injuriam attulerit : nisi magna vi cogente fuerit factum, ut « Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas ædes intercidit : « nam hic scribit cessare legis Aquiliæ actionem : justo enim metu ductus, ne « ad se ignis perveniret, vicinas ædes intercidit : et sive pervenit ignis sive « ante extinctus est (pourvu que le feu eût atteint son habitation s'il n'avait pas abattu la maison intermédiaire), existimat legis Aquiliæ actionem ces- « sare ».

D. 43, 24, *quod vi aut clam*, L. 7, § 4, vis si pervenisset, absolvi eum oportere. « Idem ait esse, si damni injuria actum foret, quoniam nullam injuriam aut

démolie n'était pas menacée d'un danger réel, l'auteur de la démolition répondra de la perte qu'il aura amenée par sa faute; il sera soumis à l'action Aquilienne(5).

SECTION III. — DE LA RÉCEPTION DES EFFETS DES VOYAGEURS DANS UN HÔTEL OU DANS UN BATEAU; § 197.

D. 4, 9, *nautæ caupones stabularii ut recepta restituant.*

WOLTERS, *Ueber die actio de recepto*, Hambourg, 1804.
MÜLLER (C. F.), *Ueber die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten*, Leipzig, 1857, 2de édition; 1re édition de 1838.

I. Les hôteliers ou aubergistes (*caupones*) sont responsables du dommage causé aux effets des voyageurs pendant leur dépôt à l'hôtel ou à l'auberge(1). Ces effets comprennent les animaux reçus dans une écurie ou une étable(1), que celle-ci soit une dépendance de l'hôtel ou bien, comme il arrivait souvent à Rome, qu'elle forme un établissement séparé tenu par un *stabularius*(2).

1° La responsabilité de l'hôtelier résulte de la seule réception des effets du voyageur dans l'hôtel(3), voire même de leur réception en dehors de l'hôtel(4) par l'hôtelier(5) ou par ses gens préposés à cette fin(6). Pour que l'hôtelier soit tenu, il n'est besoin d'aucune convention spéciale(7), ni même d'une déclaration du voyageur(8).

« damnum dare videtur æque perituris ædibus », cbn. avec le commencement du § 4.

§ 196bis—(5) D. 43, 24, *quod vi aut clam*, L. 7, § 4, vis Est et..... æque perituris ædibus. Cf. ci-dessus T. III, § 194, note 7, et § 195, 1°, et note 5. Voyez aussi DE SCHRYVER, cité, p. 418-420 et 439-440, et MOLITOR, cité, II, nos 941 initio et 953 initio.

§ 197—(1) D. *h. t.*, L. 1, pr. et § 5 initio.

(2) Arg. D. *h. t.*, L. 1, pr. et § 5 initio, L. 3, § 1 i. f. et 2.

(3) Arg. D. *h. t.*, L. 1, § 8, vis Recipit autem..... illatæ sunt.

(4) Arg. D. *h. t.*, L. 3, pr. i. f.

(5) D. *h. t.*, L. 1, pr. et § 5 initio, L. 3, pr. i. f.

(6) D. *h. t.*, L. 1, § 5, L. 3, § 3 initio, et arg. L. 1, § 2-3, cf. L. 3, § 3 i. f. La nature des effets reçus est indifférente (D. *h. t.*, L. 1, § 6-7, et arg. L. 4 § 2). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 4, § 1.

(7) Arg. D. *h. t.*, L. 1, pr. et § 8, vis Recipit autem..... illatæ sunt.

(8) Arg. D. *h. t.*, L. 1, § 8, vis Recipit autem..... illatæ sunt.

L'hôtelier ne peut pas même s'affranchir de sa responsabilité par une protestation affichée dans les chambres de son hôtel et portant qu'il décline la responsabilité des objets de valeur qui ne lui auront pas été directement confiés. Le voyageur n'est pas censé adhérer à cette protestation; il peut s'en tenir au droit que la loi lui accorde; il n'est pas même censé avoir lu l'affiche. D'ailleurs, ses effets étant déjà reçus, l'obligation de l'hôtelier a pris naissance(9). La responsabilité de l'hôtelier vient seulement à cesser en vertu d'une convention particulière entre l'hôtelier et le voyageur(10). Il faut admettre aussi que l'hôtelier est libre de ne pas recevoir le voyageur qui se présente chez lui. Vainement objecte-t-on que le seul fait de l'exercice de la profession d'hôtelier implique une offre de contracter, qui se convertirait en contrat par l'acceptation du voyageur. L'offre de contracter de l'hôtelier, en admettant qu'elle existe, n'est pas accompagnée de l'intention de contracter avec une personne quelconque; le contrat ne se forme vraiment que vis-à-vis de chaque voyageur par le consentement exprès ou tacite de l'hôtelier(11). L'hôtelier ayant la faculté de refuser la personne du

(9) Arg. D. *h. t.*, L. 7, pr., vis Item si prædixerit, ut unusquisque vectorum res « suas servet neque damnum se præstaturum, et consenserint vectores prædic- « tioni, non convenitur ».

Il faut en dire autant d'une protestation par voie d'annonce publique, à cause du premier motif indiqué ci-dessus.

(10) D. *h. t.*, L. 7, pr., vis citis à la note précédente. Cette convention résulte tacitement du silence du voyageur si, lors de la réception des effets, il existait une protestation de l'hôtelier et que le voyageur en eût connaissance. En ce sens GŒSCHEN, II (2), § 650 i. f., et PUCHTA, *Vorles.* II, § 314 i. f. Cf. WINDSCHEID, II, § 384, note 8.

(11) Cf. ci-dessus T. II, § 92, note 67. Mais en fait l'hôtelier n'usera guère de son droit de refuser les voyageurs; son intérêt le lui commande. En tenant compte de cette observation, on concilie bien naturellement le D. *h. t.*, L. 1, § 1, avec le D. 47, 5, *furti adv. naut.*, L. un., § 6. Ces deux passages émanent d'Ulpien; le premier établit le droit de l'hôtelier de refuser des voyageurs (*nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant*); le second constate la difficulté de repousser les voyageurs (*nec repellere potest iter agentes*) et en conclut que l'hôtelier ne répond pas au double du dommage causé aux effets d'un voyageur par un autre voyageur; cf. ci-après le nº I, 2º i. f., du présent paragraphe.

En ce sens MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pand.* II, § 452, note 5, 4me édition, PUCHTA,

voyageur, peut à plus forte raison refuser de recevoir ses effets(12). — La responsabilité s'applique à l'hôtelier seulement, c'est-à-dire à celui dont la profession consiste à loger des personnes(13). Elle n'incombe ni aux restaurateurs ou cafetiers, ni aux particuliers qui, sans exercer la profession d'hôtelier, logent accidentellement des personnes à prix d'argent ou à titre gratuit(14); elle n'incombe pas même à l'hôtelier qui loge une personne autrement qu'à titre d'hôtelier(15), par exemple à celui qui loue un appartement à l'instar d'un particulier ou qui reçoit quelqu'un dans sa famille(16). Mais la gratuité de la réception d'un voyageur ne dégage pas l'hôtelier(17). — Le motif de la responsabilité de l'hôtelier est que le voyageur est le plus souvent forcé de se confier à un inconnu et qu'il n'a pas même toujours le choix de son hôtel(18). L'aubergiste ne peut pas se

Pand., § 314, note *c*, SINTENIS, II, § 120, *Anm.* 1 initio, et VANGEROW, III, § 648, *Anm.* 1.

VOET, *Pand.*, 4, 9, *nautæ caupones*, nº 4, POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 47, 5, *furti adv. naut.*, nº 3, note *c*, GLÜCK, VI, § 487, et note 22, et MAYNZ, II, § 279, note 9, se prononcent pour la réception obligatoire des voyageurs. D'après eux, le D. *h. t.*, L. 1, § 1, signifierait simplement que nul n'est forcé de se faire hôtelier!

MADAI, *Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess* XVIII, nº 12, p. 376-402, Giessen, 1843, impose aussi à l'hôtelier l'obligation de recevoir les voyageurs. Mais il admet l'antinomie entre les deux textes prémentionnés.

Cf. ARNDTS, § 289, *Anm.* 3.

(12) Arg. D. *h. t.*, L. 1, § 6 initio.

(13) D. *h. t.*, L. 1, § 5 initio. — (14) Arg. D. *h. t.*, L. 1, § 5 initio, L. 3, § 2.

(15) D. *h. t.*, L. 3, § 2. « Eodem modo tenentur caupones et stabularii quo « exercentes negotium suum recipiunt : ceterum si extra negotium receperunt, « non tenebuntur ».

(16) L'hôtelier n'est pas non plus tenu vis-à-vis de ses gens, sauf évidemment s'il utilise les services d'un voyageur (arg. D. *h. t.*, L. 7, § 2. « Sed si quid nautæ « inter se damni dederint, hoc ad exercitorem non pertinet. Sed si quis sit « nauta et mercator, debebit illi dari : quod si quis quos volgo ναυτεπιβάτας « (*id est : vectores simul nautas*) dicunt, et huic tenebitur.. ».

(17) D. *h. t.*, L. 6, pr., « Licet gratis navigaveris vel in caupona gratis deverteris, non tamen in factum actiones tibi denegabuntur, si damnum injuria « passus es », cf. L. 3, § 1, L. 5, pr.

(18) D. *h. t.*, L. 1, § 1, vis quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res « custodiæ eorum committere.. ». Il faut ajouter qu'à Rome les aubergistes jouissaient d'une considération très restreinte (D. *h. t.*, L. 1, § 1 i. f., L. 3, § 1, vis ut innotesceret prætor curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus « hominum..).

plaindre de la rigueur de la loi, puisqu'il est libre de refuser le voyageur(19).

2° L'hôtelier répond d'un dommage quelconque causé aux effets du voyageur(20), que ceux-ci aient été détruits(21), détériorés(22) ou volés(23), que le dommage soit le fait de l'hôtelier(24) ou de ses gens(25) ou d'autres personnes habitant avec lui(25a), voire même d'un autre voyageur(26). Une faute de l'hôtelier n'est pas nécessaire(27). Font seuls exception les cas de force majeure(28), tels qu'un incendie non imputable à l'hôtelier, la ruine accidentelle de l'hôtel, une inondation ou un pillage(29). Le voyageur doit seulement établir la réception et l'endommagement de ses effets ; c'est à l'hôtelier de prouver la force majeure(30). L'obligation de l'hôtelier a pour objet la réparation du dommage causé(31) et se transmet activement et passivement aux héritiers des parties(32). L'action donnée contre l'hôtelier est une action *in factum*(33), dite *de recepto*(34). L'obligation dont nous venons de parler, dérive d'un quasi-contrat analogue au dépôt(35). — Mais la responsabilité

(19) D. *h. t.*, L. 1, § 1, vis nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant.. ».

(20) D. *h. t.*, L. 3, § 1 i. f., L. 5, § 1. — (21) D. *h. t.*, L. 3, § 1, et arg. L. 3, pr. i. f.

(22) Arg. D. *h. t.*, L. 5, § 1. — (23) D. *h. t.*, L. 5, § 1.

(24) D. *h. t.*, L. 1, § 1 i. f.

(25) D. *h. t.*, L. 3, § 3, vis Item si..... convenitur, et arg. L. 1, § 8 i. f., L. 7, § 2 i. f., cf. L. 3, § 3 i. f.

(25a) D. *h. t.*, L. 6, § 3 initio ; D. 47, 5, *furti adv. naut.*, L. un., § 6.

(26) D. *h. t.*, L. 2, et arg. L. 1, § 8 i. f., L. 3, pr. initio. *Non obstat* D. 47, 5, *furti adv. naut.*, L. un., § 6 ; cette loi concerne la responsabilité pénale de l'hôtelier ; cf. ci-après le n° I, 2° i. f., du présent paragraphe. Voyez POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 4, 9, *nautæ caupones*, n° 8, note *b*.

(27) D. *h. t.*, L. 3, § 1, vis at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi « sine culpa ejus res periit vel damnum datum est.. ».

(28) D. *h. t.*, L. 3, § 1, vis nisi si quid damno fatali contingit...

(29) Cf. D. *h. t.*, L. 3, § 1, vis Inde Labeo scribit..... Il est évident que le voyageur supporte le dommage résultant de sa propre faute (arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 203). — (30) ou la faute du voyageur (UNTERHOLZNER, cité, II, § 695 initio).

(31) D. *h. t.*, L. 3, § 4 initio. — (32) D. *h. t.*, L. 3, § 4 i. f., et arg. de ce passage.

(33) D. *h. t.*, L. 3, § 1 initio.

(34) D. *h. t.*, L. 3, § 5 initio. Cette action est perpétuelle, c'est-à-dire qu'elle dure trente ans en droit nouveau, malgré son origine prétorienne (D. *h. t.*, L. 3, § 4 i. f.).

(35) Cf. D. *h. t.*, L. 3, § 1.

de l'hôtelier s'aggrave, elle acquiert un caractère pénal, il y a quasi-délit, si le dommage survenu aux effets du voyageur a été causé par le délit, soit des gens de l'hôtelier(36), soit d'autres personnes qui habitaient avec lui(37); il est en faute pour avoir admis de pareiles personnes dans son établissement(38). Ce motif ne s'applique pas au dommage causé par d'autres voyageurs; l'hôtelier ne choisit pas ceux-ci et en fait il ne peut refuser ceux qui se présentent; c'est pourquoi leur délit ne crée à sa charge qu'une obligation quasi-contractuelle de réparer le dommage causé et non une responsabilité pénale(39). En vertu de son quasi-délit, l'hôtelier répond au double du dommage(40); cette obligation, tout en étant transmissible aux héritiers du voyageur(41), ne passe pas aux héritiers de l'hôtelier(42), parce qu'elle est pénale. De ce chef encore il y a lieu à une action *in factum*(43), qualifiée *de recepto*(44). Il est aussi loisible au voyageur de poursuivre l'auteur du délit par les actions ordinaires(45).

(36) I. 4, 5, *de oblig. quæ quasi ex del. nasc.*, § 3; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, § 6; D. 47, 5, *furti adv. naut.*, L. un., pr. et § 6; D. *h. t.*, L. 6, § 1. Cf. D. 47, 5, *furti adv. naut.*, L. un., § 5, et D. *h. t.*, L. 7, § 4, vis Servorum autem....., L. 6, § 2.

(37) D. *h. t.*, L. 6, § 3 initio; D. 47, 5, *furti adv. naut.*, L. un., § 6.

(38) I. 4, 5, *de oblig. quæ quasi ex del. nasc.*, § 3 i. f.; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, § 6; D. *h. t.*, L. 7, § 4 initio; D. 47, 5, *furti adv. naut.*, L. un., § 6 i. f.

(39) D. 47, 5, *furti adv. naut.*, L. un., § 6, vis viatorum autem factum non « præstat. Namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur nec « repellere potest iter agentes.....; D. *h. t.*, L. 6, § 3 i. f.

(40) D. *h. t.*, L. 7, § 1; D. 47, 5, *furti adv. naut.*, L. un., § 2.

(41) I. 4, 5, *de oblig. quæ quasi ex del. nasc.*, § 3 i. f.

(42) § 3 i. f., cit.; D. *h. t.*, L. 7, § 6 initio.

(43) I. 4, 5, *de oblig. quæ quasi ex del. nasc.*, § 3 i. f.; D. *h. t.*, L. 7, § 1.

(44) Elle est aussi perpétuelle (D. *h. t.*, L. 7, § 6 initio). Voyez encore 1° le D. *h. t.*, L. 7, § 4, vis et ideo et si decesserint, non relevabitur.., et § 6, vis Proinde et si....., et 2° le D. *h. t.*, L. 7, § 5.

A notre avis c'est une action mixte, en partie pénale, en partie répersécutoire. Donc son exercice éteint l'action *in simplum* et l'exercice de celle-ci éteint la première pour moitié. Cf. GLÜCK, VI, § 494, p. 140-143.

(45) D. *h. t.*, L. 6, § 4 initio; D. 47, 5, *furti adv. naut.*, L. un., § 3, voyez cependant le § 4. La poursuite contre l'auteur du délit éteint l'action contre l'hôtelier (D. *h. t.*, L. 6, § 4, vis Et contra.....), même pour le simple (D. *h. t.*, L. 3, § 5), et réciproquement (D. *h. t.*, L. 6, § 4, vis Possumus autem.....

II. Les bateliers (*nautæ*) ont une responsabilité tout à fait analogue en ce qui concerne les effets des passagers(46); il faut entendre ici par bateliers ceux qui exploitent le bateau(47). Ils sont tenus en vertu de la réception des effets, soit par eux-mêmes(48), soit par leurs gens préposés à cette fin(49). La responsabilité s'applique à ceux qui exploitent des navires quelconques, fût-ce de simples canots(50), voire même aux conducteurs de radeaux(50). Mais, comme il s'agit d'une disposition exceptionnelle, on ne saurait l'étendre aux voituriers par terre, ni aux administrations postales.

Le quasi-contrat que nous venons d'expliquer, est connu sous le nom de *receptum nautæ, cauponis et stabularii*.

SECTION IV. — DE LA DÉTENTION D'UNE CHOSE SANS CAUSE.

D. 12, 6, *de condictione indebiti*. — C. 4, 5, *eod*.

WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorff, 1850.

ERXLEBEN, *Die condictiones sine causa*, 2 tomes, Leipzig, 1850-1853.

WITTE, *Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts*, p. 41 sq., Halle, 1859.

JACOBI, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* IV, nº 3, p. 159-320, Iéna, 1861.

VOIGT, *Ueber die condictiones ob causam*, Leipzig, 1862.

ZIMMERMANN, *Beiträge zur Theorie der condictio indebiti*, Giessen, 1868.

§ 198. *Des divers cas où l'on détient une chose sans cause.*

Il existe des cas nombreux où, en dehors de toute convention conclue à cette fin, on est obligé de restituer une chose que l'on détient sans cause. L'obligation de restituer naît d'un quasi-contrat analogue au prêt; lorsque des choses empruntées sont devenues

exercitori, L. 3, § 5). Cf. D. *h. t.*, L. 6, § 4, vis Sed si absolutus..... quæratur. L'hôtelier peut aussi actionner le délinquant (D. *h. t.*, L. 4, pr. initio; D. 47, 5, *furti adv. naut.*, L. un., § 4). Cf. D. *h. t.*, L. 6, § 4, vis et si cum..... exercitori, et L. 4, pr. vis nisi si.....

(46) D. *h. t.*, L. 1, pr., § 1, 6-8, L. 3, pr., § 1, 3-5, L. 4, L. 5, L. 6, pr., § 1, 2 et 4, L. 7; D. 47, 5, *furti adv. naut.*, L. un., pr., § 1-5.

(47) D. *h. t.*, L. 1, § 2 initio. — (48) D. *h. t.*, L. 1, § 2 i. f.

(49) D. *h. t.*, L. 1, § 2 i. f. et 3. — (50) D. *h. t.*, L. 1, § 4.

exigibles, l'emprunteur les garde égalemen sans cause; c'est pour ce motif qu'il est tenu de les rendre; il en est de même de celui qui détient une chose sans cause, sans qu'il soit intervenu une convention imposant l'obligation de restituer(1). Le plus souvent, cette obligation quasi-contractuelle résulte d'une prestation faite par l'une des parties à l'autre. Mais cette circonstance n'est pas essentielle; parfois l'obligation de restituer est indépendante de toute prestation; elle se fonde uniquement sur le fait d'une détention sans cause(2). L'action qui sert à poursuivre la restitution, est la *condictio sine causa* dans le sens large de cette expression(3); on l'appellerait d'une manière plus exacte *condictio datorum sine causa*, du moins lorsqu'elle se base sur une prestation faite par le demandeur au défendeur(4). En particulier, on peut répéter une prestation indue faite par erreur(5); la *condictio sine causa* prend ici le nom spécial de *condictio indebiti*(6). Indépendamment d'une erreur, on est admis à répéter une prestation faite en vue d'un but licite et moral qui ne s'est pas réalisé(7), une prestation faite en vue d'un but illicite ou immoral(8), enfin une chose dont on a été privé sans cause antérieure(9), soit que celle-ci n'ait jamais existé(10), soit qu'elle ait cessé d'exister(11). Dans le premier cas, la *condictio sine causa* est une *condictio causa data causa non secuta*(12); dans le second, c'est une *condictio ob turpem vel injustam causam*(13); dans le troisième, elle conserve son nom générique, c'est une *condictio sine causa* dans

(1) Gaius, III, 91 initio; I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 1 initio; I. *h. t.*, § 6 initio; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, § 3 initio.

(2) Cf. ci-après le n° IV, A, 1°, et B, 2°, et les notes 132 et 133 du présent paragraphe.

(3) D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, pr. initio, § 1-2, L. 4; D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 1, § 2.

(4) Cf. C. 4, 6, *de condict. ob causam datorum*, rubrique e L. 5 i. f.

(5) Textes de la note 1. — (6) D. et C. *h. t.*

(7) D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, § 1-2, L. 4.

(8) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 1, § 2.

(9) D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, § 3; D. 19, 1, *d e A. E. et V.*, L. 30, pr. i. f. — (10) D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, § 2-3, L. 4

(11) D. *eod.*, L. 1, § 2-3.

(12) D. *eod.*, L. 1, § 1-2, L. 4; D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*; C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*

(13) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*; C. 4, 7, *de condict. ob turp. caus.*

le sens restreint de ces mots(14). Une règle commune à toutes ces *condictiones sine causa* est qu'elles appartiennent seulement à un non-propriétaire; le propriétaire doit exercer l'action revendicatoire(15). En effet, toute *condictio* dans l'acception propre a pour objet un *dare oportere* ou bien un *dare facere oportere*(16); or le propriétaire d'une chose ne saurait demander qu'on la lui *donne*, c'est-à-dire qu'on lui en transfère la propriété(17). Toutefois, le propriétaire dépouillé de sa chose clandestinement ou de vive force peut, nonobstant sa qualité de propriétaire, recourir à une *condictio sine causa* portant sur un *dare oportere*(18). De plus, si quelqu'un se borne à détenir sans cause la possession de notre chose, il est soumis à une *condictio sine causa* de la possession(19). Examinons maintenant de plus près le domaine de chacune des *condictiones sine causa* prémentionnées :

I. *De la condictio indebiti.* La *condictio indebiti* sert à répéter une prestation faite indûment et par erreur(20).

(14) D. 12, 7, *de condict. sine causa;* C. 4, 9, *de condict. ex lege et sine causa v. inj. causa.*

(15) Gaius, IV, 4 initio; I. 4, 6, *de action.*, § 14 initio; D. 7, 9, *usufruct. quemadm. cav.*, L. 12 i. f.; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 11, § 2 i. f.; D. *h. t.*, L. 29; D. 13, 3, *de condict. tritic.*, L. 1, § 1 initio.— (16) Gaius, IV, 5 i. f.; I. 4, 6, *de action.*, § 15.

(17) Gaius, IV, 4 initio; I. 4, 6, *de action* , § 14 initio

(18) Gaius, IV, 4 i. f.; I. 4, 6, *de action.*, § 14 i. f.; D. 7, 9, *usufruct. quemadm. cav.*, L. 12 i. f., D. 13, 3, *de condict. tritic.*, L. 1, § 1 i. f., L. 2. Cf. D. 47, 2, *de furt.*, L. 25, § 1. Voyez Windscheid, II, § 425, et note 1.

(19) D. *h. t.*, L. 15, § 1 initio; D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 12, § 2; D. 13, 3, *de condict. tritic.*, L. 2 i. f.; C. 6, 2, *de furt.*, L. 22, § 3 et 3ª (§ 3, Kriegel). Cf. D. 47, 2, *de furt.*, L. 25, § 1. Voyez *notre Possession*, nº 120.

Les Romains divisent encore à un autre point de vue les *condictiones sine causa.* Celles-ci sont exercées à raison d'un *datum ob causam* ou d'un *datum ob rem* (D. *h. t.*, L. 52 initio, L. 65, pr.; D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 1, pr. initio). Le *datum ob causam* désigne la dation faite en vertu d'une cause passée ou présente (D. *h. t.*, L. 52, vis ob causam præteritam..... non sit), le *datum ob rem* la dation en vue d'une cause future (D. *h. t.*, L. 52 i. f., L. 65, § 4). Sont intentées à raison d'un *datum ob causam* la *condictio indebiti* (cf. D. *h. t.*, L. 65, pr.) et la *condictio sine causa* dans le sens étroit (cf. L. 65, pr., cit.), du chef d'un *datum ob rem* la *condictio causa data causa non secuta* (D. *h. t.*, L. 52 i. f., L. 65, § 4; D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 1, pr. initio et § 1) et la *condictio ob turpem vel injustam causam* (L. 1 cit., pr. initio et § 2).

(20) Cf. D. *h. t.*, L. 1, pr. et § 1 initio, L. 66.

A) Ses conditions sont les suivantes :

1° Il faut avant tout une prestation faite par le demandeur au défendeur(21). Le mot prestation est employé dans le sens large; il comprend toute espèce d'actes juridiques intervenus entre le demandeur et le défendeur. Le plus souvent c'est un payement, donc, au point de vue de la *condictio indebiti*, une prestation faite dans le but d'éteindre une dette simplement putative(22). Mais ce peut aussi être la conclusion d'une convention, que celle-ci tende à créer, à modifier ou à éteindre un droit et quelle que soit la nature de ce droit. Supposons qu'une personne soit chargée, par un testament nul qu'elle croit valable, de vendre sa maison à un tiers; elle la lui vend effectivement ou bien s'engage à lui payer une somme d'argent afin de pouvoir garder la maison; elle est admise à répéter la convention ou l'obligation par la *condictio indebiti*(22ª). Citons encore la répétition de l'écrit constatant l'existence d'une dette(23) et la répétition d'une simple tradition de la possession, auquel cas la *condictio indebiti* devient une *condictio* possessoire(23ª).

2° La *condictio indebiti* suppose que la prestation dont il s'agit a été faite indûment(24); elle exige l'absence d'une obligation quelconque. D'après cela, on ne peut répéter ce que l'on a payé en exécution d'une obligation naturelle(25) ou d'une obligation à

(21) Cf. D. *h. t.*, L. 1, pr. et § 1 initio, L. 33.

(22) L. 1, cit., pr. et § 1 initio.

(22ª) D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, pr., « Est et hæc species condictionis, « si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam « obligationem », et § 2, L. 3.

Applications : 1° D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 5, § 1 i. f. cbn. avec l'initium. Cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 51, 2° D. *h. t.*, L. 31, 3° D. 44, 4, *de doli mali et metus except.*, L. 7, pr. i. f. et § 1 cbn. avec le pr. initio; D. 39, 5, *de donat.*, L. 2, § 3, 4° D. 36, 4, *ut in possess. legat.*, L. 1, pr., et 5° C. 2, 5, *de err. calc.*, L. 1 i. f. — Cf. ci-dessus T. II, § 93, V, et Molitor, cité, II, n° 859.

(23) C. *h. t.*, L. 3.

(23ª) D. *h. t.*, L. 15, § 1 initio; cf. L. 15, § 1 i. f., cit., et D. 39, 6, *de M. C. D.*, L. 13, pr. — (24) D. *h. t.*, L. 1, § 1 initio.

(25) D. *h. t.*, L. 64, L. 59, L. 51. Applications : 1° D. *h. t.*, L. 13, pr., L. 38, § 1-2, L. 64, 2° D. *h. t.*, L. 26, pr. initio, 3° D. *h. t.*, L. 32, § 2, 4° D. *h. t.*, L. 26, § 12, vis Libertus cum..... repetere non potest, et vis sed si solverit offi-

terme(26), sauf, dans le dernier cas, la répétition de l'escompte(26a). Le payement est indu et partant sujet à répétition dans trois circonstances principales :

a) si la dette qu'on a voulu payer, n'existait en aucune façon lors du payement comme dette valable; par exemple l'obligation était purement putative(27), elle était inexistante(28) ou bien inefficace à

ciales....., 5° D. 36, 1, *ad sctum Trebell.*, L. 61 (L 59, Kriegel), pr., 6° D. 2, 2, *quod quisque jur. in al. stat.*, L. 3, § 7, et 7° la réception est exclue si l'on a payé une dette paralysée par une exception qui, comme l'exception du sénatus-consulte Macédonien, laissait subsister une obligation naturelle (D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 9, § 4-5, L. 10; D. *h. t.*, L. 40, pr. i. f.; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 14). — Cf. ci-dessus T. I, § 47, I, II, 1°-2°, III et IV.

Un cas analogue est celui où un débiteur qui jouit d'un bénéfice, paye le créancier au lieu d'opposer son bénéfice (D. *h. t.*, L. 51). A cet ordre d'idées appartiennent le bénéfice de compétence (D. *h. t.*, L. 9; D. 34, 3, *de liber. leg.*, L. 5, § 2 i. f. cbn. avec l'initium) et le bénéfice de division des fidéjusseurs (D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 49, § 1 i. f.; I. 3, 20, *eod.*, § 4 i. f.).

(26) D. *h. t.*, L. 10, L. 17. Cf. D. 19, 2, *loc.*, L. 19, § 6.

(26a) Cf. ci-dessus T. II, § 98, III, 1°, *a* initio.

On ne peut certainement pas répéter ce qu'on a payé en exécution d'un jugement (D. 17, 1, *mand.*, L. 29, § 5) ou d'une transaction (D. *h. t.*, L. 65, § 1 initio), sous le prétexte que le jugement ou la transaction est inique; car le jugement et la transaction fondent par eux-mêmes une obligation (cf. D. *h. t.*, L. 65, § 1 initio; voyez cependant le D. 17, 1, *mand.*, L. 29, § 5 i. f., et le D. *h. t.*, L. 65, § 1 i. f., L. 23, § 1-2). Mais en outre la répétition est interdite dans le cas où *lis infitiando crescit in duplum* (Gaius, II, 283; Ulpien, XXIII, 33; I. *h. t.*, § 7; C. *h. t.*, L. 4) et notamment si, par suite d'une erreur, on a payé en exécution d'un jugement qui n'avait pas été réellement rendu (D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 36, vis cum putarem ..... quod diximus in altero; D. 5, 1, *de judic.*, L. 74, § 2; C. *h. t.*, L. 1, pr. initio (L. 1 initio, Kriegel); C. 4, 31, *de compens.*, L. 2 initio); en faisant ce payement afin de se soustraire au double que l'on aurait encouru par une dénégation inexacte, on est censé avoir voulu conclure une sorte de transaction (Vangerow, III, § 625, *Anm.* 1, n° I, 1°, f.).

Enfin, si la dette existait lors du payement, la répétition est exclue bien que, à raison d'un changement de circonstances, il soit devenu impossible plus tard de faire valoir la créance (D. 43, 5, *de tab. exhib.*, L. 3, § 14; D. *h. t.*, L. 35; D. 48, 14, *de lege Jul. ambitus*, L. un., § 2; cf. D. *h. t.*, L. 42, et D. 50, 17, *de R. J.*, L. 46). Voyez Vangerow, III, § 625, *Anm.* 1, n° I, 1°, e.

Voyez encore le D. *h. t.*, L. 30, et le C. 4, 31, *de compens.*, L. 13. Cf. D. 16, 2, *eod.*, L. 10, § 1.

(27) D. *h. t.*, L. 22, pr.

(28) D. *h. t.*, L. 26, § 3 initio, L. 54. Applications : D. *h. t.*, L. 2, § 1, L. 26, pr.

raison d'une exception péremptoire dont disposait le débiteur(29), elle était conditionnelle(30) ou bien avait cessé d'exister(31).

b) si, la dette existant réellement, on a payé autre chose(32) ou plus(33) que ce qu'on devait; par exemple, le débiteur d'un genre se croyant débiteur d'un corps certain paye celui-ci(34), le débiteur d'une obligation alternative croyant devoir simplement une seule chose paye celle-ci(35), ou bien convaincu que les choses sont dues conjointement il les paye toutes(36), le débiteur d'un corps certain croyant devoir celui-ci alternativement avec une autre chose paye cette dernière(37), ou bien encore celui qui devait livrer un immeuble déduction faite d'une servitude, fait par erreur la tradition pure et simple de l'immeuble(38).

c) si, une dette existant réellement entre deux personnes, le paye-

i. f. et § 1, L. 37, L. 58; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 16, pr.; D. 18, 4, *de H. v. A. V.*, L. 7; C. *h. t.*, L. 7; C. 4, 32, *de usur.*, L. 18.

(29) D. *h. t.*, L. 26, § 3, et *Vatic. fragm.* 266 initio, à moins que l'exception péremptoire ne laissât subsister une obligation naturelle (D. *h. t.*, L. 40, pr.; cf. ci-dessus la note 25 du présent paragraphe). Applications du principe: D. *h. t.*, L. 2, § 1, L. 26, § 7, L. 32, § 1, L. 40, § 2, L. 43. Cf. D. *h. t.*, L. 56.

(30) D. *h. t.*, L. 16, pr. initio, L. 18 i. f., L. 48, L. 56. Cf. D. *h. t.*, L. 60, § 1.

(31) D. *h. t.*, L. 25; D. 16, 2, *de compens.*, L. 10, § 1. Cf. D. *h. t.*, L. 19, § 4, L. 20, L. 25. — (32) D. *h. t.*, L. 19, § 3.

(33) D. *h. t.*, L. 26, § 5, vis vel cum oleum deberet.....

(34) D. *h. t.*, L. 32, § 3. Cf. ci-dessus T. I, § 42, 3° i. f.

(35) Arg. D. *h. t.*, L. 32, § 3, et C. *h. t.*, L. 10. Cf. D. 31, *de leg. II*, L. 19.

(36) C. *h. t.*, L. 10. Cf. D. *h. t.*, L. 26, § 13 i. f., et ci-dessus T. I, § 44, II.

(37) D. *h. t.*, L. 19, § 3.

(38) D. *h. t.*, L. 22, § 1; D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 8, pr. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 40, § 1, et le D. 30, *de leg. I*, L. 60. Le débiteur qui a payé autre chose que ce qu'il devait, répètera pour le tout (D. *h. t.*, L. 19, § 3, L. 32, § 3; C. *h. t.*, L. 10); celui qui a payé trop, répètera l'excédent (D. *h. t.*, L. 26, § 5, vis vel cum oleum deberet....., L. 22, § 1).

Le débiteur qui croit devoir autre chose ou plus que ce qu'il doit réellement, peut être amené à faire une dation en payement trop onéreuse. Alors il faut voir s'il a payé un corps certain ou des choses fongibles. Dans le premier cas, il répètera la chose tout entière; car il ne doit pas subir une indivision contre son gre (D. *h. t.*, L. 26, § 4). Dans le second, la répétition se restreindra à l'excédent (D. *h. t.*, L. 26, § 5-6).

ment a été fait, soit par un tiers (39), soit à un tiers (40).

3° Une autre condition de la *condictio indebiti* est que la prestation de l'indu ait eu lieu par erreur (41); le payant doit avoir cru qu'il était débiteur (42). S'il a payé ce qu'il savait ne pas devoir, il n'a pas le droit de répéter (43); il a voulu faire une libéralité (44); il n'y a pas moyen d'interpréter le payement d'une autre manière. Tel est le cas du débiteur conditionnel qui paye *pendente condicione*, sachant que la condition est encore en suspens (45). Au reste l'erreur du payant doit être excusable (46); s'il a payé l'indu par suite d'une

(39) D. *h. l.*, L. 65, § 9, L. 19, § 1; D. 5, 3, *de heredit. petit.*, L. 31, pr.; C. *h. t.*, L. 8. Cf. C. 3, 31, *de petit. heredit.*, L. 5. Mais la répétition n'est pas admise si un tiers a payé pour compte du débiteur véritable, dans la croyance qu'il était tenu de payer pour ce dernier; ce payement se rapporte à une dette existant réellement entre parties; il n'a pas pour objet un indu; le tiers qui a payé, doit se contenter de son recours contre le débiteur (D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 9, § 1; D. *h. t.*, L. 26, § 12, v^is^ Sed si delegatus sit a patrono..... Cf. D. *h. t.*, L. 11, L. 44). Voyez ERXLEBEN, cité, I, § 9, p. 153-156, et VANGEROW, III, § 625, *Anm.* 1, n° I, 3°. Que si un tiers paye pour compte d'un non-débiteur, il y a lieu à répétition (D. 39, 5, *de donat.*, L. 2, § 3-4; D. 44, 4, *de doli mali et met. except.*, L. 7, pr. et § 1).

Lorsque deux codébiteurs solidaires payent chacun de son côté le créancier commun, si les payements sont successifs, le second est sujet à répétition; car le premier ayant éteint l'obligation solidaire, le second a été fait indûment (D. *h. t.*, L. 25); si les payements sont simultanés, les deux codébiteurs peuvent répéter chacun pour moitié ce qui a été payé de trop (D. *h. t.*, L. 19, § 4, L. 20). En ce qui concerne le cas où la dette solidaire est alternative, voyez le D. *h. t.*, L. 21, et ci-dessus T. I, § 44, note 14.

(40) D. *h. t.*, L. 65, § 9, L. 22, pr.

(41) D. *h. t.*, L. 1, § 1 initio, L. 54; C. *h. t.*, L. 1, pr. initio (L. 1 initio, Kriegel).

(42) D. *h. t.*, L. 26, § 2 et 8 initio.

(43) D. *h. t.*, L. 1, § 1 i. f., L. 24, L. 26, § 3 i. f. et 8 i. f., L. 50, L. 62; C. *h. t.*, L. 9, pr.

(44) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 53. « Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est ».

(45) Cf. ci-dessus T. II, § 98, IV, A, 1°, *a*.

Quid. si le payant doutait simplement de l'existence de la dette? La *condictio indebiti* lui est ouverte (C. *h. t.*, L. 11); il a voulu plutôt payer une dette que faire une donation; une libéralité ne se présume point (D. 50, 17, *de J. R.*, L. 41, § 1). Il en est autrement s'il a voulu transiger (C. *h. t.*, L. 11, § 1 i. f. (L. 11 i. f., Kriegel)).

Voyez encore le D. *h. t.*, L. 2, pr.

(46) D. 22, 3, *de probat.*, L. 25, pr., v^is^ Et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse,

erreur inexcusable, son droit de répéter vient à cesser, car il subit un dommage par sa propre faute(47). Mais une erreur de droit peut, aussi bien qu'une erreur de fait, servir de base à la *condictio indebiti*, pourvu qu'elle soit excusable; elle aura rarement ce caractère; en général, celui qui ne connaît pas la loi, a le moyen de s'éclairer en recourant à des personnes qui la connaissent(48). Au point de vue des principes généraux du droit, une distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit manque de fondement; si l'erreur de fait excusable donne lieu à la *condictio indebiti*, il doit en être de même de l'erreur de droit excusable; et si l'erreur de fait inexcusable exclut la *condictio indebiti*, celle-ci doit être également exclue par l'erreur de droit inexcusable. Nos sources, malgré leur défaut de précision, confirment plutôt ces règles qu'elles ne les contredisent(49). La doctrine des interprètes du droit romain est loin

« compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel *aliquam justam ignoran-*
« *tiæ causam* indebitum ab eo solutum, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repeti-
« tionem habere ».

(47) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 203.

(48) Cf. D. 22, 6, *de juris et facti ignor.*, L. 2, L. 9, § 3.

(49) D'un côté le C. 1, 18, *de juris et facti ignor.*, L. 10, refuse d'une façon générale la *condictio indebiti* pour cause d'erreur de droit. « Cum quis jus igno-
« rans indebitam pecuniam persolverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim
« facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est ». Cf. C. *eod.*, L. 6, et C. *h. t.*, L. 6. Quelques textes prononcent le même refus dans des cas particuliers (D. 22, 6, *de juris et facti ignor.*, L. 9, § 5; C. 6, 50, *ad leg. Falc.*, L. 9. Cf. C. *h. t.*, L. 7).

D'un autre côté, le D. 36, 4, *ut in possess. legat.*, L. 1, pr., concède positivement la *condictio indebiti* pour erreur de droit dans une espèce particulière « Si
« quis, cum vetitus esset satis accipere, acceperit, an repeti satisdatio ista
« possit, ut heres condicat liberationem? et quidem si sciens heres indebitum
« cavit, repetere non potest. Quid deinde, si ignoravit remissam sibi satis-
« dationem? potest condicere. *Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid*
« *condicere possit qui jus ignoravit? adhuc tamen benigne quis dixerit satisdationem*
« *condici posse.. »*.

Beaucoup d'autres lois accordent la *condictio indebiti* dans des cas où l'erreur commise ne peut guère être qu'une erreur de droit (D. *h. t.*, L. 32, § 2, L. 38, pr., L. 64; D. 4, 4, *de minor.*, L. 16, § 2; D. 39, 4, *de public.*, L. 16, § 14; D. 50, 1, *ad municip.*, L. 17, § 10; C. *h. t.*, L. 5, L. 10).

Comment concilier des décisions aussi divergentes? Nous avons fait remarquer ci-dessus que l'erreur de droit est très généralement inexcusable; ainsi s'expli-

d'être fixée. Indépendamment de l'opinion à laquelle nous nous sommes rallié et qui peut être considérée comme dominante(50), plusieurs auteurs accordent(51) ou refusent(52) la *condictio indebiti* d'une manière absolue pour une erreur de droit quelconque, excusable ou inexcusable. — Par contre, la *condictio indebiti* n'exige pas que l'*accipiens* ait reçu le payement par erreur; elle est ouverte même contre celui qui a reçu le payement de mauvaise foi(53). Si la chose reçue de mauvaise foi est mobilière, la *condictio indebiti* concourt électivement avec la *condictio furtiva*(54); car,

quent ceux des textes de la première catégorie qui écartent d'une façon également générale la répétition pour erreur de droit; les autres lois du premier groupe appliquent cette règle à des cas spéciaux. Mais l'erreur de droit est parfois excusable; de là les lois de la seconde catégorie.

(50) Voyez en notre sens UNTERHOLZNER, cité, II, § 319, 3°, THIBAUT, I, § 29, n° I, 1°, B, et § 563 initio, et BRAUN, *Erörterungen zu Thibaut*, § 28, p. 41-43, DE SAVIGNY, *System* III, *Beilage* VIII, n° 11, p. 359-361, et n°s 35-38, PUCHTA, *Pand.*, § 309, et note i, et *Vorles.* II, § 309, 2° initio, ERXLEBEN, cité, I, § 6, p. 72-89, WITTE, cité, p. 98 sq., KELLER, § 299, *b* initio, VOIGT, cité, p. 635 sq., SINTENIS, II, § 109, n° II, A, b, 3°, et *Anm.* 54, VANGEROW, III, § 625, *Anm.* 1, n° II, NAMUR, II, § 338, 3, ARNDTS, § 341, 1°, c, et *Anm.* 6, WINDSCHEID, II, § 426, 3°, et note 14, et BARON, § 281, I, 2° initio.

Cf. MACKELDEY, II, § 467, 2°.

Quant à GLÜCK, après avoir au T. XIII, § 834, p. 135-151, refusé d'une manière générale la *condictio indebiti* pour cause d'erreur de droit, au T. XXII, § 1186, p. 336-340, il paraît disposé à restreindre cette règle à l'erreur de droit inexcusable.

(51) MÜHLENBRUCH, *Lehrb.* II, § 378, n° II, et note 8, et *Archiv für die civil. Praxis* II, n° 35, p. 419-431, Heidelberg, 1819, MOLITOR, cité, II, n° 849, et ZIMMERMANN, cité, n° I.

Cf. MAYNZ, II, § 277, 3°.

(52) GŒSCHEN, II (2), § 637, B, et KOCH, cité, III, § 259, n° III, p. 376-378.

(53) D. *h. t.*, L. 37. « Servum meum insciens a te emi pecuniamque tibi solvi : « eam me a te repetiturum et eo nomine condictionem mihi esse omnimodo « puto, sive scisses meum esse sive ignorasses ». La *condictio* accordée par cette loi contre l'*accipiens* de mauvaise foi est la *condictio indebiti;* en effet, la loi est placée sous la rubrique *de condictione indebiti.*

Le D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 18, et le D. 47, 2, *de furt.*, L. 81 (L. 80, Kriegel), § 5 et 7, concèdent aussi la *condictio indebiti* contre l'*accipiens* de mauvaise foi dans des hypothèses spéciales.

Enfin, le D. 13, 3, *de condict. tritic.*, L. 2, et le D. 47, 2, *de furt.*, L. 25, § 1, soumettent le possesseur violent à une *condictio sine causa.*

(54) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 18. « Quoniam furtum fit, cum quis indebitos

recevoir sciemment un indu, c'est déplacer frauduleusement la chose d'autrui et partant commettre un vol selon la notion romaine de ce délit (55). Ici encore il y a controverse; beaucoup d'auteurs se bornent à accorder contre l'*accipiens* de mauvaise foi la *condictio furtiva* ou du moins ne permettent au *tradens* de le poursuivre par la *condictio indebiti* qu'en faisant abstraction de la mauvaise foi de l'*accipiens* (56).

« nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an « ipsi furtum fiat. Et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait « ex causa furtiva : sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum « sit. Sed altera condictione altera tollitur ».

D. 47, 2, *de furt.*, L. 81 (L. 80, Kriegel), § 5 et 7.

(55) D. *eod.*, L. 43, pr.; D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 18 initio. *Non obstat* D. 47, 2, *de furt.*, L. 43, § 1, L. 81 (L. 80, Kriegel), § 6. Cf. ci-après § 199, note 27.

Intentée contre un *accipiens* de mauvaise foi, la *condictio indebiti* présente ceci de particulier que l'*accipiens* n'ayant pas acquis la propriété de la chose, le demandeur ne répète que la possession de la chose et non la chose elle-même; voyez ci-dessus *ad not.* 19 du présent paragraphe. Il en est autrement de la *condictio furtiva;* voyez ci-après § 205, 2°.

(56) Les cas prévus par le D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 18, et par le D. 47, 2, *de furt.*, L. 81 (L. 80, Kriegel), § 5 et 7, seraient les seuls dans lesquels la *condictio indebiti* se donne contre un *accipiens* de mauvaise foi en cette qualité.

Ce système se fonde sur ce que la *condictio indebiti* n'appartient pas au propriétaire de la chose qu'il s'agit de répéter (arg. GAIUS, IV, 4-5, et I. 4, 6, *de action.*, § 14-15); or, comme l'*accipiens* de mauvaise foi commet un vol, le payant conserve la propriété de la chose payée. Nous ne partageons pas cette manière de voir; la *condictio indebiti* peut être exercée comme *condictio* possessoire; voyez ci-dessus *ad not.* 19.

MAYNZ, II, § 277, et note 29, accorde la *condictio indebiti* contre l'*accipiens* de bonne ou de mauvaise foi.

MACKELDEY, II, § 467, 3°, UNTERHOLZNER, cité, II, § 320, n° IV, et VANGEROW, III, § 625, *Anm.* 1, n° III, la donnent seulement contre l'*accipiens* de bonne foi. VANGEROW ajoute toutefois que rien n'empêche de la diriger contre l'*accipiens* de mauvaise foi en faisant abstraction de la mauvaise foi, et il admet avec UNTERHOLZNER des exceptions fondées sur le D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 18, et sur le D. 47, 2, *de furt.*, L. 81 (L. 80, Kriegel), § 5 et 7.

D'après MOLITOR, cité, II, n° 851, l'*accipiens* de mauvaise foi serait soumis à la *condictio indebiti*, à moins que le payement n'ait pour objet une chose corporelle et mobilière.

Enfin FRANCKE, *Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien*, n° 4,

B) Conformément au droit commun sur la preuve, le demandeur à la *condictio indebiti* est tenu d'établir le triple fondement de son action : le payement, l'indu et son erreur(57). La preuve du payement ne présente aucune difficulté spéciale; elle résultera souvent de l'aveu du défendeur. Par contre la preuve de l'indu est très difficile. Si le demandeur s'est fait délivrer une quittance qui mentionne la cause de la dette, — elle porte par exemple ' reçu 1000 en remboursement d'un prêt ' — le demandeur devra établir qu'il n'était pas débiteur en vertu de cette cause, du chef d'un prêt d'argent dans l'exemple précité. Si la quittance remise au demandeur ne spécifie pas la cause de la dette, si elle porte simplement ' reçu 1000 en payement d'une dette ' ' reçu 1000 qui m'étaient dus ', etc., ou bien si le demandeur ne possède aucune quittance, il devra prouver qu'il a entendu payer telle ou telle dette déterminée et que celle-ci n'existait point(58). La difficulté de cette preuve négative n'est pas un motif de rejeter la charge de la preuve sur le défendeur, alors surtout que le demandeur a commis l'imprudence de payer ce qu'il ne devait point et que sa faute peut avoir amené le défendeur à détruire la preuve de son droit de créance. Enfin, le demandeur doit établir son erreur, c'est-à-dire prouver qu'il avait de justes motifs de croire à l'existence de la dette(59); on ne saurait admettre une présomption d'erreur au profit de celui qui paye sans devoir; la difficulté de la preuve de l'erreur ne justifie pas une semblable présomp-

Gœttingue, 1823, et BARON, § 281, I, 2° i. f., accordent la *condictio indebiti* contre l'*accipiens* de mauvaise foi, à part le cas où il a reçu en connaissance de cause ce qui était dû réellement à un tiers. D'après eux, c'est dans ce cas seulement qu'il y a vol et que la *condictio furtiva* est ouverte; cf. ci-après § 199, note 27.

(57) D. 22, 3, *de probat.*, L. 25, pr., vis Et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, « compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel *aliquam justam* « *ignorantiæ causam indebitum ab eo solutum*, et nisi hoc ostenderit, nullam eum « repetitionem habere », cbn. avec les mots : Sin vero ab initio..... facile errasse.

(58) Le demandeur qui soutient que la dette qu'il a payée, était déjà éteinte auparavant, doit fournir la preuve de cette extinction (D. 22, 3, *de probat.*, L. 25, § 2).

(59) D. *eod.*, L. 25, pr. i. f., passage transcrit à la note 57.

tion (60). Par dérogation à ces règles, si le défendeur nie le payement, la preuve exigée du demandeur se limite à ce fait; s'il parvient à établir le payement, il est déchargé de toute preuve ultérieure; c'est au défendeur qu'il incombe maintenant d'établir qu'il était créancier, ou du moins que le demandeur a payé l'indu en connaissance de cause et partant a voulu faire une libéralité (61). Cette règle est une conséquence de la dénégation du payement de la part du défendeur, combinée avec la preuve du payement fournie par le demandeur; celui qui déclare n'avoir pas reçu une chose, s'engage implicitement à la rendre pour le cas où il serait établi qu'il l'a reçue en réalité; il n'est plus autorisé à la garder qu'en prouvant son droit par rapport à elle (62). S'agit-il de la répétition d'un écrit constatant une dette, il faut, pour fixer la charge de la preuve, distinguer si l'écrit mentionne ou non la cause de la dette. Dans le premier cas, le demandeur à la *condictio indebiti* doit établir la remise de l'écrit, l'inexistence de la dette indiquée dans l'écrit et son erreur (63). Dans le second, il peut se borner à prouver la remise

(60) En ce sens UNTERHOLZNER, cité, II, § 319, 2°.

Contra MOLITOR, cité, II, n° 860 i. f.; l'auteur s'en rapporte arbitrairement au serment du demandeur.

Cf. MAYNZ, II, § 277, et note 25, et WINDSCHEID, II, § 426, 5° i. f.

Le demandeur peut aussi déférer le serment à son adversaire (D. 22, 3, *de probat.*, L. 25, § 3) et, si le demandeur a fourni un commencement de preuve, le juge a la faculté de lui déférer le serment supplétoire.

(61) D. 22, 3, *de probat.*, L. 25, pr., vis Cum de indebito..... quod pecuniam debitam accepit.

(62) L. 25, pr., cit., vis per etenim absurdum..... ab adversario exigere. Ainsi entendue, la règle n'a pas pour but de punir le dol du défendeur et par conséquent elle doit être suivie alors même que le payement nié par le défendeur a été fait à son auteur. Contra VANGEROW, III, § 625, *Anm.* 2, n° 1 i. f.

Par suite d'un privilège peu justifié, si des mineurs, des femmes, des soldats, des laboureurs ou des illettrés répètent l'indu, ils sont seulement tenus de prouver le payement (D. 22, 3, *de probat.*, L. 25, § 1), à moins qu'ils ne soutiennent avoir payé trop ou bien que leur dette était déjà éteinte lors du payement (L. 25 cit., § 2).

(63) D. 22, 3, *de probat.*, L. 25, § 4 i. f.; C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 13. Ces deux textes exigent même que le demandeur établisse l'inexistence de la dette par un écrit.

de l'écrit dans la croyance qu'il était débiteur; c'est au défendeur d'établir sa créance(64).

II. *De la condictio causa data causa non secuta*(65).

A) La *condictio causa data causa non secuta*, appelée encore *condictio ob causam datorum*(66), est ouverte toutes les fois qu'une prestation a été faite en vue d'un but licite et moral qui ne s'est pas réalisé(67). Les conditions de cette action en répétition sont les suivantes :

1° Une prestation doit avoir été faite par le demandeur au défendeur(67). Le mot prestation est employé dans le sens large; il comprend même la conclusion d'une convention; on peut répéter la promesse de restituer un prêt, si elle a été faite en vue d'un prêt futur qui ne s'est pas effectué(68). La prestation peut aussi consister dans la remise d'un écrit; on répète valablement un chirographe *de mutuo* ou une quittance, s'ils ont été remis en vue d'un prêt ou d'un payement qui ne s'est pas réalisé(69).

2° La prestation doit avoir été faite en vue d'un but convenu

(64) D. 22, 3, *de probat.*, L. 25, § 4 initio. De ces deux écrits, le premier est appelé par les modernes une *cautio discreta*, le second une *cautio indiscreta* (arg. D. 22, 3, *de probat.*, L. 25, § 4, vis indiscrete loquitur (*scilicet cautio*)). Cf. ci-dessus T. I, § 72, 2° i. f.

Peut-on renoncer à la *condictio indebiti?* Oui certainement après la découverte de l'erreur. Mais la renonciation antérieure, qu'elle soit générale ou spéciale, est nulle (D. *h. t.*, L. 67, § 3); l'erreur exclut la volonté de renoncer et cette volonté est de l'essence de la renonciation. En ce sens GLÜCK, XIII, § 832, MÜHLENBRUCH, II, § 379, n° V, et MOLITOR, cité, II, n° 862. Contra UNTEHOLZNER, cité, II, n° 320, n° V.

(65) D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.;* C. 4, 6, *de condict. ob causam datorum.* Au sujet de l'explication des termes *condictio causa data causa non secuta* voyez ci-dessus T. II, § 83, note 52.

(66) Ces termes ont été expliqués ci-dessus T. II, § 83, note 53.

(67) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 1, § 1. « Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est »; D. *h. t.*, L. 52 i. f., L. 65, § 4; D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, § 1-2, L. 4.

(68) D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, § 1-2; D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 4, L. 10; C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 4.

(69) C. 4, 9, *de condict. ex lege et sine causa v. inj. causa*, L. 4; C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 7.

entre parties(70). Pas de répétition si l'auteur de la prestation poursuivait un but non déterminé par le contrat(71). Il en est de même s'il a voulu simplement exécuter une obligation naissant d'un contrat bilatéral; quoique la prestation réciproque de la partie adverse n'ait pas été effectuée, il n'est pas autorisé à répéter; car il a fait la prestation moins en vue d'un but futur qu'à raison d'une cause antérieure, à savoir parce qu'il était obligé(72). — Le but poursuivi par l'auteur de la prestation doit être licite et moral(73), sinon, comme il sera expliqué bientôt(74), il n'y a pas lieu à répétition, ou du moins on répètera par une *condictio sine causa* indépendamment de la non-réalisation du but proposé. Pour le surplus, la nature de ce but est indifférente; il n'a pas besoin de consister en une prestation réciproque de la part du défendeur(75).

3° Le but que poursuivait l'auteur de la prestation, doit avoir été manqué(76). En outre, s'il consiste dans une prestation réciproque de la part de l'*accipiens*, il est nécessaire qu'une faute soit imputable à ce dernier; car le cas fortuit le libère de son obligation(77). Mais si le but de la prestation n'a pas pour objet d'obtenir une prestation réciproque de l'adversaire, il y a lieu à répétition alors même que le but proposé fait défaut par suite d'un accident(78).

Les applications de la *condictio causa data causa non secuta* sont des plus variées.

a) Une application capitale en a été faite aux contrats réels inno-

(70) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 1, § 1; D. *h. t.*, L. 52 i. f., L. 65, § 4; D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, § 1-2, L. 4.

(71) D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 3, § 7, vis quamquam constet, ut et ipse « ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret « vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa decep- « tum »; C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 7; C. 2, 4, *de transact.*, L. 25.

(72) VANGEROW, III, § 626, *Anm.*, n° 3, p. 407 initio.

(73) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 1, § 1.

(74) au n° III du présent paragraphe.

(75) Cf. ci-après le n° II, A, *c*, *d* et *e*, du présent paragraphe.

(76) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 1, § 1; D. *h. t.*, L. 52 i. f., L. 65, § 4; D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, § 1-2, L. 4.

(77) Cf. ci-dessus le T. II, § 101, I, 5°, cbn. avec le T. I, § 17, IV, 3°.

(78) En ce sens VANGEROW, III, § 626, *Anm.*, n° 2. Cf. MOLITOR, cité, II, n°s 867-868, et MAYNZ, II, § 276, n° I i. f.

més; lorsque ces contrats sont arrivés à l'existence par l'exécution de la prestation de l'un des contractants et que le cocontractant manque à son obligation réciproque, la prestation faite est sujette à répétition par la *condictio causa data causa non secuta* (79). En vertu de ce principe, celui qui a fait une donation modale et l'a exécutée, peut répéter la libéralité pour cause d'inexécution du mode (80). De même, la partie transigeante qui a exécuté la transaction, peut répéter sa prestation contre l'adversaire qui y manque (81).

b) L'on répète par la *condictio causa data causa non secuta* le chirographe *de mutuo* ou la quittance remise à quelqu'un dans l'attente d'un prêt ou d'un payement qui n'a pas suivi (82),

c) ainsi que la dot prestée en vue d'un mariage qui n'a pas eu lieu (83).

d) La *condictio causa data causa non secuta* sert aussi à répéter la prestation faite en vue de faire accomplir une condition ajoutée à l'acquisition d'un droit, si ce droit n'a pas été acquis par l'auteur de la prestation (84). Par exemple, une personne instituée sous la condition de donner quelque chose à un tiers, fait cette dation, mais répudie ensuite l'hérédité (85).

e) Le débiteur qui paye en connaissance de cause à un simple gérant d'affaires de son créancier, est admis à répéter par la *condictio causa data causa non secuta*, si le créancier ne ratifie pas le

(79) Cf. ci-dessus T. II, § 83, II, 3° i. f. — (80) T. III, § 176, 2°.

(81) T. III, § 180, I. La répétition d'une donation à cause de mort devenue caduque s'explique de la même manière (D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 12; D. 39, 6, *de M. C. D.*, L. 13, pr., L. 18, § 1, L. 35, § 3). Cf. MAYNZ,, II, § 276, *ad not.* 11. Contra VANGEROW, III, § 628, *Anm.*, n° I, B, 1°.

(82) C. 4, 9, *de condict. ex lege et sine causa v. inj. causa*, L. 4; C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 7. Cf. ci-dessus *ad not.* 68 du présent paragraphe.

(83) D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 6, L. 7, L. 9; D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 7, § 3, L. 8, L. 9, pr.

(84) D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 1, § 1. C'est ce que nos sources appellent un *datum propter condicionem* (D. *h. t.*, L. 65, pr.).

(85) D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 1, § 1. Cf. D. *eod.*, L. 2, et D. *h. t.*, L. 65, § 3. Voyez encore 1° le D. *h. t.*, L. 3, § 6-7, L. 67, pr., 2° le D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 13, et le D. 37, 6, *de collat. bon.*, L. 3, § 5.

payement(86); car le débiteur a payé en vue de cette ratification(87).

B) Le demandeur à la *condictio causa data causa non secuta* doit établir :

1° la prestation qu'il a faite au défendeur,

2° que cette prestation a eu lieu dans un but convenu entre parties; le caractère licite et moral de ce but se présume jusqu'à preuve contraire,

3° que le but convenu ne s'est pas réalisé. Cette circonstance est, comme les précédentes, une base de l'action en répétition. Elle doit être prouvée par le demandeur alors même que le but de la prestation du demandeur consistait dans une prestation réciproque de la part du défendeur; le demandeur doit prouver que cette prestation n'a pas été effectuée. Mais cette preuve fournie, si le défendeur allègue le cas fortuit(88), c'est à lui de l'établir(89).

III. *De la condictio ob turpem vel injustam causam*(90). La *condictio ob turpem vel injustam causam*(91), appelée encore *condictio ex injusta causa*(92), suppose une prestation faite en vue d'un but illicite ou immoral du côté de la partie qui a reçu la prestation(93). Les conditions de cette *condictio* sont :

1° qu'une prestation ait été faite par le demandeur au défendeur(94),

2° que cette prestation ait eu lieu dans un but illicite ou immoral(95) et que ce caractère illicite ou immoral du but de la prestation concerne le défendeur seulement(96). S'il existe soit pour

(86) D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 14 initio; D. 46, 3, *de solut.*, L. 58, pr.

(87) D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 14 i. f. Cf. D. 46, 3, *de solut.*, L. 14, pr. Voyez ci-dessus T. I, § 5, II, B.

(88) Cf. ci-dessus le n° II, A, 3°, du présent paragraphe.

(89) Cf. MAYNZ, II, § 276, n° I i. f., et WINDSCHEID, II, § 429.

(90) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*; C. 4, 7, *de condict. ob turp. caus.*

(91) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, rubrique.

(92) C. 4, 9, *de condict. ex lege et sine causa v. inj. causa*, rubrique.

(93) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 1, § 2, « Quod si turpis causa « accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest », L. 4, § 2; C. 4, 7, *de condict. ob turp. caus.*, L. 4. — (94) D. *eod.*, L. 1, pr. et § 2. — (95) L. 1, pr., cit.

(96) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 1, pr. et § 2, L. 3, L. 4, § 2-3; C. 4, 7, *de condict. ob turp. caus.*, L. 4.

les deux parties(97), soit pour l'auteur de la prestation seulement(98), la répétition est exclue; l'auteur de la prestation ne peut invoquer sa propre turpitude, pour obtenir la restitution de ce qu'il a donné; c'est ce que nous avons déjà constaté dans la théorie des conventions(99), à laquelle nous nous référons également pour l'énumération des conventions dont le but est illicite ou immoral(100). Mais, à la différence de la *condictio causa data causa non secuta*, la *condictio ob turpem vel injustam causam* est ouverte alors même que l'*accipiens* a déjà exécuté son engagement illicite ou immoral(101). — A côté de la *condictio ob turpem causam*, nous admettons une *condictio ob injustam causam vel ex injusta causa* tendant à répéter une prestation faite dans un *but* illicite, donc à raison d'une *cause future* illicite. Le plus souvent la *condictio ob injustam causam vel ex injusta causa* est exercée à raison d'une cause passée ou présente(102); elle sera examinée ci-après sous cet aspect(103). Elle n'est guère ouverte du chef d'une cause future; en effet, si cette cause est illicite du côté de l'*accipiens*, elle le sera presque toujours aussi du côté de l'auteur de la prestation, ce qui entraînera l'exclusion de la *condictio*. Mais cette observation n'a rien d'absolu; il y aura lieu entre autres à répétition, à raison d'une cause future qui est illicite du côté de l'*accipiens*, si dans l'ignorance du dépôt fait à une personne, je lui fais une prestation pour qu'elle me livre la chose déposée(104).

(97) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 2, § 2, L. 3, L. 4, pr. et § 1, L. 8; D. 44, 4, *de doli mali et met. except.*, L. 9; C. 4, 7, *de condict. ob turp. caus.*, L. 2, L. 5.

(98) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 4, § 3.

(99) T. II, § 91, II, 5°, *ad not.* 103-105.

(100) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 2, pr. et § 1, L. 4, § 4 i. f., L. 9, pr. et § 1 i. f.; C. 4, 7, *de condict. ob turp. caus.*, L. 3, L. 6, L. 7. — T. II, § 91, II.

(101) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 1, § 2, L. 9, pr.; C. 4, 7, *de condict. ob turp. caus.*, L. 4.

(102) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 7 cbn. avec L. 6; D. 25, 2, *de act. rer. amot.*, L. 6, § 5. — (103) n° IV, 2°, du présent paragraphe.

(104) Cf. MAYNZ, II, § 276, n° II i. f. MOLITOR, cité, II, n° 873, et VANGEROW, III, § 627, *Anm.* i. f., rapportent exclusivement la *condictio ob injustam causam* à une cause passée ou présente.

IV. *De la condictio sine causa dans le sens restreint*(105).

A) La *condictio sine causa* dans le sens restreint est ouverte dans tous les cas où nous avons été privé de notre chose, soit en vertu d'une cause légalement inexistante dès le principe(106), soit en vertu d'une cause qui, existant originairement, est venue à cesser plus tard(107).

1° Il faut avant tout que le demandeur ait été privé de sa chose(108). En général, cette privation résulte d'une prestation faite par le demandeur au défendeur(109). Mais la privation peut être également due à un fait unilatéral du défendeur(110), voire même à une circonstance indépendante des deux parties(111); les applications de la *condictio sine causa* que nous citerons ci-après, justifieront cette proposition(112).

2° Il faut que le demandeur ait été privé de sa chose en vertu d'une cause qui n'existait point dès le principe(113) ou bien qui, existant d'abord, a cessé par la suite(114). En ce qui concerne le premier point, la nullité de la cause doit être telle qu'il soit impossible d'admettre une libéralité de la part de celui qui a payé en connaissance de cause. Il en sera ainsi de la prestation faite dans l'intention exclusive de payer une dette antérieure, comme dans le

(105) D. 12, 7, *de condict. sine causa*; C. 4, 9, *de condict. ex lege et sine causa v. inj. causa.* — (106) D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, § 2-3, L. 4.

(107) D. *eod.*, L. 1, § 2-3.

(108) D. *eod.*, L. 1, § 3. « Constat id demum posse condici alicui, quod vel *non « ex justa causa ad eum pervenit* vel redit ad non justam causam »; D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 30, pr., vis quasi res mea ad te sine causa pervenerit. Cf. D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 23 i. f. — (109) D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 4.

(110) D. *h. t.*, L. 15, § 1, L. 53; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 23, L. 32; D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 9, § 1; D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 24, § 1 initio, L. 30, pr. i. f. cbn. avec l'initium.

(111) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 4, § 2. « Ea, quæ vi fluminum importata sunt, « condici possunt ». C'est sans aucun motif que Maynz, II, § 277, et note 52, combat la proposition énoncée ci-dessus. Il est ainsi amené à appliquer la loi 4, § 2, cit., au cas où le possesseur de l'immeuble aurait consommé les choses importées; il est clair que le jurisconsulte romain entend parler de terres et d'arbres qui, emportés par les eaux sur un fonds inférieur, se sont incorporés à celui-ci. — (112) n° IV, B, 2°, et notes 132 et 133.

(113) D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, § 2-3, L. 4.

(114) D. *eod.*, L. 1, § 2-3.

cas du payement d'une dette de jeu(115) ou d'intérêts usuraires(116); il faut en dire autant de la prestation faite dans un esprit de libéralité, si la donation est frappée de nullité(117). En effet, si la prestation effectuée constitue une donation valable, celle-ci exclut la *condictio sine causa* comme elle exclut la *condictio indebiti*(118). Lorsque la privation de la chose résulte d'un acte illicite commis par un tiers, la *condictio sine causa* reçoit souvent la qualification de *condictio ex injusta causa*(119) ou *ob injustam causam*(120); une variété de celle-ci est la *condictio furtiva*(121) ou *ex causa furtiva*(122), qui de son côté comprend les nuances *actio rerum amotarum*(123) et *actio vi bonorum raptorum*(124).

B) A raison d'un défaut de cause dès le principe, la *condictio sine causa* est ouverte entre autres :

1° si l'on a exécuté une convention nulle ou annulable à un titre quelconque, pourvu, comme nous venons de le faire remarquer(125), que la prestation faite ne soit pas elle-même une donation valable. C'est ainsi que l'on répètera par la *condictio sine causa* une dette de jeu(126) ou d'intérêts usuraires(127), une dot donnée en vue d'un mariage légalement impossible(128), une donation faite par un époux

(115) C. 3, 43, *de aleæ lusu et aleator.*, L. 1, § 1 i. f. (L. 1, A initio et C initio, Kriegel). — (116) C. 4, 32, *de usur.*, L. 18.

(117) Cf. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 18, L. 6.

(118) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 53.

Cf. UNTERHOLZNER, cité, II, § 318, n° I, MOLITOR, cité, II, n° 875, 1°, VANGEROW, III, § 628, *Anm.*, n° I, A, 1°, et MAYNZ, II, § 277, et notes 48 et 50.

(119) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 6, L. 7; D. 25, 2, *de act. rer. amot.*, L. 6, § 5 i. f.; C. 4, 9, *de condict. ex lege et sine causa v. inj. causa*, rubrique. Cf. D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, § 3.

(120) Arg. D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, rubrique cbn. avec L. 6, L. 7. — (121) D. 13, 1, *de condict. furt.*; C. 4, 8, *eod.*

(122) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 2 initio, L. 3 initio.

(123) D. 25, 2, *de act. rer. amot.*; 5, 21, *rer. amot.* Cf. D. 25, 2, *de act. rer. amot.*, L. 6, § 5 i. f.

(124) D. 47, 8, *vi bonor. rapt. et de turba*; C. 9, 33, *vi bonor. rapt.* Voyez encore le D. 13, 3, *de condict. tritic.*, L. 2, et le D. 47, 2, *de furt.*, L. 25, § 1. Cf. MAYNZ, II, § 277, *ad not.* 53-55. — (125) n° IV, A, 2°, du présent paragraphe.

(126) C. 3, 43, *de aleæ lusu et aleator.*, L. 1, § 1 i. f. (L. 1, A initio et C initio, Kriegel). — (127) C. 4, 32, *de usur.*, L. 18.

(128) D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 5; D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*,

à son conjoint(129), une chose transférée par une personne incapable d'aliéner(130), etc.(131),

2° si notre chose nous a été volée(132) ou enlevée de vive force(133).

C) A raison d'une cause qui a pris fin, la *condictio sine causa* se donne notamment :

1° si un débiteur a remis à son créancier un écrit constatant la dette et que celle-ci se soit éteinte(134),

2° si des arrhes ont été données à l'occasion d'un contrat et que celui-ci ait reçu son exécution(135),

3° si des choses consomptibles ou des créances ont été données en quasi-usufruit et que le droit du quasi-usufruitier ait pris fin(136),

4° si un débiteur de restitution, tel qu'un commodataire, a dû payer la valeur de la chose, faute de pouvoir la rendre en nature, et que plus tard le créancier ait recouvré la chose(137),

L. 10; C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 1; C. 5, 6, *de interd. matrim.*, L. 7. Cf. D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 8.

(129) D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 18, L. 6.

(130) D. *h. t.*, L. 29, « Interdum persona locum facit repetitioni, ut puta si « pupillus sine tutoris auctoritate vel furiosus vel is cui bonis interdictum est « solverit : nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. « Et si quidem exstant nummi, vindicabuntur, consumptis vero condictio locum « habebit », L. 41; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 19, § 1; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 24, pr.

(131) Voyez encore 1° le D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 18, § 1, L. 32, 2° le C. 8, 34 (35, Kriegel), *de pact. pignor.*, L. 3, et 3° le D. *h. t.*, L. 23, § 2.

(132) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 1. Cf. GAIUS, IV, 4 i. f., I. 4, 6, *de action.*, § 14 i. f., D. 7, 9, *usufruct. quemadm. cav.*, L. 12 i. f., et D. 13, 3, *de condict. tritic.*, L. 1, § 1 i. f.

(133) D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 6, L. 7; D. 13, 3, *de condict. tritic.*, L. 2; D. 47, 2, *de furt.*, L. 25, § 1.

Voyez encore 1° le D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 4, § 2 (ci-dessus note 111), 2° le D. *h. t.*, L. 55, et 3° le C. 4, 9, *de condict. ex lege et sine causa v. inj. causa*, L. 3.

(134) C. *eod.*, L. 2. « Dissolutæ quantitatis retentum instrumentum inefficax « penes creditorem remanere et ideo per condictionem reddi oportere non est « juris ambigui » ; C. 8, 42 (43, Kriegel), *de solut.*, L. 25.

(135) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 11, § 6, VIS Ego illud quæro..... Cf. ci-dessus T. I, § 29, I, 1° initio.

(136) D. 7, 5, *de usu fructu ear. rer., quæ usu consum.*, L. 5, § 1.

(137) D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 2.

5° si des cadeaux ont été faits entre fiancés et que le mariage n'ait pas suivi(138).

§ 199. *Règles relatives à la restitution des choses détenues sans cause.*

I. La *condictio sine causa* appartient à celui qui a été privé de sa chose sans cause, donc en général à l'auteur de la prestation indue(1) ainsi qu'à ses héritiers(2). Lorsque la prestation indue a été faite par un représentant, il faut voir si celui-ci a ou non le droit d'exiger de ce chef une indemnité du principal. Dans le premier cas, c'est le principal(3) et non le représentant(4) qui dispose de l'action en répétition; car c'est le principal qui se trouve lésé par la prestation indue. Dans le second cas, le représentant seul répètera la prestation indue(5), puisqu'il en supporte personnellement les conséquences(6).

(138) C. 5, 3, *de donat. ante nupt.*, L. 15, § 1-2, L. 16, pr. i. f. et § 1 (L. 15 i. f., L. 16 i. f., Kriegel). Toutefois, la donation subsiste si c'est le donateur qui a rompu les fiançailles sans motif (C. *eod.*, L. 15, pr. et § 2 (L. 15 initio et i. f., Kriegel)) ou fourni au donataire une cause légitime de rupture (arg. du même texte, et du C. 5, 1, *de sponsal.*, L. 3 i. f. cbn. avec l'initium). Cf. C. 5, 3, *de donat. ante nupt.*, L. 16, pr. initio (L. 16 initio, Kriegel), L. 10.

Voyez encore 1° le D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 50 pr., et 2° le D. 49, 1, *de appell.*, L. 11.

Par contre, l'action en révocation d'une donation pour ingratitude du donataire est plutôt une *condictio ex lege* (ci-dessus T. III, § 173, 1, 2°; contra VANGEROW, III, § 628, *Anm.*, n° I, B, 2°) et la caducité d'une donation à cause de mort produit une *condictio causa data causa non secuta* (cf. ci-dessus note 81 du présent paragraphe).

(1) Cf. D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, pr.

(2) D. *h. t.*, L. 12; C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 2, L, 3.

(3) C. *h. t.*, L. 6, et D. *h. t.*, L. 57, pr., cbn. avec D. *h. t.*, L. 67, § 1, L. 6, pr. initio. — (4) D. *h. t.*, L. 6, § 3, L. 46.

(5) D. *h. t.*, L. 67, § 1, L. 6, pr. initio, cf. L. 53.

(6) Le fidéjusseur qui paye un indu au nom du débiteur principal, agit comme son représentant; le principal est ici tenu envers son représentant; donc c'est lui qui a la *condictio indebiti* (D. *h. t.*, L. 47 initio). Mais le fidéjusseur qui paye un indu en nom propre, dispose de la *condictio indebiti*, parce qu'il n'agit pas comme représentant (D. *h. t.*, L. 47 i. f., L. 38, § 3); pour un cas analogue à ce dernier voyez le D. *h. t.*, L. 67, § 2.

Cf. MOLITOR, cité, II, n^os^ 852-853.

Si un héritier putatif fait un payement indu pour compte de l'hérédité, c'est à

II. La *condictio sine causa* se donne contre celui qui détient notre chose sans cause(7), donc, en supposant une prestation indue, contre celui qui a reçu cette prestation (8) et contre ses héritiers. Lorsque la prestation indue a été faite au représentant d'une personne, une distinction est nécessaire. Si la prestation indue a été faite d'après la volonté du principal, celui-ci est soumis à la *condictio sine causa;* en approuvant la prestation, il en assume les conséquences (9). Dans l'hypothèse contraire, le représentant est tenu(10).

III. En général, le but de la *condictio sine causa* est de faire restituer par le défendeur ce dont le demandeur a été privé sans cause, donc, dans la plupart des cas, la prestation indue(11). La restitution a pour objet, selon les circonstances, des choses corporelles(12) ou des faits de l'homme dont le juge estimera la valeur pécuniaire(13), ou bien encore des droits réels(14) ou de créance; si

lui que compète la répétition (D. 5, 3, *de heredit. petit.*, L. 17 initio); car il supporte le payement (D. *eod.*, L. 20, § 18 i. f.). Voyez cependant le D. *eod.*, L. 17 i. f., et le D. *h. t.*, L. 2, § 1, L. 3-5.

(7) Arg. D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, § 3, D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 30, pr. i. f., et D. *h. t.*, L. 49. — (8) L. 49 cit.

(9) D. *h. t.*, L. 57, § 1, « Creditor, ut procuratori suo debitum redderetur, man- « davit : majore pecunia soluta procurator indebiti causa convenietur : quod si « nominatim, ut major pecunia solveretur, delegavit, indebiti cum eo qui dele- « gavit erit actio, quæ non videtur perempta, si frustra cum procuratore lis fuerit « instituta » (cf. ci-dessus T. II, § 111, note 94, 4°), L. 6, § 2, vis quod si indebi- « tum.....; D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 14 initio; D. 46, 3, *de solut.*, L. 34, pr.; C. *h. t.*, L. 2. L'auteur de la prestation peut aussi poursuivre le représentant, à moins que celui-ci n'ait fait connaître son principal à l'auteur de la prestation; à cette dernière espèce se réfèrent le D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 14 initio, et le D. *h. t.*, L. 57, § 1 i. f.; ci-dessus T. II, § 111, III.

(10) D. *h. t.*, L. 6, § 1, L. 57, § 1 initio; D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 14 initio.

Si un héritier putatif a reçu un payement indu, la *condictio indebiti* se donne contre lui, car il profite personnellement de l'indu (arg. D. 5, 3, *de heredit. petit.*, L. 20, § 18 i. f.). Il en serait autrement s'il avait restitué volontairement à l'héritier véritable ce qu'il avait reçu.

(11) Cf. D. *h. t.*, L. 7, et D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 25 i. f.

(12) D. *h. t.*, L. 7, cf. L. 15, § 2.

(13) D. *h. t.*, L. 26, § 12, vis Sed si operas patrono..... quanti operas essem conducturus. Cf. D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 25, vis nec esse hoc.....

(14) D. *h. t.*, L. 22, § 1; D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 8, pr.

une promesse a été faite indûment, le promettant demandera à être libéré de l'obligation contractée(15) ; si l'on a renoncé indûment à un droit, on réclamera le rétablissement de ce droit(16) Mais l'étendue de l'obligation de restituer qui incombe au défendeur, varie sensiblement suivant qu'il est de bonne ou de mauvaise foi.

A) Si le débiteur de restitution est de bonne foi, il n'est tenu que jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi(17). En effet, on ne peut lui reprocher aucune faute ; celui qui reçoit un payement indu dans la conviction qu'il y a droit, est pleinement excusable ; celui-là est coupable de faute qui a payé sans le devoir ; par conséquent, si le payement indu donne lieu à une perte, il est juste qu'elle retombe sur le payant. Par application de ce principe :

1° Le débiteur de bonne foi ne répond en aucune façon de la perte ou de la détérioration de la chose, fût-elle due à son fait ; il ne saurait commettre une faute ; il est convaincu de son droit de propriété et réellement propriétaire ; cette conviction excuse tous ses actes(18). La règle énoncée doit être suivie alors même que les choses qu'il a reçues, sont fongibles ; malgré cette circonstance, il est débiteur de corps certains aussi longtemps que les choses reçues existent en nature entre ses mains, et, dans le cas contraire, il ne doit pas être obligé au delà de son émolument, pas plus qu'aucun autre détenteur sans cause(19). Cette question divise cependant les auteurs(20).

(15) D. 12, 7, *de condict. sine causa*, L. 1, pr. i. f., L. 3 ; C. 4, 6, *de condict. ob caus. dat.*, L. 4.

(16) D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 4, L. 10. Voyez encore le D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 6. La restitution peut aussi porter sur la simple possession (D. *h. t.*, L. 15, § 1 initio).

(17) D. *h. t.*, L. 3 i. f., L. 66. — (18) Arg. des textes cités à la note précédente.

(19) Cf. D. *h. t.*, L. 65, § 6. *Non obstant* D. *h. t.*, L. 7, « Quod indebitum per « errorem solvitur, ant ipsum ant tantundem repetitur », et D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 25, vis quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet aut tantundem ex eodem genere.. ». Quoique, d'après ces textes, le défendeur doive rendre la chose reçue ou autant de même espèce, rien ne l'empêche d'exciper de l'absence de profit.

(20) Voyez en notre sens UNTERHOLZNER, cité, II, § 326, n° 1, MOLITOR, cité, II, n° 859, 5° initio, MOMMSEN, *Beiträge* I, § 27, p. 320-321, ARNDTS,

2° Si le débiteur de bonne foi a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de vente(21); s'il en a fait donation, il n'est tenu à aucune restitution(22).

3° S'il s'agit de choses frugifères, le débiteur de bonne foi n'est comptable que des fruits qu'il a perçus(23) et non de ceux qu'il aurait pu percevoir par une meilleure gestion(24).

4° Le débiteur de bonne foi a droit à une indemnité pour ses impenses nécessaires d'une manière absolue, et pour ses impenses utiles en tant qu'elles ont augmenté la valeur de la chose(25).

B) Si le débiteur de restitution est de mauvaise foi, son obligation est beaucoup plus étendue. Il est tenu de réparer tout le dommage qu'il a causé à la partie adverse en la privant de sa chose; c'est la conséquence de son dol(26). Le fait de recevoir de mauvaise foi une prestation indue constitue même un vol, puisqu'il y a

§ 341, *Anm.* 9, VANGEROW, III, § 625, *Anm.* 3, et WINDSCHEID, II, § 424, note 3 i. f.

Contra ERXLEBEN, cité, I, § 12, p. 182-191, WITTE, cité, p. 139 sq., et VOIGT, cité, p. 319 sq.

S'il s'agit de choses consomptibles et que le débiteur de bonne foi les ait consommées, il doit seulement restituer le profit qu'il a retiré de la consommation (cf. D. *h. t.*, L. 65, § 6).

(21) D. *h. t.*, L. 26, § 12, vis vel hominem indebitum, et hunc sine fraude « modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes.. ».

(22) Arg. D. *h. t.*, L. 26, § 12, vis citis à la note précédente, et L. 65, § 8. Pour une application analogue voyez encore le dernier texte.

Si le débiteur de bonne foi a joui indûment d'une chose ou reçu des services indus, il doit seulement le prix qu'il aurait payé pour cette jouissance ou ces services (D. *h. t.*, L. 26, § 12, vis sic et in proposito, ait posse condici, quanti « operas essem conducturus.., L. 65, § 7. « Sic habitatione data pecuniam condi- « cam, non quidem quanti locari potuit, sed quanti tu conducturus fuisses ».

(23) D. *h. t.*, L. 15, pr., L. 26, § 12, vis fundum indebitum dedi et fructus condico, L. 65, § 5. S'il a consommé les fruits, il n'est obligé que pour le profit retiré de cette consommation (cf. D. *h. t.*, L. 65, § 6).

(24) Le débiteur de bonne foi ne doit pas non plus les intérêts des choses fongibles qu'il a reçues indûment; car il n'est pas en demeure de restituer (C. *h. t.*, L. 1, § 1 (L. 1 i. f., Kriegel)).

(25) D. *h. t.*, L. 26, § 12, vis vel meis sumptibus pretiosiorem hominem feci, « nonne æstimari hæc debent?.., L. 65, § 5.

Voyez encore le D. *h. t.*, L. 27.

(26) Arg. D. *h. t.*, L. 65, § 8 initio.

déplacement frauduleux de la chose d'autrui(27); c'est pourquoi celui qui reçoit sciemment un payement indu, est de plein droit constitué en demeure(28) et soumis aux diverses conséquences de la demeure(29). En particulier :

1° Il répond de la perte et de la détérioration de la chose reçue, non seulement si elles proviennent de sa faute, mais en outre si, malgré leur caractère accidentel, elles sont de telle nature que le débiteur en demeure est tenu de les supporter(30).

2° S'il a aliéné la chose reçue, il en doit la valeur pleine et entière, abstraction faite du profit qu'il a retiré de l'aliénation(31).

3° Il doit compte des fruits qu'il a perçus, de ceux qu'il a négligé de percevoir, ainsi que des fruits que son adversaire eût perçus par des soins supérieurs à ceux d'un bon père de famille, si effectivement sa diligence dépasse celle de la moyenne des hommes(32).

4° Le débiteur de restitution, s'il est de mauvaise foi, ne peut réclamer que le remboursement de ses impenses nécessaires ; il ne lui est rien dû à raison de ses impenses utiles(33).

Quid si celui qui a reçu de bonne foi un payement indu, devient après coup de mauvaise foi? A partir de la survenance de la mau-

(27) D. 47, 2, *de furt.*, L. 43, pr. ; D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 18.

Cette proposition généralement admise (UNTERHOLZNER, cité, II, § 320, n° IV initio. — MOLITOR, cité, II, n° 851. — VOIGT, cité, p. 142 et p. 764 sq. — VANGEROW, III, § 625, *Anm.* 1, n° III, p. 398-401. — MAYNZ, II, § 269, note 6 i. f., et § 277, note 29. — WINDSCHEID, II, § 426, note 16) a été combattue par FRANCKE, *Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien*, n° 4, Gœttingue, 1828, et BARON, § 281, I, 2° i. f. D'après ces interprètes, la réception frauduleuse d'un payement indu ne serait un vol que si on reçoit de mauvaise foi ce qui est réellement dû à un tiers. Ils fondent cette opinion sur le D. 47, 2, *de furt.*, L. 43, § 1, L. 81 (L. 80, Kriegel), § 6. Nous nous référons pour sa réfutation à VANGEROW, l. c.

(28) Arg. D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 8, § 1 i. f., et L. 20 i. f.

(29) Arg. D. *eod.*, L. 3. Il est aussi exposé aux actions naissant du vol (D. *eod.*, L. 18; arg. D. 47, 2, *de furt.*, L. 43, pr.).

(30) Arg. D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 7, § 2, cf. L. 3.

(31) Arg. D. *h. t.*, L. 65, § 8 initio, L. 26, § 12, v^is^ sine fraude.

(32) Il est aussi tenu de payer les intérêts des choses fongibles reçues indûment, comme tout autre débiteur en demeure. Cf. ci-dessus T. I, § 21, I, 1°, p. 141-142.

(33) Arg. D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 13.

vaise foi, il est tenu de tous dommages et intérêts(34). Mais, à défaut d'un déplacement frauduleux de la chose d'autrui, il n'est pas coupable de vol, ce qui exclut la demeure légale avec ses conséquences(35).

SECTION V. — DE LA COMMUNAUTÉ ACCIDENTELLE.

D. 10, 3, *communi dividundo*. — C. 3, 37, *eod.*

§ 200. *Notions générales.*

I. La communauté accidentelle (*communio incidens* dans le langage moderne(1)) est celle qui se forme en dehors d'une convention(2). A elle s'oppose la communauté conventionnelle et surtout la communauté fondée sur le contrat de société(3). Quoique indépendante d'une convention, la communauté accidentelle n'en est pas moins parfaitement analogue à la communauté conventionnelle et à la société; elle constitue un quasi-contrat imitant le contrat de société(4). Elle se produit principalement entre cohéritiers(5). Mais elle reçoit encore plusieurs autres applications. Il y a communauté accidentelle entre deux personnes à qui la même chose a été léguée et qui arrivent toutes les deux au legs(6), ainsi qu'entre deux personnes qui achètent chacune une moitié indivise de la même chose, mais par des contrats séparés(7). Il existe encore une communauté

(34) Arg. D. *h. t.*, L. 65, § 8 initio.

(35) Cf. POTHIER, *Pandectæ Justinianeæ*, 12, 6, *de condict. indeb.*, nº 46, note *f.*

(1) Cf. D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25, § 16, vis cum coherede non contrahimus « sed *incidimus* in eum.. », et D. 17, 2, *pro socio*, L. 31, vis Communiter autem « res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis « *incidimus* in communionem, ut evenit in re duobus legata.. ».

(2) Cf. I. *h. t.*, L. 3, vis Item si inter aliquos communis sit res sine societate, « veluti quod pariter eis legata donatave esset.. ».

(3) Cf. D. 17, 2, *pro socio*, L. 31. La communauté conventionnelle peut résulter d'une convention autre que la société (L. 31 cit., vis item si a duobus simul empta res sit..). Cf. ci-dessus T. III, § 153, 3º initio. — (4) Cf. I. *h. t.*, § 3-4.

(5) D. 17, 2, *pro socio*, L. 31, vis si hereditas.. communiter nobis obvenit..; D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25, § 16 initio.

(6) D. 17, 2, *pro socio*, L. 31, vis ut evenit in re duobus legata..; I. *h. t.*, § 3 initio; D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25, § 16 i. f.

(7) D. 17, 2, *pro socio*, L. 31, vis Si a duobus separatim emimus partes eorum

accidentelle entre deux propriétaires de choses qui ont été mélangées en dehors d'une convention et sans qu'elles puissent être séparées; cette confusion devient un mode d'acquérir la propriété; le mélange est commun entre les deux intéressés en proportion de la valeur de leur apport respectif(8). Enfin, le droit romain admet une communauté accidentelle entre les propriétaires de deux fonds de terre dont les limites se sont confondues, de telle sorte qu'il est impossible de les reconnaître; en présence de cette confusion, il ne reste qu'un parti à prendre, c'est de considérer comme accidentellement commune la lisière de terrain qui n'appartient d'une manière certaine à aucun des deux voisins; l'action en bornage dégénère alors en une action en partage(9). La communauté accidentelle peut d'ailleurs comprendre des choses corporelles de toute nature(10) et des droits réels divisibles(11). Quant aux droits réels indivisibles, ils ne donnent pas vraiment lieu à une communauté; ils appartiennent pour le tout à chacun de ceux qui les ont acquis ensemble(12). En sens inverse, les créances comme les dettes se divisent de plein droit entre les cointéressés(13).

II. La communauté accidentelle étant une quasi-société produit en général les effets de la société proprement dite. Ainsi :

non socii futuri ». Ce passage suppose deux vendeurs comme deux acheteurs; le propriétaire exclusif d'une chose pourrait aussi vendre séparément à deux personnes, à chacune une moitié indivise. Mais, si par le même contrat deux personnes achètent chacune une moitié indivise d'une chose, la communauté qui se forme entre elles, est conventionnelle, quoiqu'il n'y ait pas nécessairement société; cf. la note 3 du présent paragraphe.

Ce que nous venons de dire de la vente de parts indivises au profit de plusieurs personnes doit être étendu par analogie à la donation (D. 17, 2, *pro socio*, L. 31, pis si.. donatio communiter nobis obvenit..; I. *h. t.*, § 3 initio) et aux autres conventions ayant pour objet une aliénation.

(8) I. 2, 1, *de rer. divis.*, § 27 i. f. cbn. avec le surplus du paragraphe, cf. § 28.

(9) D. 10, 1, *fin. regund.*, L. 2, § 1. « Judici finium regundorum permittitur, « ut, ubi non possit dirimere fines, adjudicatione controversiam dirimat.. ».

Ajoutons encore que la dissolutiou d'une société laisse subsister jusqu'au partage une communauté accidentelle entre les anciens associés ou entre leurs héritiers (D. 17, 2, *pro socio*, L. 65, § 2 et 9 i. f.). Cf. ci-dessus T. III, § 174, IV, 4°.

(10) D. *h. t.*, L. 4, pr. — (11) D. *h. t.*, L. 7, pr. initio, § 10 et 12 initio.

(12) D. *h. t.*, L. 10, § 1, cf. L. 4, § 1, L. 19, § 4 initio.

(13) Arg. C. 3, 36, *fam. ercisc.*, L. 6.

1° Chacun des communistes a le droit d'administrer la communauté(14), sauf la faculté qui compète à chacun des ses cointéressés, de s'opposer à l'acte de gestion projeté(15). Si cet acte n'en a pas moins été fait, les communistes qui s'y sont opposés, peuvent réclamer le rétablissement de l'état de choses antérieur(16). Rien n'empêche les communistes de donner à l'un d'eux le mandat d'administrer les affaires communes. Le gérant est comptable de son administration comme tout mandataire ou gérant d'affaires. Il doit faire avoir à la communauté tout ce qu'il a acquis pour elle(17); il répond de sa faute(18), mais seulement si elle constitue une faute légère *in concreto*(19). Réciproquement, il a droit à la restitution de ses débours légitimes(20).

(14) D. *h. t.*, L. 28, v^is^ Sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid « faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere » poterat, hoc prætermisit.. ».

(15) L. 28 cit. « Sabinus ait in re communi neminem dominorum jure facere « quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi jus esse : in re « enim pari potiorem causam esse prohibentis constat.... ; D. 8. 5, *si servit. vindic.*, L. 11 ; D. 8, 2, *de S. P. U.*, L. 27, § 1.

(16) Arg. D. *h. t.*, L. 28, v^is^ Quod si quid absente socio ad læsionem ejus fecit, « tunc etiam tollere cogitur », et D. 8, 5, *si servit. vindic.*, L. 11. Il en est de même si les autres communistes ont été empêchés d'exercer leur droit d'opposition, spécialement pour cause d'absence (L. 28 cit., v^is^ cit^is^).

Par contre, la gestion est valable à l'égard des autres communistes qui y ont consenti, fût-ce tacitement, par exemple en ne s'opposant pas à la gestion alors qu'il leur était possible de s'y opposer. Mais le gérant demeure responsable de sa mauvaise gestion (L. 28 cit., v^is^ Sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne « quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum « prohibere poterat, hoc prætermisit : et ideo per communi dividundo actionem « damnum sarciri poterit..). Cette responsabilité vient à cesser si les autres communistes ont approuvé la gestion après coup ; c'est à cette espèce que nous référons les mots de la loi 28 citée « Sin autem facienti consensit, nec pro « damno habet actionem » ; on ne saurait les entendre en ce sens que le consentement à une gestion future impliquerait une renonciation aux dommages et intérêts dus à raison des fautes éventuelles du gérant.

(17) D. *h. t.*, L. 14, pr. Applications : D. *h. t.*, L. 4, § 3 i. f., L. 6, § 2, 4 et 5.

(18) D. *h. t.*, L. 8, § 2, L. 26.

(19) D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25, § 16. Cf. ci-dessus T. I, § 14, I, 2°.

(20) D. *h. t.*, L. 4, § 3, L. 6, § 3. Cf. sur l'ensemble de la gestion de la communauté ce qui a été dit de la société au T. III, § 154, I, 3°.

2° Chaque communiste dispose librement de sa quote-part dans la communauté(21). D'après le droit antéjustinien, si l'un des communistes cédait sa part à un tiers, les autres avaient la faculté de ne pas reconnaître cette cession, qui était alors considérée comme non avenue(22). Mais en droit nouveau les communistes sont autorisés à disposer librement de leur parts indivises au profit de personnes quelconques(23).

3° Chaque communiste peut demander le partage de la communauté; personne n'est tenu de demeurer dans l'indivision(24). Il n'est pas même au pouvoir des communistes de convenir du contraire; la convention qui interdit la demande en partage, est frappée de nullité(25). Ce système se fonde sur ce que l'indivision contrarie la liberté individuelle(26), les droits de chacun des communistes sont limités par ceux des autres, et ces limitations sont une nécessité, puisqu'il faut concilier entre eux les droits de chaque communiste sur la chose entière. De plus, et par voie de conséquence, l'indivision constitue une source de contestations et de procès(27); comme

(21) C. *h. t.*, L. 1, pr. initio, L. 3, pr. (L. 1 initio, L. 3 initio, édition Kriegel); C. 8, 53 (54, Kriegel), *de donat.*, L. 12. Il peut aussi concéder sur sa part des droits réels divisibles (D. 20, 6, *quib. mod. pignus v. hyp. solv.*, L. 7, § 4). Cf. D. 8, 1, *de servit.*, L. 2.

(22) C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 14. « Dudum proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emptione removerent neque homines suo arbitratu « vendenda distraherent.. Cf. C. 4, 52, *de comm. rer. alien.*, L. 3.

(23) C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 14 (constitution de Valentinien II, Théodose Ier et Arcadius). Cf. C. 4, 52, *de comm. rer. alien.*, L. 3 (constitution de Dioclétien et de Maximien).

Cf. ce qui a été dit ci-dessus T. III, § 155-156, de la cession des droits sociaux et de la sous-association.

(24) C. *h. t.*, L. 5. « In communionem vel societatem nemo compellitur invitus « detineri : quapropter aditus præses provinciæ ea, quæ communia tibi cum « sorore perspexerit, dividi providebit »; D. *h. t.*, L. 29, § 1; D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 43.

(25) D. *h. t.*, L. 14, § 2. « Si conveniat, ne omnino divisio fiat, hujusmodi « pactum nullas vires habere manifestissimum est.. ».

(26) Cf. Maynz, II, § 278 initio.

(27) D. 8, 2, *de S. P. U.*, L. 26, vis propter immensas contentiones plerumque « res ad divisionem pervenit..; D. 31, *de leg. II*, L. 77, § 20, vis cum discordiis « propinquorum sedandis prospexerit, quas materia communionis solet excitare ».

le disent les modernes, c'est la mère des discordes; *communio est mater rixarum*. On n'admet pas que les communistes puissent s'engager à l'avance à maintenir un état aussi anormal (28). Il leur est seulement loisible de convenir que le partage sera suspendu pendant un temps modéré, abandonné à l'appréciation du juge; en effet, l'intérêt même des communistes exige parfois que le partage soit différé; car celui-ci conduit souvent à la vente des biens communs et les circonstances peuvent être défavorables à cette vente (29). La convention qui suspend le partage pendant un délai modéré, s'oppose à ce que le partage soit demandé par les successeurs même particuliers des contractants (30); l'aliénation de la part indivise implique la cession de l'action en partage et le cessionnaire de cette action doit subir les exceptions dont le cédé jouissait contre le cédant (31). Quant aux règles du partage, elles ont été exposées

(28) Le testateur peut encore moins imposer l'indivision à ses héritiers.

(29) D. *h. t.*, L. 14, § 2, vis sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius « rei qualitati prodest, valet ». Ce texte n'exige pas directement que le délai suspensif du partage soit modéré. Mais il veut que le délai soit approprié aux circonstances; or par leur nature ces circonstances sont passagères. D'ailleurs, si les communistes pouvaient s'engager à maintenir l'indivision pendant un temps quelconque, la défense de convenir que l'on restera dans l'indivision, serait illusoire.

Si le juge trouve le délai convenu exagéré, il le réduira dans de justes limites. C'est une différence avec la convention qui prohibe le partage d'une manière absolue; pareille convention est complètement nulle.

(30) D. *h. t.*, L. 14, § 3; D. 17, 2, *pro socio*, L. 16, § 1.

(31) Cf. ci-dessus T. II, § 111, note 14, 2°.

Le testateur peut-il imposer l'indivision à ses héritiers pendant un temps modéré? Nous ne le pensons pas. Les communistes qui diffèrent le partage par convention, le font avec une liberté entière; ils acceptent les inconvénients de la communauté en vue de se soustraire à ceux du partage. Il en est tout autrement si c'est le testateur qui interdit le partage; cette interdiction tend à maintenir l'indivision contre le gré des communistes et partant à créer une source de contestations, que la loi a voulu précisément éviter.

Si un vestibule est commun à deux maisons, qui n'ont pas d'autre issue vers la voie publique, et que de plus le vestibule ne soit pas susceptible d'être partagé d'une manière réelle, aucun des voisins ne peut en poursuivre le partage contre l'autre. En effet, une maison sans issue étant inutile, la demande en partage du vestibule mettrait le défendeur dans la nécessité de faire pour le vestibule une enchère hors de proportion ave sa valeur véritable (D. *h. t.*, L. 19, § 1.

d'une manière complète à l'occasion du contrat de société(32).

4° La communauté accidentelle produit trois actions : l'action *communi dividundo*, l'action *familiæ erciscundæ* et l'action *finium regundorum*(33). L'action *communi dividundo* est l'action générale; elle embrasse tous les cas de communauté accidentelle, à l'exception de ceux qui ont été attribués aux deux autres actions(34). L'action *familiæ erciscundæ* s'applique à la communauté entre cohéritiers(35), l'action *finium regundorum* à la communauté résultant de la confusion des limites de deux fonds de terre(36). Mais la dernière est avant tout une action en bornage; elle tend à faire constater les limites des deux héritages(37); ce n'est que si cette constatation est impossible qu'elle devient une action en partage de la lisière de terrain douteuse(38). De ces trois actions, les plus anciennes sont l'action *familiæ erciscundæ* et l'action *finium regundorum;* elles furent établies par la loi des Douze tables(39); l'action *communi dividundo* vint les compléter dans la suite(40). En général, elles sont soumises aux mêmes règles que l'action *communi dividundo* relative à la communauté entre associés; nous nous référons donc à la théorie de la société(41), sauf à ajouter quelques observations sur l'action *finium regundorum* (§ 201). Il va de soi que les communistes accidentels disposent en outre, les uns contre les autres, des actions naissant des rapports particuliers qui ont pu se former entre eux, par analogie de ce qui a été expliqué à l'occasion de la société(42).

« De vestibulo communi binarum ædium arbiter communi dividundo invito utro-
« libet dari non debet, quia qui de vestibulo liceri cogatur, necesse habeat inter-
« dum totarum ædium pretium facere, si alias aditum non habeat »).

(32) T. III, § 162. — (33) I. 4, 6, *de action.*, § 20 initio.

(34) § 20 initio, cit.; D. *h. t.*, L. 4, pr.

(35) I. 4, 6, *de action.*, § 20 initio ; D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 1, pr.

(36) D. 10, 1, *fin. regund.*, L. 2, § 1 initio.

(37) I. 4, 6, *de action.*, § 20; D. 10, 1, *fin. regund.*, L. 8, § 1.

(38) D. *eod.*, L. 2, § 1 initio.

(39) D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 1, pr. initio. — CICÉRON, *de leg.* I, 21; D. 10, 1, *fin. regund.*, L. 13.

(40) Cf. D. *h. t.*, L. 1. Voyez MAYNZ, II, § 278, n° II initio.

(41) T. III, § 163 cbn. avec § 154, II.

(42) T. III, § 154, II i. f. Le fait d'enlever, de déplacer ou de déranger de leur

§ 201. *De l'action finium regundorum.*

D. 10, 1, *finium regundorum*. — C. 3, 39, *eod.*

L'action *finium regundorum* est celle par laquelle, les limites de deux immeubles ruraux étant contestées, on poursuit le règlement de ces limites (1).

1° L'action suppose une contestation sur les limites de deux immeubles ruraux (2); elle est inapplicable aux propriétés bâties (3), car celles-ci sont naturellement limitées par leurs murs de séparation (4). Une usurpation de la part du voisin n'est pas une condition de l'action *finium regondorum*.

2° L'action appartient à ceux qui ont sur l'un des deux fonds la propriété (5) ou un autre droit réel (6), ainsi qu'au possesseur de bonne foi; celui-ci est assimilé au propriétaire (7). Sont soumises à l'action les personnes qui ont l'une de ces qualités par rapport à l'autre immeuble (8).

place les limites séparatives de deux fonds de terre donnait lieu à une poursuite criminelle *de termino moto* (D. 47, 21, *de termino moto*, L. 1-3; C. 9, 2, *de accus.*, L. 1; PAUL, I, 16, § 1. Cf. D. *h. t.*, L. 4, § 4). Voyez encore le C. *h. t.*, L. 4, et les I. 4, 17, *de off. jud.*, § 6 i. f.

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 4, § 10 initio, L. 8, § 1.

(2) D. *h. t.*, L. 4, § 10 initio et i. f., L. 2, pr., cf. L. 4, § 8.

(3) D. *h. t.*, L. 4, § 10, vis nam in confinio..... non erit.

(4) L. 4, § 10, cit., vis et ea communibus parietibus plerumque disterminantur. Si, deux immeubles étant séparés par une route ou par une eau publique, le propriétaire de l'un d'eux empiète sur la route ou sur le cours d'eau, de façon à les rejeter en tout ou en partie sur l'autre immeuble, le propriétaire de celui-ci recourra non pas à l'action *finium regundorum* (D. *h. t.*, L. 4, § 11, L. 5), mais à l'action *viæ rejectæ* (D. 43, 11, *de via publ.*, L. 3, pr.) ou bien aux interdits *ne quid in loco publico vel itinere fiat* (D. 43, 8, *ne quid in loco publ.*, L. 2, pr. et § 31-32) ou *ne quid in flumine publico fiat* (D. 43, 13, *ne quid in flum. publ.*, L. un., pr. et § 1). Si le cours d'eau séparatif des deux immeubles est privé, il y a lieu à l'action *finium regundorum* (D. *h. t.*, L. 6).

(5) D. *h. t.*, L. 4, § 9, cf. L. 9.

(6) D. *h. t.*, L. 4, § 9, à moins que ce ne soit une simple servitude prédiale ou une hypothèque. — (7) MOLITOR, cité, II, n° 702.

(8) D. *h. t.*, L. 4, § 9. Il est évident que l'action *finium regundorum* est impossible entre copropriétaires du même fonds (D. *h. t.*, L. 4, § 6). Elle est aussi

3° Anciennement l'action *finium regundorum* se poursuivait d'après des règles différentes selon que la contestation des limites se restreignait aux cinq pieds (*quinque pedes*, *confinium*) qui devaient séparer les propriétés rurales en vue d'en faciliter l'exploitation (9), ou que le différend relatif aux limites avait une portée plus étendue(10). Dans le premier cas, on parlait d'une *controversia de fine*, dans le second, d'une *controversia de loco*(11). La *controversia de fine* soulevait une simple question de fait ; il s'agissait de rétablir les limites d'après des règles techniques, abstraction faite de l'application de principes de droit. Aussi la loi des Douze tables avait-elle exclu l'usucapion des *quinque pedes*(12) ; aucun des plaideurs n'était admis à invoquer contre l'autre la possession de cette lisière de terrain(13). En outre, la même loi avait soumis le juge-

exclue dans le cas où l'un des immeubles appartient exclusivement à A et l'autre en commun à A et à B; car A ne peut être en partie son propre adversaire (D. *h. t.*, L. 4, § 7). Mais, dans la dernière espèce, A ou B peut provoquer le partage du fonds commun, et, si celui-ci échoit en entier à B ou à un tiers, l'action *finium regundorum* devient possible (cf. L. 4, § 7 i. f., cit.). Voyez MOLITOR, cité, II, n° 703.

Si l'un des deux fonds est indivis, l'action *finium regundorum* se donne à chacun ou contre chacun des copropriétaires pour le tout; car la délimitation de deux immeubles a un caractère d'indivisibilité (D. *h. t.*, L. 4, § 5). Cf. VOET, *Pand.*, 10, 1, *fin. regund.*, n° 6 i. f.

Le jugement rendu à l'action *finium regundorum* opère *in rem* quant aux immeubles; *magis fundo quam personis adjudicari fines intelleguntur* dit le D. *h. t.*, L. 4, §5.

(9) CICÉRON, *de leg.* I, 21 ; SICULUS FLACCUS, *de condicione agrorum*, p. 152, 1 (édition LACHMANN), « illud vero invenimus aliquibus locis, ut inter arva vicini « arguantur confundere fines eoque usque aratrum perducere, ut in finibus soli- « dam marginem non relinquant, quo discerni possint fines », et p. 144, 19; FRONTINUS, *de controv. agror.*, p. 11, 5, et p. 12, 2; HYGINUS, *de agror. qualit. et condic.*, p. 126, 3 « de fine si ageretur. Quæres intra pedum quinque aut sex « latitudinem quæstionem habet, quoniam hanc latitudinem vel iter ad culturas « accedentium occupat, vel circumactus aratri ».

Chacun des voisins devait fournir 2 1/2 pieds au *confinium*, qui formait une sorte de propriété indivise.

Voyez PUCHTA, *Institut.* II, § 234, et notes *n*, *o* et *p*.

(10) FRONTINUS, *de controv. agror.*, p. 13, 1.

(11) FRONTINUS, cité, p. 12, 2, et p. 13, 1.

(12) CICÉRON, *de leg.* I, 21 ; HYGINUS, *de agror. qualit. et condic.*, p. 126, 3.

(13) *Consultatio vet. jurisc.* IX, 4 i. f.

ment de la *controversia de fine* à trois arbitres (14), qui devaient être des hommes de l'art, des arpenteurs (*agrimensores*)(15). La *controversia de loco* était un différend ordinaire, qui pouvait très bien présenter des questions de droit; on y tenait compte de l'usucapion(16) et le magistrat nommait pour la décision du procès un juge ordinaire(17), lequel avait du reste la faculté de se faire assister d'un arpenteur(18). Ce système fut confirmé par une loi *Mamilia*(19) antérieure à Cicéron, sauf que les trois arbitres de la *controversia de fine* furent réduits à un seul (20). Il en était encore ainsi en droit classique(21). Après que Dioclétien eut renversé l'ancienne procédure romaine, le magistrat nommait encore comme arbitre un arpenteur pour la *controversia de fine;* il décidait en personne la *controversia de loco*(22). Mais cette distinction fut abandonnée sous le bas-empire (23) et, dans le droit de Justinien, le magistrat connaît seul de l'action *finium regundorum*, quelle que soit l'étendue de la contestation relative aux limites(24); cependant le magistrat demeure libre de se faire assister d'un arpenteur-expert(25). Il peut toujours avoir égard à l'usucapion extraordinaire de trente ans, mais à celle-là seulement(26).

(14) CICÉRON, *de leg.* I, 21. — (15) FRONTINUS, *de controv. agror.*, p. 43, 23.

(16) HYGINUS, *de generibus controv.*, p. 130, 1.

(17) FRONTINUS, *de controv. agror.*, p. 43, 23; D. *h. t.*, L. 7.

(18) Rien n'empêchait même le magistrat de désigner directement un arpenteur comme juge, s'il le croyait convenable (cf. D. *h. t.*, L. 8, pr. et § 1).

(19) FRONTINUS, *de controv. agror.*, p. 11, 5, et p. 12, 2; SICULUS FLACCUS, *de condic. agror.*, p. 144, 19. — (20) CICÉRON, *de leg.* I, 21.

(21) C. Théod. 2, 26, *fin. regund.*, L. 3. « Si finalis controversia fuerit, tunc « demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum.. esse constiterit; « cum de majore spatio causa quædam non finalis, sed proprietatis, apud ipsum « præsidem debeat terminari.. » (loi de Constantin 1er).

En ce sens MAYNZ, II, § 278, nº II, C, et note 52.

PUCHTA, *Institut.* II, § 234, et note *q*, incline en sens contraire.

(22) C. Théod. 2, 26, *fin. regund.*, L. 3.

(23) Valentinien II, Théodose Ier et Arcadius ordonnèrent de nommer dans tous les cas un arpenteur (C. Théod. 2, 26, *fin. regund.*, L. 4). A la vérité, Théodose Ier rétablit plus tard le droit antérieur à la constitution prémentionnée (C. Théod. *eod.*, L. 5); mais Justinien l'abrogea définitivement.

(24) C. *h. t.*, L. 5. — (25) D. *h. t.*, L. 8, pr. et § 1.

(26) C. *h. t.*, L. 6; C. 7, 40, *de ann. except. ital. contr. toll.*, L. 1, § 1d (§ 1, Krie-

4° Le but de l'action *finium regundorum* est de faire constater les limites des deux immeubles(27). A cette fin le juge doit tenir compte des bornes anciennes qui existent entre les immeubles (*vetera monumenta*)(28), des tables du cens contenant les déclarations d'immeubles en vue de l'impôt (*tabulæ census*)(29), ainsi que des titres de propriété des parties(30); il doit aussi rechercher les usurpations de limites commises par les plaideurs(31). Il lui est loisible de recourir à des arpenteurs-experts(32). Comme dans les autres actions divisoires(33), les pouvoirs du juge de l'action *finium regundorum* sont des plus considérables. Il lui est permis de changer la délimitation actuelle des immeubles, s'il le croit utile pour éviter de nouvelles difficultés au sujet des limites(34), sauf à condamner à une soulte le plaideur qui bénéficie de cette adjudication(35). S'il est impossible au juge de reconnaître les limites, il procède au partage de la lisière de terrain douteuse, en la considérant comme indivise entre les deux plaideurs(36).

gel). Des constitutions impériales du bas-empire, conçues dans un esprit tout opposé, avaient exclu la prescription de long temps et de très long temps à l'action *finium regundorum*, alors même que la contestation dépassait les cinq pieds (C. Théod. 2, 26, *fin regund.*, L. 4; C. Théod. 4, 14, *de action. certo temp. fin.*, L. un.). — (27) D. *h. t.*, L. 4, pr. — (28) D. *h. t.*, L. 11 initio.

(29) L. 11 initio, cit., cbn. avec D. 50, 15, *de censib.*, L. 4, pr.

(30) D. *h. t.*, L 11 i. f., L. 12; C. *h. t.*, L. 1, L. 2.

(31) D. *h. t.*, L. 8, pr., L. 7.

(32) D. *h. t.*, L. 8, pr. i. f. et § 1; C. *h. t.*, L. 3, pr. i. f. et § 1 (L. 3, vis et tunc agrimensor....., Kriegel). — (33) Cf. ci-dessus T. III, § 162, I, 2° i. f.

(34) D. *h. t.*, L. 2, § 1, vis et si forte amovendæ veteris obscuritatis gratia per « aliam regionem fines dirigere judex velit, potest hoc facere per adjudicationem « et condemnationem ». — (35) D. *h. t.*, L. 2, § 1 i. f., et L. 3.

(36) D. *h. t.*, L. 2, § 1 initio. Cf. ci-dessus T. III, § 200, I i. f.

Si l'action *finium regundorum* se complique d'un débat sur la possession, ce dernier doit être décidé au préalable par la voie d'un interdit possessoire (C. *h. t.*, L. 3, pr. (L. 3 initio, Kriegel)).

CHAPITRE III. — DES DÉLITS.

I. 4, 1, *de obligationibus quæ ex delicto nascuntur.*
D. 47, 1, *de privatis delictis.*

SECTION I. — DES DÉLITS EN GÉNÉRAL.

§ 202. *Notions et division.*

I. Le délit (*delictum*(1)) est la violation d'une loi pénale. Deux conditions sont donc constitutives du délit. Il faut en premier lieu une loi pénale, c'est-à-dire une loi qui défend ou ordonne certains actes sous la menace d'une peine ; la peine est une expiation indépendante de la réparation du dommage causé. Il faut en second lieu une violation de cette loi ; l'on doit avoir fait l'acte défendu par la loi ou bien omis de faire l'acte qu'elle ordonnait. Par sa nature le délit est un acte illicite, c'est un acte qui viole le droit d'autrui, mais il se sépare des autres actes illicites en ce qu'il est frappé d'une peine par la loi. Comme tout acte illicite, il suppose une faute de la part de son auteur. Une violation simplement matérielle de la loi pénale, une violation non imputable à son auteur ne constitue pas un délit ; c'est un fait purement matériel, un accident qui ne donne lieu ni à une peine, ni à des dommages et intérêts ; cet accident doit être supporté par celui qui en a été la victime ; chacun supporte les cas fortuits qui le frappent. Si, dit un texte, un fou me cause un dommage, c'est comme si la chute d'une tuile me l'avait causé(2). Mais un dol de la part de l'agent n'est pas de l'essence du délit ; il n'est pas nécessaire que l'agent ait voulu manquer à la loi pénale, qu'il ait formé une résolution criminelle ; sa simple faute suffit. A Rome, le dommage illicite constituait un délit et même le délit privé le

(1) de *delinquere*, manquer, manquer à ce que l'on devait faire, donc faire quelque chose d'illicite. On rencontre encore le mot *maleficium* (I. *h. t.*, pr. ; D. *h. t.*, L. 3 initio).

(2) D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 5, § 2. « Et ideo quæremus, si furiosus damnum « dederit, an legis Aquiliæ actio sit? Et Pegasus negavit : quæ enim in eo culpa « sit, cum suæ mentis non sit? et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquiliæ « actio, quemadmodum.. Aquilia cessat.. si tegula ceciderit.. ».

plus important; or il résultait d'une simple faute(3). Toutefois, la plupart des délits exigent un dol. Alors l'agent doit avoir prévu qu'en faisant ou en omettant ce qu'il a fait ou omis, il allait violer une loi pénale; s'il n'a pas prévu ce résultat, évidemment il ne l'a pas voulu; par exemple, quelqu'un déplace la chose d'autrui dans la conviction que c'est la sienne(4). Ensuite, l'agent doit avoir voulu le résultat de son action ou de son omission; il peut l'avoir prévu sans l'avoir voulu, du moins s'il n'était qu'une conséquence accidentelle de l'action ou de l'omission; par exemple un cavalier, en parcourant la ville au galop, écrase un enfant. Mais si le résultat de l'action ou de l'omission en formait une suite nécessaire ou habituelle, l'agent doit avoir prévu le résultat par cela seul qu'il est entré dans ses prévisions. Si un dol n'est pas de l'essence du délit, celui-ci exige encore moins une intention mauvaise, celle de nuire à autrui (*malitia*) ou de faire soi-même un profit illicite (*fraus*); cette intention méchante ou frauduleuse est seulement requise à l'occasion de quelques délits. Comme tout délit suppose une faute, sont incapables de commettre des délits les personnes auxquelles on ne saurait imputer un acte matériellement contraire à la loi pénale. Tels sont les aliénés(5), les impubères âgés de moins de sept ans(5a) ou bien ayant à peine dépassé cet âge (*infantiæ proximi*)(5a), voire même ceux qui sont en pleine impuberté, mais dont le développement intellectuel est insuffisant pour leur permettre de comprendre le caractère délictueux de leurs actes(5a); dans ce dernier cas, la question d'imputabilité est abandonnée à l'appréciation du juge. Quant aux impubères approchant de la puberté (*pubertati proximi*), ils sont censés avoir agi avec discernement; *intellegunt se delinquere*(5b).

(3) I. 4, 3, *de lege Aquil.*, § 3 i. f. Cf. ci-après § 209, IV.

(4) Arg. D. 47, 2, *de furt.*, L. 46, § 7.

(5) D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 5, § 2 initio; D. 47, 10, *de injur.*, L. 3, § 1; D. 48, 8, *ad leg. Corn. de sic.*, L. 12.

(5a) Gaius, III, 208; I. *h. t.*, § 18; D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 5, § 2 i. f.; D. 29, 5, *de scto Silan.*, L. 14; D. 47, 2, *de furt.*, L. 23; D. 47, 8, *vi bon. rapt.*, L. 2, § 19; D. 47, 10, *de injur.*, L. 3, § 1; D. 48, 8, *ad leg. Corn. de sic.*, L. 12; D. 48, 10, *de lege Corn. de fals.*, L. 22, pr.; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 111, pr.

(5b) Textes cités à la note précédente. Seulement la peine peut être atténuée à raison de leur âge (D. 29, 5, *de scto Silan.*, L. 1, § 32-33).

II. Un délit peut être commis par plusieurs. La participation des codélinquants peut être principale ou accessoire; les participants principaux s'appellent aujourd'hui coauteurs, les participants secondaires complices. Le droit romain considère comme un acte de participation le recel des choses provenant d'un délit(6), quoique, d'après la théorie pénale, on ne puisse participer à un délit déjà commis. Mais le conseil ne constitue un acte de participation que s'il est accompagné d'instructions pour commettre le délit(6a). En général, les codélinquants sont punis de la même peine, que leur participation au délit soit principale ou accessoire(6b).

III. Les Romains distinguent des délits publics et des délits privés.

1° Les délits publics (*delicta publica*), appelés encore crimes (*crimina*), sont les délits qui troublent directement l'ordre social. A cette catégorie appartiennent la trahison, l'assassinat, l'incendie, le parjure, le faux, l'adultère, la violence (*vis*), etc.(7). Ces méfaits

En ce sens DE SAVIGNY, *System* III, § 107 i. f. Cf. PUCHTA, *Institut.* II, § 202, 2°, a.

Des auteurs enseignent que tous les impubères âgés de sept ans sont ou bien *infantiæ proximi* ou bien *pubertati proximi*, soit d'après leur développement intellectuel (SCHILLING, II, § 35, et note ff), soit selon que leur âge se rapproche plus de celui de l'enfance que de celui de la puberté ou réciproquement (THIBAUT, I, § 121. — MAYNZ, T. I, § 12, et note 8, T. II, § 267, note 14). Voyez encore ORTOLAN, III, nos 1352-1355.

(6) I. *h. t.*, § 4 i. f.; C. 6, 2, *de furt.*, L. 14. — D. 47, 9, *de inc. ruina naufr.*, L. 1, pr., L. 3, § 3-4. — C. 9, 12, *ad leg. Jul. de vi*, L. 9.

Il en est de même du recel de la personne des voleurs (D. 47, 2, *de furt.*, L. 48, § 1).

(6a) I. *h. t.*, § 11 i. f.; D. 47, 2, *de furt.*, L. 50, § 3. Cf. PAUL, II, 31, § 10, et D. 50, 16, *de V. S.*, L. 53, § 2. Exception : D. 47, 8, *vi bon. rapt.*, L. 2, pr. et § 2; D. 47, 2, *de furt.*, L. 81 (L. 80, Kriegel), § 4 (ci-après § 207, note 21).

(6b) I. *h. t*, § 4 i. f. et 11, vis Interdum furti..... cujus gratia commodaverit..; D. 47, 2, *de furt.*, L. 48, § 1; C. 6, 2, *de furt.*, L. 14; C. 9, 12, *ad leg. Jul. de vi*, L. 9.

(7) I. 4, 18, *de publ. judic.*, § 3-11; D. 48, 1, *eod.*, L. 1. Le système des délits publics ne se fixa que lentement à Rome. Selon toute apparence, il y avait à cet égard peu de règles précises avant la loi des Douze tables; la répression d'un forfait extraordinaire constituait une mesure spéciale. Même après la loi des Douze tables, la fixité du droit criminel ne fut sans doute pas complète. Cf. MAYNZ, T. I, Introduction, n° 17 initio, et T. II, § 267 initio.

portent avant tout atteinte à l'ordre social; s'ils lèsent aussi fréquemment des intérêts privés, cette lésion n'est que secondaire; elle s'efface devant le trouble social. Le crime troublant directement l'ordre social, sa répression intéresse la société entière. De là les deux principes fondamentaux de la justice criminelle de l'ancienne Rome. D'un côté, tout citoyen pouvait agir en répression du crime (*accusare criminis*(8), *in crimen subscribere*(9))(10); de pareils procès reçurent le nom de *judicia publica*(11). Cette première règle a passé dans la législation de Justinien(11). D'un autre côté, le jugement des délits publics appartenait au peuple réuni en comices centuriates(12). Mais la juridiction criminelle du peuple romain commença à être limitée à partir de l'année 149 avant J.-C. et Auguste la supprima complètement(13). L'institution nouvelle qui prit sa place, est celle des *quæstiones perpetuæ*. On appela ainsi des tribunaux criminels permanents ayant une compétence déterminée; les juges ou jurés étaient pris, à l'occasion de chaque procès, parmi les citoyens portés sur une

(8) D. 48, 2, *de accusat. et inscr.*, L. 5 initio. — (9) Cf. D. *eod.*, L. 7, pr.

(10) I. 4, 18, *de publ. judic.*, § 1. « Publica (*scilicet judicia*) autem dicta sunt, « quod cuivis ex populo exsecutio eorum plerumque datur »; D. 23, 2, *de ritu nupt.*, L. 43, § 10 i. f.

Du moins il en était ainsi après l'établissement des *quæstiones perpetuæ*. Pour la période antérieure, le rôle d'accusateur public appartenait aux *quæstores parricidii* et en partie aux édiles. Voyez WALTER, *Geschichte des röm. Rechts*, T. II, § 847, cbn. avec T. I, § 138.

(11) I. 4, 18, *de publ. judic.*, § 1; D. 23, 2, *de ritu nupt.*, L. 43, § 10 i. f.

(12) CICÉRON, *de republ.* II, 36, *de leg.* III, 4 et 19, *pro Sextio* 30 et *pro Rabirio* 4; POLYBE, VI, 14; D. 1, 2, *de orig. jur.*, L. 2, § 16 i. f. et 23.

Sous la royauté, était-ce le peuple réuni en comices curiates ou bien était-ce le roi qui était investi de la justice criminelle? Nous inclinons dans le premier sens, à cause du droit incontestable de l'appel au peuple; si le roi jugeait parfois en personne, ce n'était que sous réserve de l'appel au peuple (DENYS D'HALIC., III, 21-22; VALÈRE-MAXIME, VIII, 1, § 1), comme dans le cas d'un jugement par les *duoviri perduellionis*. Cf. MAYNZ, T. I, Introduction, nos 17 i. f. et 20. Contra WALTER, cité, II, § 828. Après l'abolition de la royauté la compétence criminelle des comices curiates devient certaine. Mais, à partir de la loi des Douze tables, elle passe aux comices centuriates (WALTER, cité, II, § 829 initio).

Les comices tributes étaient investis d'une juridiction criminelle d'un ordre inférieur.

(13) DION CASSIUS, LVI, 40.

liste qui était dressée chaque année; le président du jury était un préteur, désigné également pour une année; on lui donnait le nom de *quæstor*(14). Les *quæstiones perpetuæ* constituaient maintenant la règle de la juridiction criminelle, l'*ordo judiciorum publicorum*, de même que la division du procès entre le magistrat et le juge formait la règle de la juridiction civile, l'*ordo judiciorum privatorum*. Mais la compétence des *quæstiones perpetuæ* n'était pas absolue, pas même après l'abrogation complète de la juridiction criminelle des centuries par Auguste; précisément sous l'empire, le jugement de plusieurs crimes déterminés fut attribué au sénat(15), au préfet de la ville(16), au *præfectus vigilum*(17) et au *præfectus annonæ*(18). Dorénavant on distingua des *crimina publica* et des *crimina extraordinaria*, selon que le crime était jugé par une *quæstio perpetua* ou bien par une autre autorité, *extra ordinem judiciorum publicorum*(19). Vers la fin de la période classique, les *quæstiones perpetuæ* tombent en désuétude(20). Par contre, la juridiction criminelle du préfet de la ville grandit en importance, et, dans le dernier état du droit romain, les procès criminels sont jugés à Constantinople par le préfet de la ville(21), dans les provinces par le gouverneur(22) et accessoirement par les magistrats municipaux et les défenseurs des cités(23). En fait, tous les crimes étaient ainsi devenus extraordi-

(14) Voyez sur ce point MAYNZ, T. I, Introduction, nos 92 et 94.

(15) DION CASSIUS, LII, 31, LVII, 15; TACITE, *Annales*, II, 28, III, 66, IV, 15 et XIV, 17. — (16) TACITE, *Annales* VI, 11; D. 1, 12, *de off. præf. urbi.*

(17) D. 1, 15, *de off. præf. vigil.*; D. 47, 2, *de furt.*, L. 57 (L. 56, Kriegel), § 1; D. 47, 18, *de effract. et expilat.*, L. 2 cbn. avec l'inscription de la loi.

(18) D. 48, 2, *de accusat. et inscr.*, L. 13. Ajoutons encore que l'empereur évoquait souvent l'affaire criminelle ou bien la déférait au sénat (TACITE, *Annales* III, 10-16 et 37, IV, 22, VI, 7-10, et XIV, 50) et que toute sentence criminelle pouvait lui être soumise par la voie de l'appel (D. 28, 3, *de inj. rupto irrito facto testam.*, L. 6, § 9; D. 49, 4, *quando appell. sit.*, L. 1, pr.).

(19) D. 48, 1, *de publ. judic.*, L. 1; D. 47, 11, *de extraord. crim.*, L. 3.

(20) Elles sont encore mentionnées sous Marc Aurèle (CAPITOLIN, *Marc Aurèle* 24) et Septime Sévère (D. 1, 21, *de off. ejus, cui mand. est jurisd.*, L. 1, pr.).

(21) D. 1, 12, *de off. præf. urbi*, L. 1, pr., § 3 et 14; D. 48, 19, *de pœnis*, L. 8, § 5. Sa juridiction s'étendait sur la banlieue dans un rayon de cent milles (D. 1, 12, *de off. præf. urbi*, L. 1, § 4).

(22) C. Théod. 9, 41, *ne sine jussu princ.*, L. 1, § 2 cbn. avec § 1.

(23) C. Théod. 2, 1, *de jurisd.*, L. 8; C. J. 1, 55, *de defensor. civit.*, L. 5.

naires dans le sens prémentionné, puisque aucun d'eux n'était plus de la compétence d'une *quæstio perpetua*. Mais on n'en continua pas moins à appeler les crimes *crimina publica* ou *crimina extraordinaria* suivant que, dans les premiers temps de l'empire, ils ressortissaient à une *quæstio perpetua* ou à une autre autorité(24).

2° Les délits privés (*delicta privata*) sont ceux qui lèsent avant tout des intérêts privés. Le droit romain n'en connaît que quatre, à savoir le vol, la rapine, le dommage illicite et l'injure(25); encore le vol et l'injure étaient-ils seuls prévus par la loi des Douze tables; la rapine et le dommage illicite sont de création postérieure(26). Mais plusieurs de ces délits avaient une portée très large; ils comprenaient les faits les plus variés(27). Lorsqu'on considère les quatre délits prémentionnés, l'on constate qu'ils causent principalement un préjudice à des particuliers; s'ils troublent aussi l'ordre social, ce n'est que d'une manière accessoire. C'est pourquoi leur répression avait chez les Romains un caractère éminemment privé. En premier lieu, les particuliers lésés par le délit avaient seuls qualité pour en poursuivre la répression; aucune autre personne ou autorité ne pouvait demander la punition du coupable; ce principe se maintint sans altération jusque dans le droit de Justinien(28). En second lieu, la peine avait, dans l'ancienne législation romaine, le même caractère privé; elle consistait en une somme d'argent; le plus souvent elle était du simple, du double, du triple ou du quadruple de la valeur de la chose ou du dommage causé(29). Sous ce dernier rapport, une importante réforme commença dès la fin de la république, et, dans le nouveau droit romain, la plupart des délits privés, notamment le vol, la rapine, l'injure et quelques cas de dommage illicite, sont aussi frappés d'une peine criminelle(30). Mais la poursuite

(24) D. 48, 1, *de publ. judic.*, L. 1; D. 47, 11, *de extraord. crim.*, L. 3; D. 47, 13, *de concuss.*, L. 2; D. 47, 15, *de prævar.*, L. 1, § 1, L. 2; D. 47, 20, *stellionatus*, L, 1, L. 3, § 2. — (25) GAIUS, III, 182 initio; I. *h. t.*, pr. i. f.

(26) Cf. ci-après § 207, 1°, et § 208. — (27) Cf. ci-après § 204, 208-209 et 211.

(28) Arg. I. *h. t.*, § 13, et D. 47, 2, *de furt.*, L. 10.

(29) I. *h. t.*, § 5; I. 4, 2, *vi bon. rapt.*, pr.; I. 4, 4, *de injur.*, § 7 i. f. Voyez toutefois le § 7 initio, cit., et les I. 4, 3, *de lege Aquil.*, pr. et § 14 i. f.

(30) D. 47, 2, *de furt.*, L. 57, § 1, L. 93 (L. 56, § 1, L. 92, Kriegel); D. 47, 11,

criminelle, comme la poursuite de la peine privée, constitue un privilège de la partie lésée; nul autre n'a le droit de l'exercer(31). Le seul effet de la réforme a été que la partie lésée a maintenant l'option entre la peine privée et la peine criminelle; elle peut réclamer la première devant le juge civil ou la seconde devant le juge criminel(32). Le cumul des deux poursuites n'est pas admis; en exerçant l'une, la partie lésée perd le droit de recourir à l'autre(33). — Le système des délits privés du droit romain est complété par les quasi-délits, qui ont au fond le même caractère(34), et par plusieurs actions dites populaires, qui en général sont destinées à réprimer des troubles légers apportés à l'ordre social(35); ces troubles correspondent aux contraventions du droit moderne. A raison de la nature des faits qui leur servent de base, les actions populaires appartiennent à tous les citoyens(36). Telles sont l'*actio de sepulcro de extraord. crim.*, L. 7; D. 47, 12, *de sepulc. viol.*, L. 3, § 7; D. 47, 14, *de abig.*; D. 47, 17, *de fur. baln.*; D. 47, 18, *de effract. et expilat.* — D. 47, 8, *vi bon. rapt.*, L. 2, § 1. — I. 4, 4, *de injur.*, § 10 initio; D. 47, 10, *eod.*. L. 45; ci-après § 212, I, 3°. — I. 4, 3, *de lege Aquil.*, § 11.

(31) En effet, la peine criminelle portée contre le délit privé ne change pas la nature de celui-ci; elle ne le convertit point en un délit public. En outre, si on ouvrait la poursuite criminelle à une personne quelconque, on serait conduit à la conséquence inadmissible qu'un tiers, en exerçant cette poursuite, dépouillerait la partie lésée de son droit à la peine privée; car les deux peines ne peuvent être cumulées (arg. D. 3, 3, *de procur.*, L. 42, § 1, et D. 47, 2, *de furt.*, L. 93 (L. 92, Kriegel); cf. C. 9, 35, *de injur.*, L. 11). En ce sens POTHIER, *Pand. Justinianeæ*, 44, 7, *de O. et A.*, 2^da^ *pars*, *sectio* III, *artic.* II, § 2, intitulé, et n° 73, note *a*. Il en est autrement si le même fait constitue à la fois un délit privé et un délit public, comme dans le cas du D. 47, 8, *vi bon. rapt.*, L. 2, § 1; voyez encore PLINE, *Hist. natur.* XVIII, 3.

(32) D. *h. t.*, L. 3. — D. 47, 2, *de furt.*, L. 93 (L. 92, Kriegel). — D. 47, 8, *vi bon. rapt.*, L. 2, § 1. — I. 4, 3, *de lege Aquil.*, § 11; C. 3, 35, *de lege Aquil.*, L. 3. — I. 4, 4, *de injur.*, § 10; D. 47, 10, *eod.*, L. 6, vis Ceterum si..... pertinet.

Voyez cependant le D. 47, 10, *de injur.*, L. 7, § 1.

(33) D. 47, 2, *de furt.*, L. 57 (L. 56, Kriegel), § 1; D. 47, 10, *de injur.*, L. 6, vis Plane si.....

Voyez cependant le D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 23, § 9, et le D. 47, 10, *de injur.*, L. 7, § 1, vis Quid ergo de lege Aquilia..... datum est, cbn. avec l'initium du § 1.

(34) Cf. ci-après § 213-217.

(35) Cf. D. 47, 23, *de popul. action.*, L. 1, et MAYNZ, I, § 53, n° IV initio.

(36) Cf. D. 47, 23, *de popul. action.*, L. 4.

violato(37), l'*actio de termino moto*(38), l'*actio de albo corrupto*(39), l'interdit *de homine libero exhibendo*(40) et beaucoup d'autres(41).

§ 203. *Effets des délits.*

Tout délit produit un double effet : il rend le délinquant passible de la peine portée contre le délit et l'oblige à réparer le dommage dont il a été la cause. Cette règle est vraie pour les délits privés et pour les délits publics; mais nous ne parlerons pas davantage des derniers, parce que, considérés en eux-mêmes, ils sont étrangers au droit privé de Rome. Aux deux effets des délits privés correspondent deux sortes d'actions : des actions pénales et des actions répersécutoires; les premières tendent à obtenir la peine pécuniaire attachée au délit; les secondes poursuivent les dommages et intérêts. Parfois une seule et même action comprend ces deux objets; on parle alors d'une action mixte, c'est-à-dire à la fois pénale et répersécutoire(1).

1° Les actions pénales, répersécutoires ou mixtes se transmettent indistinctement aux héritiers de l'ayant droit; car, du côté de celui-ci, aucune de ces trois catégories d'actions n'a un caractère personnel(2). L'action d'injures, qui est pénale, fait exception à la règle; elle ne passe point aux héritiers de l'injurié, par le motif qu'elle tend à une réparation plutôt morale que pécuniaire(3). — Il

(37) D. 47, 12, *de sepulc. viol.*, L. 6, L. 3, § 10.

(38) D. 47, 21, *de termino moto*, L. 3, pr. i. f. Cf. ci-dessus T. II, § 200, note 42.

(39) D. 2, 1, *de jurisd.*, L. 7, pr. — (40) D. 43, 29, *de hom. lib. exhib.*, L. 1.

(41) Autres faits délictueux : 1° le D. 43, 6 à 15, 2° le D. 2, 7, *ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat*, 3° le D. 4, 7, *de alienatione judicii mutandi causa facta*, C. 2, 54 (55, Kriegel), *eod.*, 4° le D. 3, 6, *de calumniatoribus*, et 5° ci-après § 208, 3°, et note 27.

(1) Gaius, IV, 6-9; I. 4, 6, *de action.*, § 16-19. Quoique la division des actions en actions pénales, actions répersécutoires et actions mixtes ne présente de l'intérêt que pour les faits illicites frappés d'une peine, elle a cependant été étendue aux autres actions; celles-ci sont toutes répersécutoires (textes précités).

(2) I. 4, 12, *de perpet. et tempor. action.*, § 1, vis Sed heredibus hujusmodi actiones competunt nec denegantur..»; D. *h. t.*, L. 1, § 1, vis Heredem autem..... habet; D. 47, 8, *vi bon. rapt.*, L. 2, § 27 initio; D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 23, § 8 initio; Paul, II, 31, § 6.

(3) Gaius, IV, 112 i. f.; I. 4, 12, *de perpet. et tempor. action.*, § 1, vis excepta inju-

en est autrement de la transmission aux héritiers du délinquant; ici une distinction est nécessaire. L'action répersécutoire est la seule qui se donne contre les héritiers du délinquant; encore n'y sont-ils soumis que jusqu'à concurrence du profit qu'ils ont retiré du délit de leur auteur(4). Mais les héritiers du coupable ne sont jamais passibles de l'action pénale(5); la peine est éminemment personnelle au coupable(6). L'action mixte comme telle ne se transmet pas davantage aux héritiers du délinquant(7); car elle poursuit, au moins en partie, le payement d'une peine. Mais, à défaut d'une action répersécutoire naissant du délit(8), les héritiers du coupable sont soumis à une action *in factum*, qui tend également à la restitution du profit que les héritiers ont retiré du délit de leur auteur(9).

2° Lorsqu'un délit a été commis par plusieurs, chacun des codélinquants doit payer la peine individuellement, pour son compte personnel; chacun doit une peine distincte, quoique les diverses peines soient d'une somme égale; par exemple, chacun doit une autre somme de 1000 que la somme de 1000 due par ses codélinquants. Les différentes obligations de payer la peine étant propres et indépendantes, l'extinction de l'une n'entraîne en aucune façon l'extinction des autres(10); la partie lésée a droit autant de fois au payement

riarum actione; D. *h. t.*, L. 1, § 1 i. f.; D. 47, 10, *de injur.*, L. 13, pr. Le § 1 précité des Institutes ajoute : *et si qua alia similis inveniatur.*

(4) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 38, L. 44; D. 47, 9, *de incendio ruina naufragio rate nave expugnata*, L. 4, § 2. Voyez cependant le D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 9, et ci-après § 205, 2°.

(5) GAIUS, IV, 112; I. 4, 12, *de perpet. et tempor. action.*, § 1 initio; D. *h. t.*, L. 1, pr. initio; D. 48, 19, *de pœn.*, L. 20 initio; PAUL, II, 31, § 6.

(6) D. 48, 19, *de pœn.*, L. 20, vis Cujus rei illa ratio videtur, quod pœna constituitur in emendationem hominum : quæ mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit ».

(7) I. 4, 12, *de perpet. et tempor. action.*, § 1 initio; I. 4, 3, *de lege Aquil.*, § 9 i. f.; D. 47, 8, *vi bon. rapt.*, L. 2, § 27, vis Adversus heredes autem..... Cf. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 23, § 8 i. f. — (8) L. 2, § 27 i. f., cit.

(9) Cf. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 23, § 8 i. f., et C. 4, 17, *ex del. defunct. in quant. her. conv.*, L. 3 (L. un., Kriegel) i. f. MAYNZ, T. I, § 56, 2°, et note 8, T. II, § 271, et note 43, admet à tort la transmission passive de l'action mixte pour son élément répersécutoire. Cf. ci-après § 210, note 26.

(10) D. 26, 7, *de admin. et peric. tut.*, L. 55, § 1, vis nam in aliis furibus..... exacta est; D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 11, § 2 i. f.

de la peine qu'il y a de coupables(11). Il ne saurait être question d'une solidarité dans l'espèce (12). Par contre, il existe une obligation solidaire entre codélinquants au point de vue du payement des dommages et intérêts. Tous doivent les mêmes dommages et intérêts, les mêmes 1000 par exemple; il n'y a qu'une seule obligation, comme il n'existe qu'un seul dommage. Mais l'obligation est solidaire; la partie lésée peut la poursuivre pour le tout contre l'un des coupables et un seul payement les libère tous(13). Rappelons que le coupable qui paye la totalité des dommages et intérêts, est sans recours contre ses codélinquants(14).

SECTION II. — DU VOL.

D. 47, 2, *de furtis*. — C. 6, 2, *de furtis et de servo corrupto*.

KLIEN, *Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls*, Nordhausen, 1806, un volume, ouvrage inachevé.
DOLLMANN, *Die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts*, Kempen, 1834.
WÄCHTER, *Weiske's Rechtslexikon* III, p. 354-423, Leipzig, 1844.

§ 204. *Notion et conditions.*

Le vol est le déplacement frauduleux d'une chose : *furtum est contrectatio rei fraudulosa*(1). Aux termes de cette définition, les caractères du vol sont au nombre de deux :

1° Le vol suppose le déplacement d'une chose(2); la simple intention de se l'approprier est insuffisante(3). C'est l'application du

(11) D. 47, 2, *de furt.*, L. 21, § 9; C. 4, 8, *de condict. furt.*, L. 1. Cf. D. 47, 10, *de injur.*, L. 34 i. f. — (12) Cf. ci-dessus T. I, § 51, II, D, 1°.

(13) C. 4, 8, *de condict. furt.*, L. 1.

(14) D. 27, 3, *de tut. et ration. distrah.*, L. 1, § 14. Cf. ci-dessus T. I, § 53, 1°.

(1) I. *h. t.*, § 1 initio; D. *h. t.*, L. 1, § 3 initio; cf. PAUL, II, 31, § 1. « Fur est, « qui dolo malo rem alienam contrectat ». Le mot *furtum* vient sans doute de *ferre* pris dans le sens d'emporter (I. *h. t.*, § 2 i. f.; D. *h. t.*, L. 1, pr. i. f.). Au sujet d'autres étymologies voyez les I. *h. t.*, § 2 initio, et le D. *h. t.*, L. 1, pr. initio.

(2) I. *h. t.*, § 1 initio; D. *h. t.*, L. 1, § 3 initio, L. 52, § 19 initio; PAUL, II, 31, § 1.

(3) D. *h. t.*, L. 1, § 1, « Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem », L. 52, § 19 initio.

principe général que la seule résolution criminelle n'est pas punissable; *cogitationis pœnam nemo patitur*(4); elle ne le devient que si elle s'est manifestée par des actes extérieurs. Ainsi, un dépositaire nie frauduleusement le dépôt; il n'est pas encore coupable de vol; il l'est seulement s'il déplace la chose déposée(5). De ce que le vol exige le déplacement d'une chose il résulte qu'il se restreint aux choses mobilières; les immeubles n'admettent pas de déplacement(6). Mais le vol ne requiert pas une soustraction, c'est-à-dire l'appréhension d'une chose dont un tiers a la possession ou la détention. Il peut être aussi commis par le possesseur ou le détenteur d'une chose; celui-ci également peut déplacer la chose dans une intention frauduleuse; le dépositaire, le créancier gagiste, le mandataire, le preneur et le commodataire se rendent coupables de vol s'ils font frauduleusement un usage illicite de la chose qui leur a été confiée(7). De même, il y a vol de la part de celui qui reçoit sciemment un payement indu, bien que la chose lui soit livrée par le possesseur et que partant il n'existe pas de soustraction proprement dite; le déplacement n'en existe pas moins(8). Il n'est pas non plus de l'essence du vol que la chose

(4) D. 48, 19, *de pœn.*, L. 18.

(5) D. *h. t.*, L. 1, § 2, L. 68 (L. 67, Kriegel), pr.; D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 3, § 18.

(6) D. *h. t.*, L. 25, pr. Quelques anciens jurisconsultes romains avaient voulu étendre la notion du vol aux immeubles; le vol d'un immeuble aurait consisté à y entrer clandestinement. Mais, déjà du temps de Gaius, cette doctrine avait été repoussée d'une manière définitive (GAIUS, II, 51 i. f.; I. 2, 6, *de usucap.*, § 7 i. f.; D. 41, 3, *de usurp. et usucap.*, L. 38 i. f.).

(7) GAIUS, III, 195-196; PAUL, II, 31, § 29; I. *h. t.*, § 6; D. *h. t.*, L. 1, § 2, L. 33, L. 46, § 6, L. 68 (67, Kriegel), pr., L. 72 (L. 71, Kriegel), pr.; D. 16, 3, *depos.*, L. 29, pr.; D. 17, 1, *mand.*, L. 22, § 7; D. 27, 3, *de tut. et ration. distrah.*, L. 1, § 22 initio; D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 3, § 18 initio. Cf. ci-dessus T. II, § 121, I, 1° initio, § 124, II, 2° initio, § 142, I, 1°, et § 151, I, 1°.

La tradition frauduleuse d'une chose implique aussi un vol (I. 2, 6, *de usucap.*, § 3 i. f.; C. *h. t.*, L. 16. Cf. D. 39, 5, *de donat.*, L. 25).

(8) D. *h. t.*, L. 43, pr.; D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 18. Cf. ci-dessus T. III, § 199, III, B, et note 27.

Commet encore un vol celui qui s'empare sciemment d'objets perdus ou de choses jetées à la mer pendant une tempête en vue d'alléger le navire (I. 2, 1, *de rer. divis.*, § 48; D. 41, 1, *de A. R. D.*, L. 9, § 8).

volée appartienne au volé; on peut même voler sa propre chose; par exemple, le débiteur qui a donné sa chose en gage à son créancier, la lui soustrait(9), le nu propriétaire d'une chose la dérobe à l'usufruitier(10), etc.(11). A plus forte raison, peut-on voler une chose dont on est seulement copropriétaire(12).

2° Il faut que le déplacement de la chose ait été opéré dans une intention frauduleuse(13), dans l'intention de tirer de la chose un profit illicite et de s'enrichir ainsi injustement aux dépens d'autrui(14). En conséquence, il n'y a pas vol si quelqu'un déplace la chose d'autrui dans la conviction qu'il a le droit de le faire; tel est le cas où s'il s'empare de la chose d'autrui parce qu'il croit en être propriétaire, ou bien il l'applique à un usage illicite croyant qu'il a le droit de s'en servir de cette manière(15); sa bonne foi exclut le vol. Il n'y a pas non plus vol si, en sens contraire, quelqu'un déplace la chose d'autrui du consentement du propriétaire, mais dans l'ignorance de

(9) GAIUS, III, 200 et 204; PAUL, II, 31, § 19 initio; I. *h. t.*, § 10 et 14 i. f.; D. *h. t.*, L. 19, § 5, L. 20, pr. — (10) D. *h. t.*, L. 20, § 1 initio.

(11) D. *h. t.*, L. 20, § 1 initio, L. 54 (L. 53, Kriegel), § 4. Cf. PAUL, II, 31, § 21 et 36.

(12) D. *h. t.*, L. 45; D. 17, 2, *pro socio*, L. 45; L. 51, pr. Toutefois les vols de choses héréditaires, commis par un cohéritier ou par le conjoint survivant, ne donnent lieu qu'à des actions en restitution des choses détournées (C. 3, 36, *fam. ercisc.*, L. 3; C. 9, 32, *de crim. expil. heredit.*, L. 1. — D. 25, 2, *de act. rer. amot.*, L. 6, § 6; D. 47, 19, *expil. heredit.*, L. 5; C. 9, 32, *de crim. expil. heredit.*, L. 4).

On suit la même règle pour les vols commis par les enfants sous puissance ou par les esclaves au préjudice de leur chef de famille ou bien par un époux au préjudice de son conjoint (I. *h. t.*, § 12 initio. — D. 25, 2, *de act. rer. amot.*, L. 1, L. 2). Cf. I. *h. t.*, § 12 i. f., et le D. *h. t.*, L. 52, § 4-6. Voyez aussi le D. *h. t.*, L. 16, L. 17, pr., L. 90 (L. 89, Kriegel), L. 92 (L. 91, Kriegel), et le D. 37, 15, *de obseq. parent. et patr. præst.*, L. 5, § 1.

Le fait de s'emparer de mauvaise foi de biens héréditaires non encore occupés par l'héritier ne constitue pas un vol (GAIUS, III, 201, initio; PAUL, II, 31, § 11; D. 47, 19, *expil. heredit.*, L. 2, § 1, L. 6; D. 25, 2, *de act. rer. amot.*, L. 6, § 6), mais, au moins depuis Marc Aurèle, le *crimen expilatæ hereditatis* (D. 47, 19, *expil. heredit.*; C. 9, 32, *de crim. expil. heredit.*).

Voyez encore GAIUS, III, 199, et les I. *h. t.*, § 9.

(13) I. *h. t.*, § 1 initio; D. *h. t.*, L. 1, § 3 initio. Cf. PAUL, II, 31, § 1.

(14) D. *h. t.*, L. 1, § 3, vis lucri faciendi gratia.

(15) GAIUS, III, 197; I. *h. t.*, § 7; D. *h. t.*, L. 46, § 7, L. 77 (L. 76, Kriegel), pr.

ce consentement; un pareil acte n'a rien d'illicite et dès lors un vol, comme tout autre délit, est impossible(16). L'intention frauduleuse du voleur peut avoir un triple objet; le voleur veut s'approprier tantôt la chose elle-même, tantôt son simple usage, tantôt sa simple possession; de là un vol de la chose elle-même, un vol d'usage et un vol de la possession(17). Le premier est le vol ordinaire. Le second est commis par le dépositaire, le créancier gagiste, le mandataire, le preneur, le commodataire, etc., qui font frauduleusement de la chose d'autrui un usage illicite, sans avoir l'intention de s'approprier la chose elle-même; de son côté, le nu propriétaire d'une chose, en la soustrayant à l'usufruitier, ne peut lui voler que l'usage. Enfin, il y a vol de la possession de la part du débiteur qui soutrait au créancier gagiste la chose engagée; car le créancier gagiste n'a ni la chose elle-même, ni son usage, mais seulement sa possession(18).

La clandestinité n'est pas une condition du vol(19); la rapine nous en fournit la preuve(20).

§ 205. *Effets du vol.*

Le vol produit à charge du voleur une double obligation : celle de payer la peine attachée au vol(1) et celle de restituer la chose volée(2). La première obligation se poursuit par l'*actio furti*(3), la seconde par la *condictio furtiva*(4) ou par une *condictio sine causa*(5).

(16) Gaius, III, 198; I. *h. t.*, § 8 initio; D. *h. t.*, L. 46, § 8. Cf. I. *h. t.*, § 8, vis Unde illud quæsitum est.....

(17) C'est pourquoi les I. *h. t.*, § 1, et le D. *h. t.*, L. 1, § 3, ajoutent à la définition du vol, reproduite au commencement du présent paragraphe, les mots : *vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve.* — (18) Cf. le nº 1 i. f. de ce paragraphe.

(19) Aulu-Gelle, XI, 18, § 9, vis Ne quis eum solum furem esse putet qui « occulte tollit aut clam subripit »; Cicéron, *pro Tullio* 50.

(20) Gaius, III, 209 initio; 1. 4, 2, *vi bon. rapt.*, pr. initio. Cf. ci-après § 207, 2º initio.

(1) I. 4, 6, *de action.*, § 18 initio. — (2) § 18 i. f., cit.; I. *h. t.*, § 19.

(3) I. 4, 6, *de action.*, § 18 initio; D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 7, § 1 initio.

(4) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 7, § 1 initio; C. 4, 8, *eod.*

(5) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 12, § 2; D. *h. t.*, L. 25, § 1 i. f. cbn. avec l'initium.

1° La peine du vol consiste dans le double du dommage que le vol a causé au demandeur, en d'autres termes dans le double de l'intérêt qu'il avait à ce que le vol ne fût pas commis(6). Ce dommage est, d'après les circonstances, supérieur ou inférieur à la valeur de la chose volée elle-même; surtout il est souvent inférieur à cette valeur si le demandeur est une personne autre que le propriétaire(7). La peine du vol est due à quiconque avait intérêt à ce que le vol n'eût pas été commis(8); c'est une sorte de compensation de la perte à laquelle le délit l'expose. Parfois plusieurs personnes étaient intéressées à ce que le vol n'eût pas été commis; alors chacune d'elles a droit à la peine, voire même à une peine différente à raison d'une diversité d'intérêt(9). En particulier peuvent réclamer la peine du vol le propriétaire de la chose volée(10), ceux qui ont un droit réel sur elle(11), le possesseur de bonne foi(12), enfin les personnes qui, comme les preneurs, les mandataires et les commodataires, sont obligées de veiller à la garde de la chose; à cause de leur responsabilité, ces personnes avaient l'intérêt le plus direct à ce que la chose ne fût pas volée(13). Il y a plus : si l'un de ces débi-

(6) GAIUS, III, 190; PAUL, II, 31, § 4; I. *h. t.*, § 5; D. *h. t.*, L. 27, pr. initio et § 2, L. 28.

(7) D. *h. t.*, L. 27, pr., § 1-2, L. 28, L. 32, pr., L. 46, § 1, L. 68 (L. 67, Kriegel), § 1, L. 75 (L. 74, Kriegel), L. 81 (L. 80, Kriegel), § 1, cf. L. 50, pr.

(8) GAIUS, III, 203 initio; I. *h. t.*, § 13 initio; D. *h. t.*, L. 10, L. 86 (L. 85, Kriegel) initio. — (9) D. *h. t.*, L. 12, § 2, L. 75 (L. 74, Kriegel), L. 81 (L. 80, Kriegel), pr.

(10) D. *h. t.*, L. 81 (L. 80, Kriegel), pr. et § 2.

(11) I. *h. t.*, § 14; D. *h. t.*, L. 12, § 2, L. 14, § 5 et 7, L. 46, § 1, 3 et 4.

(12) I. *h. t.*, § 15, vis Sed et bonæ fidei..... creditori; D. *h. t.*, L. 52, § 10, L. 75 (L. 74, Kriegel), mais non le possesseur de mauvaise foi, dont l'intérêt repose sur une cause déshonnête (D. *h. t.*, L. 12, § 1, L. 77 (L. 76, Kriegel), § 1, cf. L. 11).

(13) GAIUS, III, 205 initio et 206; I. *h. t.*, § 15 initio et 16 initio; D. *h. t.*, L. 12, pr. initio, L. 14, § 15-16, L. 86 (L. 85, Kriegel) initio. On leur refuse l'*actio furti* si elles sont insolvables, car alors leur intérêt vient à cesser (GAIUS, III, 205 i. f. et 206; I. *h. t.*, § 15 i. f. et 16 initio; D. *h. t.*, L. 12, pr. i. f.), ou bien si elles se sont rendues coupables d'un dol à l'occasion du vol de la chose, auquel cas leur intérêt n'est pas avouable (D. *h. t.*, L. 14, § 3 i. f., cf. L. 11). Au sujet du commodataire voyez encore les I. *h. t.*, § 16, vis Sed nostra providentia....., et le C. *h. t.*, L. 22, § 1-2. On trouve une autre application aux I. *h. t.*, § 15, vis Sed et..... creditori, et dans PAUL, II, 31, § 17.

Le dépositaire n'a pas l'*actio furti* s'il est exempt de dol et de faute lourde

teurs a l'*actio furti*, celle-ci est refusée au propriétaire; en effet, le débiteur étant responsable du vol, il était indifférent au propriétaire que la chose vînt à être volée(14).

2° Le voleur doit en outre restituer la chose volée(15) avec tous ses accessoires et le *commodum* à partir du vol(16); faute de faire cette restitution, il est condamné à des dommages et intérêts(17). A raison de son délit, le voleur est de plein droit en demeure; une sommation de restituer est inutile à cette fin(18); il y a donc lieu de lui appliquer les règles de la demeure telles qu'elles ont été exposées précédemment(19), notamment si la chose volée a péri par cas fortuit(20). L'obligation de restituer la chose volée peut être poursuivie par le propriétaire de cette chose(21), par ceux qui ont sur elle un droit réel(22) et par le possesseur de bonne foi(23), mais non par les ou bien si un dol lui est imputable; dans la première hypothèse, il est sans intérêt; dans la seconde, son intérêt est déshonnête (GAIUS, III, 207; I. *h. t.*, § 17; D. *h. t.*, L. 14, § 3-4). Mais il a l'*actio furti* s'il est coupable de faute lourde (cf. D. 47, 8, *vi bon. rapt.*, L. 2, § 23).

Voyez encore le D. *h. t.*, L. 54 (L. 53, Kriegel), § 3, L. 86 (L. 85, Kriegel).

(14) GAIUS, III, 203, 205 initio et 206; I. *h. t.*, § 13, 15 initio et 16 initio; D. *h. t.*, L. 12, pr. initio. Si le débiteur est insolvable, l'*actio furti* passe au propriétaire (I. *h. t.*, § 15 i. f. et 16 initio; D. *h. t.*, L. 12, pr. i. f.). Voyez encore les I. *h. t.*, § 16, vis Sed nostra providentia....., et le C. *h. t.*, L. 22, § 1-2.

S'il y a plusieurs voleurs, participants principaux ou complices, chacun est soumis à l'*actio furti* d'une manière propre et indépendante (GAIUS, III, 202 initio; PAUL, II, 31, § 10; I. *h. t.*, § 11, vis Interdum furti..... cujus gratia commodaverit, et § 4 i. f.; D. *h. t.*, L. 48, § 1, L. 50, § 4 initio; C. *h. t.*, L. 14).

L'*actio furti* est infamante (I. 4, 17, *de pœna temere litig.*, § 2; D. 3, 2, *de his qui not. inf.*, L. 1 initio, L. 4, § 5; C. 2, 11 (12, Kriegel), *de caus.*, *ex quib. inf. alic. inrog.*, L. 8 initio; PAUL, II, 31, § 15.

(15) I. *h. t.*, § 19, vis nam ipsius rei..... auferre; D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 7, § 1 initio.

(16) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 8, § 2, L. 3, vis Si condicatur..... scribit.

(17) Arg. D. *eod.*, L. 8, § 1, L. 13, L. 14, § 1-3, L. 15, et D. *h. t.*, L. 52, § 14.

(18) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 8, § 1 i. f., L. 20 i. f. Cf. ci-dessus T. I, § 19, II, B, 2°. — (19) T. I, § 21. — (20) § 21, 1°.

(21) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 1. L'on doit être propriétaire au moment du vol et lors de la poursuite (D. *eod.*, L. 10, § 2-3), à moins qu'on n'ait perdu la propriété sans son fait (D. *eod.*, L. 12, pr. et § 1, L. 14, § 3; D. *h. t.*, L. 52, § 14).

(22) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 12, § 2; D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 22, pr., vis Multo magis.....; arg. D. *h. t.*, L. 25, § 1 i. f. cbn. avec l'initium.

(23) D. *h. t.*, L. 25, § 1 i. f. cbn. avec l'initium.

personnes qui ont seulement intérêt à la restitution en vertu d'un rapport obligatoire(24); elles trouvent une satisfaction suffisante de cet intérêt dans la concession de l'*actio furti*(25). — L'action en restitution de la chose volée est pour le propriétaire la *condictio furtiva*(26) ou *ex causa furtiva*(27). Celle-ci n'est autre chose qu'une *condictio sine causa* et spécialement une *condictio ex injusta causa* ou *ob injustam causam*(28); son véritable fondement est la détention de la chose d'autrui sans motif légitime plutôt que le délit commis au préjudice du demandeur. C'est pourquoi, à la différence des autres actions répersécutoires naissant des délits(29), la *condictio furtiva* se donne pour le tout contre l'héritier du voleur, et non pas seulement pour le profit retiré du délit(30). La *condictio furtiva* présente cette anomalie qu'une action portant sur un *dare oportere* est exercée par le propriétaire de la chose, bien que, à vrai dire, le propriétaire ne puisse pas demander qu'on lui *donne* sa chose, qu'on lui en transfère la propriété(31). L'anomalie s'explique par l'insuffisance de l'action revendicatoire vis-à-vis du voleur; la revendication exige la possession dans le chef du défendeur(32); or en général le voleur se débarrasse de la chose volée, ou tout au moins la preuve de sa possession est difficile, parce qu'il cache le produit de

(24) D. *h. t.*, L. 14, § 16 i. f. cbn. avec l'initium.

(25) ci-dessus *ad not.* 13. Voyez WINDSCHEID, II, § 453, 1° i. f.

(26) D. 13, 1, *de condict. furt.*, et C. 4, 8, *eod.*, rubriques.

(27) D. *eod.*, L. 2 initio, L. 3 initio.

(28) Cf. ci-dessus T. III, § 198, IV, A, 2° i. f. — (29) T. III, § 203, 1°.

(30) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 9, L. 7, § 2; I. *h. t.*, § 19 i. f. En vertu d'une autre application de la même idée, la transaction sur le vol ne met aucun obstacle à l'exercice de la *condictio furtiva* (D. 13, 1, *de condict. furt.*, L, 7, pr.). Celle-ci ne se donne non plus que contre les coauteurs du vol et non contre les simples complices (D. *eod.*, L. 5, L. 6. *Non obstat* D. 50, 16, *de V. C.*, L. 53, § 2, où il s'agit de coauteurs). Cf. POTHIER, *Pand. Justinianeæ*, 13, 1, *de condict. furt.*, n° 7, note *c*. — Voyez encore le D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 15.

(31) GAIUS, IV, 4; I. 4, 6, *de action.*, § 14; D. 7, 9, *usufruct. quemadm. cav.*, L. 12 i. f.; D. 13, 3, *de condict. tritic.*, L. 1, § 1, L. 2; D. *h. t.*, L. 25, § 1 i. f. cbn. avec l'initium. Cf. ci-dessus T. III, § 198 initio.

(32) Ce n'est qu'à la suite d'un sénatus-consulte d'Adrien que la revendication fut accordée contre ceux qui avaient cessé de posséder par dol (D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 27, § 3).

son délit; une action personnelle, indépendante de la possession du défendeur, était donc indispensable (33). Il s'ensuit que le défendeur à la *condictio furtiva*, s'il ne peut restituer en nature, est condamné à la valeur de la chose elle-même, peu importe qu'il n'ait acquis par son délit que la simple possession (34). — Les autres ayants droit à la restitution de la chose disposent d'une *condictio sine causa* (35); nos sources ne lui donnent pas de qualification spéciale; elle est soumise aux mêmes règles que la *condictio furtiva*, sauf qu'elle porte sur la seule possession de la chose volée (36).

Outre l'*actio furti* et la *condictio furtiva*, le vol produit encore d'autres actions dans des cas particuliers. Telles sont l'*actio de rationibus distrahendis*, l'*actio de tigno juncto*, l'*actio rerum amotarum* et l'*actio vi bonorum raptorum*. L'*actio de rationibus distrahendis* est une action mixte accordée pour le double contre le tuteur qui, en gérant la tutelle, a volé un bien pupillaire (37). L'*actio de tigno juncto* est une action pénale ouverte pour le double contre celui qui a employé des matériaux volés dans la construction d'une maison ou dans un vignoble (38). L'*actio rerum amotarum* est une action répersécutoire relative aux vols commis entre conjoints; à raison du respect que se doivent les conjoints, on exclut ici l'*actio furti* et la *condictio furtiva*, qui renferment une imputation de vol (39). L'*actio vi bonorum raptorum* naît d'un vol commis avec violence; nous la retrouverons ci-après (40).

Il n'est guère besoin d'ajouter que le volé peut encore recourir à la revendication, s'il est propriétaire de la chose volée (41), et à l'action *ad exhibendum* (42). Il dispose aussi de l'interdit *Utrubi* (43).

(33) Maynz, II, § 268, *ad not.* 11 et 12.

(34) D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 8, pr. et § 1.

(35) D. *eod.*, L. 12, § 2; D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 22, pr., vis Multo magis.....; D. *h. t.*, L. 25, § 1 i. f. cbn. avec l'initium.

(36) D. *h. t.*, L. 25, § 1 i. f. Cf. sur la *condictio furtiva* Windscheid, II, § 425 et 453, 1°.

(37) D. 27, 3, *de tut. et ration. distrah.*, L. 2, pr. et § 2, cf. L. 1, § 21-24, L. 2, § 1.

(38) D. 47, 3, *de tigno juncto*, L. 1, pr., cf. L. 1, § 1, L. 2.

(39) D. 25, 2, *de act. rer. amot.*, L. 1, L. 2, L. 7. — (40) § 207.

(41) I. *h. t.*, § 19; D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 7, § 1 i. f.

(42) L. 7, § 1 i. f., cit. — (43) D. 43, 31, *utrubi*, L. un.

§ 206. *Du vol manifeste.*

Il y a vol manifeste ou flagrant (*furtum manifestum*) si le voleur est pris au moment où il commet ou vient de commettre le vol ou bien pendant qu'il est encore nanti de la chose volée avant d'être parvenu à l'endroit où il voulait la déposer(1). Le voleur est considéré comme pris si le volé ou un tiers l'a appréhendé ou tenté de l'appréhender(2). Le voleur manifeste est puni d'une peine plus sévère que le voleur ordinaire. Dans le système de la loi des Douze tables, il perdait la liberté ; il était adjugé au volé comme esclave, après avoir été battu de verges(3). A cette peine draconienne le préteur substitua celle du quadruple du dommage causé par le vol(4) ; de là l'*actio furti manifesti in quadruplum*, qui, malgré son origine prétorienne, est perpétuelle(5). Il est aussi permis de blesser ou de tuer le voleur nocturne, si l'on est personnellement menacé

(1) I. *h. t.*, § 3, vis Manifestus fur est ..... deponere rem destinasset; D. *h. t.*, L. 3, pr. et § 2, L. 4, L. 5, pr.; PAUL, II, 31, § 2 initio. Si le voleur, après avoir déposé l'objet volé à un certain endroit, le transporte plus tard à un autre endroit et est surpris en ce moment, le vol ne devient pas pour cela manifeste (I. *h. t.*, § 3, vis Sed si pertulit..... manifestus fur ; D. *h. t.*, L. 5, § 1, L. 6, L. 7, pr.) ; l'opinion contraire de quelques jurisconsultes romains fut repoussée par la majorité (GAIUS, III, 184, vis Manifestum furtum..... quæ sententia non optinuit). En sens inverse, d'autres restreignaient le vol manifeste aux deux premières des trois espèces indiquées dans notre définition, voire même à la premiére espèce. Encore à l'époque de Gaius, on n'admettait généralement un vol manifeste que dans les deux premiers cas (GAIUS, III, 184). Paul (II, 31, § 2 initio) et Ulpien (D. *h. t.*, L. 3, § 2, L. 5, pr.) l'admirent aussi dans le troisième et Justinien confirma leur doctrine (I. *h. t.*, § 3, vis Manifestus fur est..... deponere rem destinasset).

Quand peut-on dire que le voleur est pris au moment où il vient de commettre le vol? s'il est pris sur le lieu du vol, répondent nos sources (I. *h. t.*, § 3 initio ; PAUL, II, 31, § 2 initio ; GAIUS, III, 184 initio). Il faut en dire autant s'il est pris au moment où il vient de quitter le lieu du vol ; d'ailleurs, dans ce cas, le voleur sera presque toujours porteur de la chose volée. Les passages cités ne donnent que des exemples.

(2) D. *h. t.*, L. 3, pr. et § 1, L. 7, § 2-3. Il ne suffit pas d'avoir vu perpétrer le vol (D. *h. t.*, L. 7, § 1).

(3) GAIUS, III, 189 initio, et IV, 111 i. f.; THÉOPHILE, I. 4, 12, pr. i. f.

(4) GAIUS, III, 189 i. f.; PAUL, II, 31, § 13; I. *h. t.*, § 5; D. *h. t.*, L. 46, § 2; C. *h. t.*, L. 11. — (5) GAIUS, IV, 111; THÉOPHILE, I. 4, 12, pr. i. f.

et que la blessure ou la mort du voleur soit commandée par la nécessité de la défense personnelle(6). Quant à celui qui tente de voler pendant le jour, on ne peut le blesser ou le tuer que s'il est armé et nous menace de ses armes(7).

§ 206bis. *Du recel des choses volées.*

1° Dans l'ancien droit romain, le recel était considéré comme un délit distinct du vol(1) et était frappé de peines propres(2); le recéleur était réputé, et avec raison, un fauteur du vol plutôt qu'un complice du voleur. D'autre part, il était puni malgré sa bonne foi; l'ignorance de la nature des choses volées ne le mettait pas à l'abri de la peine(3). Mais il s'était formé un mode tout particulier de perquisition des choses volées, du moins dans le cas où le recéleur supposé se refusait à une perquisition ordinaire devant témoins(4). Alors le volé ne pouvait procéder aux recherches dans la maison de la personne soupçonnée que nu, le corps entouré d'une ceinture et tenant un plat dans les mains(5), peut-être pour qu'il lui fût impossible de porter sur lui la chose volée(6). Selon que la chose volée était découverte à la suite d'une recherche ordinaire ou bien

§ 206 — (6) D. 48, 8, *ad leg. Cornel. de sicar.*, L. 9. « Furem nocturnum si quis « occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit ». Cf. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 4, § 1 initio, L. 52, § 1, C. 3, 27, *quando lic. sine judic.*, L. 1, et *Collatio* VII, 2, § 1.

(7) D. *h. t.*, L. 55 (L. 54, Kriegel), § 2. « Furem interdiu deprehensum non « aliter occidere lex duodecim tabularum permisit, quam si telo se defendat.. ». « Cf. I. 4, 3, *de lege Aquil.*, § 2, D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 4, § 1 i. f., L. 5, pr., L. 45, § 4, D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 7, § 1, vis Quamquam non.. liceat occi- « dere.. furem, nisi se telo defendat.., D. *h. t.*, L. 55 (L. 54, Kriegel), § 2 i. f., et *Collatio* VII, 2, § 1.

§ 206bis — (1) Cf. Gaius, III, 183, et I. *h. t.*, § 3 initio. — (2) Gaius, III, 191.

(3) Arg. Gaius, III, 187, et I. *h. t.*, § 4, vis Oblatum furtum..... quæ appellatur oblati. — (4) Cf. Gaius, III, 186.

(5) Gaius, III, 192 i. f. et 193; qui quærere velit, dit Gaius au § 192, nudus « quærat, licio cinctus, lancem habens.. ». Cf. Festus, *de verb. signific.*, vis Lance et licio, Aulu-Gelle, *Noctes att.* XI, 18, § 9, et XVI, 10, § 8, et *Glossa Taurinensis ad* I. *h. t.*, § 4.

(6) Cf. Gaius, III, 193, vis ut manibus occupatis nihil subjiciat.. »; quæ res (lex) tota ridicula est.., dit le jurisconsulte au même paragraphe.

de la perquisition solennelle prémentionnée, le recéleur était puni de la peine du triple ou du qnadruple du dommage causé par le vol; de ce chef le volé avait contre lui une *actio furti concepti*(7). Si le recéleur avait reçu la chose de bonne foi du voleur ou d'un tiers, qui la lui avait livrée pour la faire découvrir chez lui, il disposait d'une action récursoire pour le triple contre l'auteur de la tradition; c'était l'*actio furti oblati*(8). Le recéleur chez qui la chose volée était découverte, en conservait la possession, à charge de représenter la chose à la première demande; faute de le faire, il était frappé d'une nouvelle pénalité du quadruple, qui était poursuivie par l'*actio furti non exhibiti*(9). Malgré sa sévérité, ce système permettait au recéleur de s'opposer à la perquisition même solennelle, sans encourir aucune peine(10). C'est pourquci le préteur porta la peine du quadruple contre le recéleur qui refusait de laisser procéder à des recherches quelconques; il créa à cette fin l'*actio furti prohibiti*(11). La peine du quadruple étant ainsi acquise au volé à raison de la seule opposition du recéleur aux recherches projetées, l'ancien mode solennnel de perquisition devenait inutile; probablement on n'y recourait plus guère à l'époque classique, et la même observation s'applique, par voie de conséquence, à l'*actio furti concepti in quadruplum*(12).

2° Dans la législation de Justinien, le recel des choses volées est réputé un acte de complicité; à ce titre il est, comme le vol ordinaire, frappé de la peine du double et donne lieu à l'*actio furti*(13).

(7) *id est inventi.* GAIUS, III, 186, 191 et arg. 192 i. f.; PAUL, II, 31, § 3 initio, 5 initio et 14; I. *h. t.*, § 4 initio.

(8) GAIUS, III, 187 et 191; PAUL, II, 31, § 3 i. f., 5 i. f. et 14; I. *h. t.*, § 4, vis Oblatum furtum..... quæ appellatur oblati.

(9) I. *h. t.*, § 4, vis Præterea pœna..... non exhibuit; THÉOPHILE, I. 4, 1, § 4 i. f. Ces textes ne déterminent pas le montant de la peine; mais l'analogie avec l'*actio furti concepti in quadruplum* paraît décisive (ACCARIAS, II, n° 668, p. 630).

(10) GAIUS, III, 192 initio.

(11) GAIUS, III, 188 et 192 initio; I. *h. t.*, § 4, vis Est etiam..... prohibuerit...

(12) GAIUS, III, 192 i. f., 193 et 194, représente l'ancienne institution comme étant encore usitée à son époque.

(13) I. *h. t.*, § 4, vis cum manifestissimum est.....; C. *h. t.*, L. 14. Mais le recéleur n'étant qu'un simple complice n'est pas soumis à la *condictio furtiva. Non*

En vertu d'une autre dérogation au droit antérieur, le recel des choses volées n'est punissable que si le recéleur a connu la nature de ces choses, c'est-à-dire s'il a su qu'elles provenaient d'un vol(14). Enfin l'ancien mode solennel de perquisition est tombé en désuétude, de même que toutes les actions pénales propres à l'ancien droit romain (*actio furti concepti in triplum vel in quadruplum, actio furti oblati, actio furti non exhibiti, actio furti prohibiti*)(15).

SECTION III. — DE LA RAPINE; § 207.

I. 4, 2, *vi bonorum raptorum.* — D. 47, 8, *vi bonorum raptorum et de turba.* — C. 9, 33, *vi bonorum raptorum.*

BREITENBACH, *Das Verbrechen des Raubs nach römischem Rechte*, Munich, 1839.

1° La rapine (*rapina*(1)) est un vol commis avec violence(2). Pendant les six à sept premiers siècles de Rome, la rapine ne constituait pas un délit propre, mais une variété du délit de vol; elle réunissait toutes les conditions du vol(2), car celui-ci n'exige pas la clandestinité(3). Comme le vol en général, le vol avec rapine pouvait être manifeste ou non manifeste, et, selon qu'il avait l'un ou l'autre caractère, il était puni de la peine du quadruple ou du double, du moins en vertu du droit prétorien. Vers la fin de la république, les attaques à main armée s'étant multipliées par suite des guerres civiles, la peine du double qui frappait jusque-là la rapine non manifeste, parut insuffisante. C'est pourquoi le préteur M. Lucullus érigea la rapine en délit propre; il punit de la peine du triple le fait de causer un dommage par des réunions de gens armés, *hominibus armatis coactisque*(4), et surtout l'enlèvement de choses

obstat C. *h. t.*, L. 14, que l'on peut référer entre autres à la revendication; cf. ci-dessus T. III, § 205, note 30.

(14) I. *h. t.*, § 4, vis qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint..; C. *h. t.*, L. 14, vis qui a servo furtim oblata scientes susceperint... Cf. C. *h. t.*, L. 5.

(15) I. *h. t.*, § 4, vis Sed hæ actiones..... recesserunt.

(1) I. *h. t.*, § 2 i. f., cf. § 1 i. f.

(2) GAIUS, III, 209 initio; I. *h. t.*, pr. initio; D. *h. t.*, L. 2, § 10.

(3) Cf. ci-dessus T. III, § 204 i. f.

(4) CICÉRON, *pro Tullio* 5. Cf. GAIUS, III, 209 i. f., I. *h. t.*, pr. initio, et D. *h. t.*, L. 2, pr. et § 12.

par de pareilles réunions(5). Il introduisit de ce chef une action nouvelle, l'*actio vi bonorum raptorum*(6), qui, étant en même temps répersécutoire, tendait dans son ensemble à une condamnation au quadruple(7). Sous l'empire, l'action fut élargie en ce sens qu'on l'étendit au dommage causé par des gens non armés(8), voire même par une seule personne(9); mais, d'un autre côté, elle fut restreinte au cas où une chose avait été enlevée de vive force, à l'exclusion des autres dommages résultant de l'emploi de la violence(10).

2° La rapine étant un vol commis avec violence, suppose avant tout, comme le vol ordinaire, le déplacement frauduleux d'une chose(11); elle ne s'applique également qu'aux choses mobilières(12). Mais la rapine contient un élément de plus que le vol ordinaire, à savoir l'emploi de la violence(13). En ce qui concerne ses effets, déjà à titre de vol la rapine produit l'*actio furti* et la *condictio furtiva*(14). En outre, comme délit propre, elle est frappée de la peine du triple(15), indépendamment de la restitution de la chose enlevée(15); ces deux obligations sont poursuivies par l'action mixte *vi bonorum raptorum*(15); dans son ensemble l'action tend donc au quadruple(16); seulement on se borne à quadrupler la valeur de la chose enlevée, sans avoir égard au surplus de l'intérêt du spolié(17).

(5) Cf. GAIUS, III, 209 i. f.; I. *h. t.*, pr. initio, et D. *h. t.*, L. 2, pr.

(6) GAIUS, III, 209 i. f.; I. *h. t.*, pr. initio; D. *h. t.*, L. 1 initio.

(7) GAIUS, III, 209 i. f.; I. *h. t.*, pr. i. f.; D. *h. t.*, L. 1 initio. Quelques jurisconsultes romains enseignaient que le quadruple était dû exclusivement à titre de peine (GAIUS, IV, 8); mais leur opinion était repoussée par la majorité (arg. GAIUS, l. c.) et fut condamnée par Justinien (I. *h. t.*, pr. i. f.).

(8) D. *h. t.*, L. 2, § 7 i. f. — (9) D. *h. t.*, L. 2, § 6 et 7, cf. pr.

(10) Arg. GAIUS, III, 209, I. *h. t.*, pr., et D. *h. t.*, L. 1 initio. Il est vrai que l'édit prétorien continua à mentionner les autres dommages (D. *h. t.*, L. 2, pr., § 2, 9 initio et 12). Mais cette mention n'avait pas plus d'importance que celle des *homines coacti*, qui fut également maintenue, sans qu'on s'y arrêtât dans la pratique (D. *h. t.*, L. 2, pr., § 6 et 7). En ce sens MAYNZ, II, § 270.

(11) I. *h. t.*, § 1 initio; D. *h. t.*, L. 2, pr., § 18 et 20. — (12) C. *h. t.*, L. 1.

(13) I. *h. t.*, pr. initio; D. *h. t.*, L. 2, § 1, 8 et 9, vis 'Damni' prætor..... contineri hoc edicto, cf. vis et si quid hominibus coactis.....

(14) GAIUS, III, 209 initio; I. *h. t.*, pr. initio; D. *h. t.*, L. 1 initio, L. 2, § 10 et 26 initio. — (15) I. *h. t.*, pr. i. f. — (16) pr. i. f., cit.; D. *h. t.*, L. 1 initio.

(17) D. *h. t.*, L. 2, § 13.

On ne distingue pas entre la rapine manifeste et la rapine non manifeste(18). Il en résulte que si la peine de la rapine non manifeste est plus élevée que celle du vol non manifeste(19), la peine de la rapine manifeste reste inférieure à celle du vol manifeste; dans ce dernier cas, le spolié n'a aucun intérêt à se prévaloir de la rapine; le but unique de l'*actio vi bonorum raptorum* fut d'élever la peine de la rapine non manifeste(20). Comme l'*actio furti*, l'*actio vi bonorum raptorum* se donne à toute personne qui avait intérêt à ce que la rapine n'eût pas été commise(21). Mais elle ne dure qu'une année utile en vue d'obtenir le quadruple de la valeur de la chose enlevée(22); après l'année, elle devient une action simplement répersécutoire(23). Elle concourt avec l'*actio furti* et la *condictio furtiva*(24), de telle façon que l'exercice de l'une de ces actions éteint les deux autres en tant qu'elles ont le même objet. Ainsi, l'exercice de l'*actio vi bonorum raptorum* éteint l'*actio furti*(25) et la *condictio furtiva*. Mais, après avoir intenté l'*actio furti*, on peut encore recourir à l'*actio vi bonorum raptorum* pour obtenir la restitution de la chose enlevée et le supplément de peine de la rapine(26); de même, il

(18) I. *h. t.*, pr. i. f.

(19) du moins dans la presque totalité des cas; car le triple de la valeur de la chose peut être inférieur au double des dommages et intérêts dus par le voleur non manifeste.

(20) Aussi nos sources, en s'occupant de la rapine, la supposent généralement non manifeste (D. *h. t.*, L. 1 initio; D. 47, 2, *de furt.*, L. 53 (L. 52, § 30, Kriegel)). Voyez cependant le D. 47, 2, *de furt.*, L. 81 (L. 80, Kriegel), § 3.

(21) I. *h. t.*, § 2; D. *h. t.*, L. 2, § 22, 23 et 25, cf. § 24. Par dérogation à la règle générale (cf. ci-dessus T. III, § 202, II), le simple conseil de faire la rapine constitue un acte de participation punissable (D. *h. t.*, L. 2, pr. et § 2; D. 47, 2, *de furt.*, L. 81 (L. 80, Kriegel), § 4).

(22) Gaius, III, 209 i. f.; I. *h. t.*, pr. initio; D. *h. t.*, L. 2, § 13.

(23) Gaius, III, 209 i. f.,; I. *h. t.*, pr. initio. Cf. D. *h. t.*, L. 3.

L'*actio vi bonorum raptorum* est infamante (I. 4, 17, *de pœna temere litig.*, § 2; D. 3, 2, *de his qui not. inf.*, L. 1 initio, L. 4, § 5).

(24) D. *h. t.*, L. 1 initio, L. 2, § 10 initio et 26 initio; D. 47, 2, *de furt.*, L. 53 (L. 52, § 30, Kriegel).

(25) D. *h. t.*, L. 1, vis Sed si..... est furti, et D. 47, 2, *de furt.*, L. 89 (L. 88, Kriegel) initio, sauf pour le supplément de peine faisant l'objet de l'*actio furti manifesti* (arg. D. *h. t.*, L. 1, et D. 47, 2, *de furt.*, L. 89).

(26) D. *h. t.*, L. 1 i. f.; D. 47, 2, *de furt.*, L. 89 (L. 88, Kriegel) i. f.

est permis d'exercer, après la *condictio furtiva*, l'*actio vi bonorum raptorum* en payement de la peine du triple(27).

SECTION IV. — DU DOMMAGE ILLICITE.

I. 4, 3, *de lege Aquilia*. — D. 9, 2, *ad legem Aquiliam*. — C. 3, 35, *de lege Aquilia*.
VOLLGRAFF, *De lege Aquilia*, Marbourg, 1820.
PERNICE (A.), *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht*, Weimar, 1867.

§ 208. *Historique.*

1° La loi des Douze tables contenait plusieurs dispositions sur la réparation du dommage illicite; ces dispositions tendaient principalement à protéger l'agriculture(1).

2° Elles furent, sinon abrogées, au moins absorbées par la loi *Aquilia*(2); c'était un plébiscite(3), qui remonte sans doute au troisième siècle avant l'ère chrétienne(4). La loi *Aquilia* réglait d'une manière générale la réparation du dommage illicite. Elle comprenait au mini-

(27) La rapine rentre aussi dans le crime de violence (*vis*) (D. *h. t.*, L. 2, § 1). Mais celui-ci est beaucoup plus large; outre l'enlèvement frauduleux et violent d'une chose mobilière, il embrasse tous les autres actes de violence, quelle qu'en soit la nature ou l'objet (I. 4, 18, *de publ. judic.*, § 8; I. 4, 15, *de interd.*, § 6 i. f.; D. 48, 6, *ad leg. Jul. de vi publ.*, L. 1, L. 3, L. 5, pr. et § 2, L. 6-8, L. 10, pr. et § 1, L. 12; D. 48, 7, *ad leg. Jul. de vi priv.*, L. 2-6, L. 8; C. 9, 12, *ad leg. Jul. de vi*, L. 1, L. 3, L. 5, L. 7, L. 9).

Voyez encore 1° le D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 12, § 2, L. 13, le D. 48, 7, *ad leg. Jul. de vi priv.*, L. 7, 2° les I. *h. t.*, § 1, vis Sed ne....., les I. 4, 15, *de interd.*, § 6, vis Sed ex..... compellitur, et le C. 8, 4, *unde vi*, L. 7.

(1) *Loi des Douze tables*, table 8me, nos 8 à 11; PLINE, *Hist. natur.* XVII, 1, § 7, XVIII, 3, § 12, XXVIII, 2, § 10-17; SERVIUS *in Vergilium*, *Eclog.* VIII, 99; D. 47, 7, *arb. furtim cæs.*, L. 1; D. 47, 9, *de incendio ruina naufr.*, L. 9.

(2) D. *h. t.*, L. 1, pr. Le texte ne parle que d'une dérogation et non d'une abrogation. Voyez au reste le D. 47, 7, *arb. furt. cæs.*, L. 1, L. 11, et le D. 19, 2, *loc.*, L. 25, § 5 initio. Contra MAYNZ, II, § 271 initio. — (3) D. *h. t.*, L. 1, § 1.

(4) On a voulu préciser davantage sa date et conjecturé qu'il aurait été porté à l'occasion de la troisième sécession de la plèbe en l'année 287 avant J.-C. (arg. THÉOPHILE, I. 4, 3, § 15 i. f., et *Basiliques* LX, 3, c. 1, scolies (HEIMBACH, V, p. 263)); en ce sens MAYNZ, II, § 271 initio; mais ce n'est qu'une conjecture (RUDORFF, *zu Puchta's Institut.* III, § 277, note *y*). Il n'est pas même certain que la loi *Aquilia* appartient au troisième siècle avant notre ère.

mum trois chapitres ou dispositions (*capita*)(5). Le premier chapitre concernait un cas particulier mais très important de dommage, à savoir celui où l'on avait tué des esclaves ou des bestiaux (*quadrupedes pecudes*); à raison de sa gravité, ce dommage était frappé d'une peine plus sévère; l'auteur du dommage devait payer la plus haute valeur que la chose avait eue dans l'année antérieure au délit(6). Le second chapitre de la loi *Aquilia* prévoyait un autre cas particulier, celui où un costipulant, un *adstipulator*, que le créancier s'était adjoint pour la forme, remettait la dette au débiteur par la voie de l'acceptilation, de façon à dépouiller le créancier véritable de son droit de créance(7); comme il était lui-même créancier en titre et que l'obligation était solidaire, l'acceptilation consentie par lui libérait aussi le débiteur vis-à-vis du créancier véritable(8). Dans l'ancien droit romain, on recourait souvent à un costipulant à l'effet de stipuler pour l'époque postérieure à son propre décès(9). Enfin, le troisième chapitre de la loi *Aquilia* concernait tous les autres dommages illicites causés à la chose d'autrui(10), quel qu'en fût l'objet(11); ici l'auteur du dommage devait seulement payer la plus haute valeur que la chose avait eue dans le mois antérieur au délit(12). Les termes mêmes de la loi n'avaient pas une portée aussi générale; ils ne prévoyaient que le dommage causé par un contact matériel avec la chose d'autrui et consistant de plus en une lésion matérielle de cette chose; la loi ne parlait que du *damnum corpore corpori datum*(13). Or un tiers peut endommager notre chose sans la toucher (*damnum non corpore datum*), par exemple il effraye notre animal, qui se jette à l'eau ou dans un précipice où il périt(14).

(5) Il paraît qu'il y en avait un plus grand nombre (CICÉRON, *pro Tullio* 10 i. f., *Brutus* 34, et *de offic.* I, 7, II, 13, TÉRENCE, *Heautontimorumenos* I, 1, v. 82). Voyez MAYNZ, II, § 271, et note 4.

(6) GAIUS, III, 210; I. *h. t.*, pr.; D. *h. t.*, L. 2, pr. — (7) GAIUS, III, 215.

(8) GAIUS, III, 216 initio. — (9) Cf. ci-dessus T. II, § 98, I, C.

(10) GAIUS, III, 217 initio; I. *h. t.*, § 13 initio; D. *h. t.*, L. 27, § 5.

(11) GAIUS, III, 217; I. *h. t.*, § 13. — (12) GAIUS, III, 218 initio; I. *h. t.*, § 14 i. f.

(13) Arg. GAIUS, III, 219, I. *h. t.*, § 16, et D. *h. t.*, L. 51, pr., vis sed lege Aquilia..... et a cæde.

(14) GAIUS, III, 219, vis veluti si quis..... læsus sit; I. *h. t.*, § 16, vis veluti si quis..... læsus erit.

Un tiers peut même nous léser dans l'un de nos biens sans que celui-ci subisse une lésion matérielle ; il peut nous priver de notre chose tout en la laissant intacte (*damnum non corpori datum*); il nous cause par là un préjudice aussi réel que s'il l'avait détruite ; par exemple, il jette à l'eau les pièces de monnaie que nous tenons en mains; ou bien, en faisant de la fumée, il force nos abeilles à émigrer(15). Les jurisconsultes romains ne s'arrêtèrent pas à la lettre de la loi *Aquilia;* ils l'étendirent à tous les cas où quelqu'un avait subi un préjudice dans une chose de son patrimoine. A défaut d'un contact matériel on accorda une action Aquilienne utile(16) et, à défaut d'une lésion matérielle, une action *in factum*(17); l'une et l'autre action sont soumises aux mêmes règles que l'action Aquilienne directe(18). Le système de la loi *Aquilia* ne demeura pas

(15) I. *h. t.*, § 16, vis Sed si non corpore.. .....; D. *h. t.*, L. 27, § 21, L. 49, pr. Ce dommage peut très bien être indépendant d'un contact matériel; il y a alors un *damnum nec corpore nec corpori datum* (I. *h. t.*, § 16, vis Sed si non corpore.....).

(16) GAIUS, III, 219, vis (*Ceterum*) placuit..... læsus sit; I. *h. t.*, § 16, vis Ceterum placuit..... actio datur; D. 47, 2, *de furt.*, L. 51.

(17) I. *h. t.*, § 16, vis Sed si non corpore.....; D. *h. t.*, L. 27, § 14 et 21, L. 33, § 1, L. 49, pr.; D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 11; D. 47, 2, *de furt.*, L. 50, § 4. Cf. D. *h. t.*, L. 27, § 20, et *Basiliques* LX, 3, c. 63, scol. 3 (HEIMBACH, V, p. 324). Cf. VANGEROW, III, § 681, *Anm.* 1, n° II, 3°.

(18) Arg. D. *h. t.*, L. 53, vis ad exemplum legis Aquiliæ in factum actio, et D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 11, vis actiones in factum, accommodatas legi Aquiliæ. La distinction entre l'action Aquilienne utile et l'action *in factum* étant de pure forme, on comprend que nos sources emploient parfois indifféremment les deux expressions (D. *h. t.*, L. 9, § 2-3, L. 30, § 2, L. 53; C. *h. t.*, L. 6. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 33, § 1, L. 49, pr.) De ce que la terminologie romaine en cette matière n'est pas rigoureuse, VANGEROW, III, § 681, *Anm.* 1, n° II i. f., conclut à tort que l'action *in factum* se donnait *dans tous les cas* où les termes de la loi *Aquilia* ne permettaient pas d'exercer l'action Aquilienne directe, tandis que l'action utile aurait reçu une application plus étroite, que l'auteur s'abstient de déterminer. DE SAVIGNY, *System* V, § 217, p. 95-96, enseigne que la concession de l'action utile ou de l'action *in factum* dépendait le plus souvent du hasard. Cf. GŒSCHEN, II (2), § 592, 1°, et KELLER, § 356, C initio. Voyez en notre sens MOLITOR, cité, II, n° 930, et MAYNZ, II, § 271, et note 14.

On a aussi soutenu que l'action *in factum* était une simple action en dommages et intérêts, soustraite à la théorie de la loi *Aquilia* et sans aucun caractère pénal (cf. I. *h. t.*, pr. et § 14 i. f., et C. *h. t.*, L. 5). Voyez en ce sens MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, § 15, p. 160-161, note 318. Cf. THIBAUT,

même limité aux dommages causés à des choses; il fut étendu jusqu'à un certain point au préjudice subi par le corps d'un homme libre. L'homme libre corporellement lésé obtint l'action Aquilienne utile, à l'effet de réclamer une indemnité pour frais de maladie et pour travail perdu(19). — Le second chapitre de la loi *Aquilia* était tombé en désuétude avant Justinien(20). Comme le remarque Gaius(21), il ne présentait pas une bien grande utilité. Il se bornait à soumettre le costipulant à une action en dommages et intérêts(22); or le stipulant principal disposait déjà à la même fin de l'action de mandat directe(23). D'ailleurs, les costipulants ont cessé d'être employés dans la législation de Justinien(24).

3° L'édit prétorien réprima encore d'une manière spéciale certains dommages illicites, notamment le dommage causé par un attroupement (*turba*)(25), celui qui avait lieu à l'occasion d'un incendie, de la ruine d'un bâtiment, d'un naufrage, de la prise d'un navire, d'un

I, § 552 cbn. avec § 551. Mais le silence de nos sources au sujet d'une différence matérielle entre l'action Aquilienne utile et l'action *in factum*, et la circonstance que ces deux expressions sont à plusieurs reprises employées comme synonymes prouvent qu'elles sont soumises aux mêmes règles. Les deux textes cités au commencement de la présente note militent également en notre favenr. Voyez GLÜCK, X, § 701, p. 336-340, GŒSCHEN, II (2), § 592, 1°, DE SAVIGNY, *System* V, § 217, p. 95-96, MOLITOR, cité, II, n° 937 i. f., KELLER, § 356, C, PERNICE, cité, n° 13, p. 162-164, VANGEROW, III, § 681, *Anm.* 1, n° II i. f., MAYNZ, II, § 271, et note 16, et WINDSCHEID, II, § 455, note 3 initio.

(19) D. *h. t.*, L. 5, § 3, vis Proponitur autem....., L. 6, L. 7, pr., « Qua actione « patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum « oculum sit habiturus, et impendia, quæ pro ejus curatione fecerit », L. 13, pr. initio. L'action Aquilienne directe était déjà exclue ici par la raison que le texte de la loi *Aquilia* ouvrait seulement une action au propriétaire de la chose endommagée (D. *h. t.*, L. 11, § 6) et que l'on n'est pas réputé propriétaire de ses membres (D. *h. t.*, L. 13, pr. i. f.) Cf. ci-après § 210, 1° initio et 2°.

(20) I. *h. t.*, § 12; D. *h. t.*, L. 27, § 4. — (21) III, 216, vsi sed id.....

(22) GAIUS, III, 215.

(23) GAIUS, III, 216, vis sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati « ad eam rem sufficeret.. ». L'avantage de l'action Aquilienne était que le costipulant qui niait faussement l'acceptilation, était condamné au double (GAIUS, III, 216 i.f.). — (24) Cf. ci-dessus T. II, § 98, I, C i. f.

(25) D. 47, 8, *vi bon. rapt. et de turba*, L. 4. La peine était du double de la valeur de la chose elle-même (L. 4 cit., § 11).

radeau ou d'une maison(26) ainsi que la violation d'un tombeau (*sepulcrum violatum*)(27).

Nous nous attacherons à la théorie de la loi *Aquilia*.

§ 209. *Notion et conditions du dommage illicite.*

Le principe général est des plus simples; on ne doit réparer que le dommage illicite causé à autrui(1), le *damnum injuria datum*(2), c'est-à-dire le dommage qui lèse le droit d'autrui; car *injuria* (de *in* négatif et de *jus*) *est quod non jure fit*(3). Si, au lieu de constituer une violation du droit d'autrui, le fait dommageable n'est que l'exercice d'un droit, il n'est pas sujet à réparation(4); en effet, celui qui use de son droit, ne fait tort à personne; *qui jure suo utitur neminem lædit*(5). En conséquence :

I. Lorsqu'une agression violente est dirigée contre notre personne et qu'en repoussant cette agression par la force, nous causons un dommage à l'agresseur, nous ne sommes pas responsable de ce dommage; nous avions le droit de repousser la force par la force(6); en le faisant, nous avons exercé un droit, le droit de

(26) D. 47, 9, *de inc. ruina naufr. rate nave expugnata*, L. 1, L. 2, L. 3, pr., § 1-2, 6-7, L. 4, pr. La peine était du quadruple du dommage (D. *eod.*, L. 1, pr.).

(27) D. 47, 12, *de sep. viol.*, L. 3, pr., § 1-3. L'*actio de sepulcro violato* appartenait à l'intéressé en vue d'obtenir une peine arbitraire (D. 47, 12, *de sep. viol.*, L. 3, pr. initio, L. 6 initio) et subsidiairement à tout citoyen en payement de cent solides (D. *eod.*, L. 3, pr., vis Si nemo erit..... faciam, L. 3, § 10, L. 6. Cf. D. *eod.*, L. 3, pr. i. f., § 6, 11 et 12, et C. 9, 19, *eod.*, L. 4). Sous l'empire, la violation d'un tombeau donna aussi ouverture à une poursuite criminelle (PAUL, I, 21, § 4; D. 47, 12, *de sep. viol.*, L. 3, § 7, L. 11; C. 9, 19, *eod.*, L. 2, L. 5).

Autres espèces : 1° D. 11, 7, *de relig.*, L. 2, § 2, 2° D. 47, 7, *arb. furtim cæs.*, 3° D. 43, 11, *de via publ.*, L. 3, pr., 4° D. 2, 1, *de jurisd.*, L. 7, pr., et 5° D. 11, 3, *de servo corr.*, et C. 6, 2, *de furt. et de servo corr.*

(1) D. *h. t.*, L. 3, L. 4, L. 5, pr. et § 1; I. *h. t.*, § 2.

(2) D. *h. t.*, L. 49, § 1 initio. Cf. C. *h. t.*, L. 1, et D. *h. t.*, L. 3 i. f., L. 5, § 1 i. f.

(3) I. 4, 4, *de injur.*, pr., vis Generaliter injuria dicetur omne quod non jure fit..; D. 47, 10, *eod.*, L. 1, pr. initio; *Collatio* II, 5, § 1 initio; I. *h. t.*, § 2 initio. Cf. I. 4, 4, *de injur.*, pr., vis alias culpa..... accipitur, D. 47, 10, *eod.*, L. 1, pr., vis Interdum injuriæ..... solemus, et D. *h. t.*, L. 5, § 1.

(4) D. *h. t.*, L. 4, pr., L. 5, § 1 initio — (5) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 151.

(6) D. 43, 16, *de vi*, L. 1, § 27, vis Vim vi repellere licere Cassius scribit idque

légitime défense (*inculpata tutela*(7). Ce droit se fonde sur la considération que si nous avions laissé l'agression se consommer, nous aurions été frappé d'un mal irréparable; il nous aurait été impossible d'en obtenir la réparation de la justice. Mais la défense ne doit pas excéder les bornes de la nécessité, on ne doit pas causer à l'agresseur plus de mal qu'il n'est nécessaire pour repousser son attaque (*inculpatæ tutelæ moderatio*)(8); autrement la défense se transforme en attaque; or, si la défense est légitime, l'attaque ne l'est point, alors même qu'elle a été provoquée par une agression de l'adversaire(9). Donc, quand une attaque violente est dirigée contre nos biens, nous n'avons le droit de recourir à la force que si nous sommes aussi indirectement menacé dans notre personne; dans le cas contraire, le mal que nous causons à l'agresseur, est illégitime et nous en sommes responsable; car il n'était pas commandé par la nécessité(10). Cette règle s'applique surtout au voleur, comme nous avons expliqué ci-dessus(11); elle est vrai aussi dans les autres cas d'attaque violente contre un immeuble ou contre des choses mobilières(12). Il n'y a pas non plus légitime défense si l'on recourt à la force après que l'agression a pris fin(13), à moins qu'on ne le fasse dans le même emportement; dans ce dernier cas, le recours à la force est considéré comme une continuation de la légitime défense plutôt que comme une attaque réciproque(14).

jus natura comparatur..; D. *h. t.*, L. 4, pr., « Itaque si servum tuum latronem « insidiantem mihi occidero, securus ero : nam adversus periculum naturalis « ratio permittit se defendere », L. 5, pr., « Sed et si quemcumque alium ferro se « petentem quis occiderit, non videbitur injuria occidisse.. », L. 45, § 4 initio; I. *h. t.*, § 2. — (7) C. 8, 4, *unde vi*, L. 1 i. f.; D. *h. t.*, L. 4, pr. i. f.

(8) C. 8, 4, *unde vi*, L. 1, vis inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulsare licet ». — (9) I. *h. t.*, § 2 i. f.; D. *h. t.*, L. 5, pr. i. f.

(10) I. *h. t.*, § 2, vis si aliter periculum effugere non potest; D. *h. t.*, L. 45, § 4, vis cum aliter tueri se non possunt.., et vis si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit; D. 48, 8, *ad leg. Corn. de sicar.*, L. 9, vis si parcere ei sine periculo suo non potuit. — (11) T. III, § 206 i. f.

(12) Cf. D. 43, 16, *de vi*, L. 3, § 9 initio, et C. 8, 4. *unde vi*, L. 1.

(13) D. 43, 16, *de vi*, L. 3, § 9 initio.

(14) L. 3, § 9 i. f., cit. Cf. D. *eod.*, L. 17.

Autres cas : 1° D. *h. t.*, L. 29, § 7, vis Si quid tamen....., 2° D. 50, 17, *de R. J.*, L. 169, pr.; D. *h. t.*, L. 37, pr.

II. En général, nous ne répondons pas non plus d'une simple omission; car, en principe, nous ne sommes pas tenu de faire quelque chose en faveur d'un autre; en nous renfermant dans l'inaction par rapport aux intérêts d'autrui, nous usons de notre droit(15). Ainsi, ma chose est entraînée par le fleuve; un tiers peut la retirer de l'eau facilement et sans risque; il s'abstient de le faire; il n'a aucune responsabilité légale. Il en est de même si un tiers laisse succomber mon animal dans une circonstance quelconque, alors qu'il aurait pu le sauver(16). Mais la règle cesse avec son motif toutes les fois qu'en vertu d'un rapport obligatoire nou sétions tenu de faire ce que nous avons omis; alors notre abstention, au lieu d'être l'exercice d'un droit, constitue une lésion du droit d'autrui. L'obligation de faire un acte positif en faveur d'un tiers peut résulter d'une convention que nous avons conclue avec ce tiers; par exemple le vendeur d'une chose la laisse voler(17), la maison louée est incendiée faute de soins de la part du locataire(18), etc. La même obligation résulte souvent aussi d'un acte unilatéral qui, par sa nature, exige certains soins ou précautions; par exemple quelqu'un, en travaillant à la construction d'une maison, à la réparation d'un toit ou à l'élagage d'un arbre, néglige de faire aux passants les signaux nécessaires et, par suite de cette omission, un passant éprouve un dommage(19); quelqu'un brûle des racines sur son fonds sans

(15) Cf. D. *h. t.*, L. 27, § 9, vis nam qui custodit, nihil fecit...

(16) D. 7, 1, *de usu fructu*, L. 13, § 2, vis nam qui agrum non proscindit, qui « vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non « tenetur.. ».

(17) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 15 (L. 14, Kriegel), § 1.

(18) D. *h. t.*, L. 27, § 9. « Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset « et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum præstare debere, si « neglegens in eligendis ministeriis fuit : ceterum si alius ignem subjecerit « fornaci, alius neglegenter custodierit, an tenebitur qui subjecerit? nam qui « custodit, nihil fecit, qui recte ignem subjecit, non peccavit : quid ergo est? « puto utilem competere actionem (l'action utile de la loi *Aquilia*) tam in eum « qui ad fornacem obdormivit quam in eum qui neglegenter custodit, nec quis- « quam dixerit in eo qui obdormivit, rem eum humanam et naturalem passum, « cum deberet vel ignem extinguere vel ita munire, ne evageturn »; *Collatio* XII, 7, § 7.

(19) D. *h. t.*, L. 31. « Si putator ex arbore ramum cum dejiceret vel machina-

prendre les précautions usuelles et le feu détruit la récolte du voisin(20); ou bien un chirurgien, après avoir opéré une personne, l'abandonne et, par suite de cet abandon, le patient perd l'usage d'un membre(21). Voici une autre espèce. Un barbier fait la barbe à

« rius hominem prætereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec « ille proclamavit, ut casus ejus evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in « privato idem accidisset, posse de culpa agi : culpam autem esse, quod cum a « diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum demutiatum esset, cum « periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, « per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca « vulgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat præstare debet, ne « immittat in eum, quem viderit transeuntem : nam culpa ab eo exigenda non « est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit »; I. *h. t.*, § 5.

Un cas analogue est prévu au D. *h. t.*, L. 28, pr. « Qui foveas ursorum cervo- « rumque capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerunt eoque aliquid « decidit factumque deterius est, lege Aquilia obligati sunt : at si in aliis locis, « ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur », § 1. « Hæc tamen actio ex causa danda « est, id est si neque denuntiatum est neque scierit aut providere potuerit : et « multa hujusmodi deprehenduntur, quibus summovetur petitor, si evitare « periculum poterit, L. 29 quemadmodum si laqueos eo loci posuisses, quo jus « ponendi non haberes, et pecus vicini in eos laqueos incidisset ».

(20) D. *h. t.*, L. 30, § 3. « In hac quoque actione, quæ ex hoc capitulo oritur, « dolus et culpa punitur : ideoque si quis in stipulam suam vel spinam combu- « rendæ ejus causa ignem immiserit et ulterius evagatus et progressus ignis « alienam segetem vel vineam læserit, requiramus, num imperitia ejus aut negle- « gentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est (nam et qui « occasionem præstat, damnum fecisse videtur) : in eodem crimine est et qui non « observavit, ne ignis longius procederet. § 4. At si omnia quæ oportuit observa- « vit vel (*vel = et utputa*) subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.. » « (L. 30, § 3, Kriegel).

Il en est autrement si mon voisin ayant amassé des terres contre mon mur, celui-ci est devenu humide par suite de pluies subséquentes. Dans l'espèce, on ne peut reprocher au voisin d'avoir, en amassant les terres, négligé de prendre les précautions nécessaires ; si mon mur a été gâté, c'est à cause de l'entassement des terres et de la survenance des pluies; or, le premier fait étant licite en lui-même, ne peut donner lieu à l'action Aquilienne et le second encore moins. J'aurai contre mon voisin l'action négatoire, l'action *aquæ pluviæ arcendæ*, ou bien, si je lui ai loué le sol sur lequel il a porté les terres, l'*actio locati;* car il en a fait un usage contraire au bail (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 57). Cette dernière loi se concilie donc facilement avec le D. *h. t.*, L. 30, § 3, transcrit au commencement de la présente note. Pour une autre explication voyez Molitor, cité, II, nos 932 et 933 initio.

(21) I. *h. t.*, § 6. « Præterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit

son client dans un lieu où l'on joue à la balle ou dans un endroit fréquenté; une balle tombe sur la main du barbier ou bien un passant heurte celui-ci, et le client a la gorge coupée. Le barbier est responsable de son imprévoyance. Le joueur ou le passant, s'il est coupable de faute, est tenu concurremment avec le barbier. Toutefois, si le client s'est livré au barbier dans un endroit manifestement dangereux, il supporte les suites de sa négligence grossière(22).

III. Si un débiteur a apporté à l'exécution de son obligation le degré de soins réclamé par la nature du lien obligatoire, il n'est pas soumis à l'action Aquilienne, pas plus qu'à l'action naissant de l'obligation. Le dépositaire d'une chose se rend coupable d'une faute simplement légère; il n'est soumis ni à l'action du dépôt, ni à l'action Aquilienne. D'abord, en se dispensant d'apporter à la garde et à la conservation de la chose déposée les soins d'un bon père de famille, le dépositaire a fait ce qu'il avait le droit de faire; il a usé du droit que lui conferait le contrat; le dommage qu'il a causé au déposant. est un dommage licite et dès lors il doit être à l'abri de toute responsabilité(23). Ensuite, le système contraire renverserait

« curationem, atque ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus est »; D. *h. t.*, L. 8, pr. i. f.

(22) D. *h. t.*, L. 11, pr. « Idem Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, « vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam dejecerit et sic servi, « quem tonsor habebat, gula sit præcisa adjecto cultello : in quocumque eorum « culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam : et sane si « ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est « quod ei imputetur, quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam « habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere ».

Ulpien, l'auteur de ce passage, après avoir proclamé la responsabilité du barbier, paraît avoir eu des doutes à cet égard; nous avons concilié ses deux observations, en restreignant la seconde au cas où l'esclave s'était fait raser dans un lieu ouvertement perilleux (*in loco periculoso*). Nous avons aussi admis que le joueur ou le passant peut être en faute; il peut même être coupable de dol et alors sa responsabilité n'est pas contestable. Voyez ci-après le n° IV, I°, du présent paragraphe.

(23) On a contesté l'exactitude de ce raisonnement (VANGEROW, III, § 681, *Anm.* 3, n° II, 2° initio). De ce que, dit-on, le contrat ne défend pas une chose, on n'est pas autorisé à conclure qu'on ait le droit absolu de la faire; si le dépôt n'interdit pas au dépositaire les négligences légères, il ne s'ensuit pas que ce dernier ait à un point de vue absolu le droit de commettre de simples négligences.

complètement la théorie de la prestation des fautes dans les obligations; il ne servirait à rien de proclamer la règle que le dépositaire est seulement tenu du dol et de la faute lourde, puisque à l'action Aquilienne il répondrait de la faute légère; un débiteur quelconque, qu'il retire ou non un avantage de l'obligation, devrait apporter à l'exécution de celle-ci les soins d'un bon père de famille. Vainement objecte-t-on que la responsabilité restreinte d'un débiteur ne doit pas avoir pour effet de le soustraire à la responsabilité qui est indépendante d'une obligation et que, en quelque sorte, tout homme a envers son semblable. En réalité, en soumettant le dépositaire à l'action Aquilienne du chef d'une faute légère, on aggraverait la responsabilité qui lui incombe en sa qualité d'homme; on l'obligerait à garder et à conserver avec les soins d'un bon père de famille une chose que, sans le dépôt, il n'eût été appelé en aucune façon à garder ou à conserver(24). La plupart des auteurs sont d'un avis opposé(25). — D'autre part, si un débiteur endommage par sa faute

Nous pensons au contraire qu'un contrat, en ne prohibant pas un certain acte, le permet sans réserve.

(24) A l'appui de notre opinion, nous invoquons le D. *h. t.*, L. 27, § 29. « Si « calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni injuria « tenebitur : si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse « excusatus: et ideo plerumque artifices convenire solent, cum ejusmodi materiæ « dentur, non periculo suo se facere, *quæ res ex locato tollit actionem et Aquiliæ* ».

Ce texte suppose qu'un artisan, en s'engageant à faire un travail dangereux, a stipulé que la chose serait au risque du maître; et il décide que cette clause exclut l'action Aquilienne comme l'*actio locati*. Ainsi, lorsque par une convention spéciale les parties atténuent la responsabilité contractuelle, elles atténuent aussi la responsabiiité fondée sur la loi *Aquilia*. Il doit en être de même lorsque la loi réduit la responsabilité ordinaire des débiteurs, comme dans le dépôt; car la loi se base sur la volonté présumée des parties.

Non obstant D. 40, 12, *de liber. causa*, L. 13, pr., D. 47, 4, *si is, qui testam. liber*, L. 1, § 2 initio, et D. *h. t.*, L. 5, § 3. Les deux premiers passages prévoient des espèces où une personne est seulement tenue de son dol, et néanmoins ils accordent l'action Aquilienne à raison d'une simple faute; mais il n'y s'agit pas d'un débiteur proprement dit. Quant au troisième passage, il admet l'action contractuelle aussi bien que l'action Aquilienne (an ex locato, dubitat, *quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti* : sed lege Aquilia posse agi non dubito).

(25) Voyez en notre sens VOLLGRAFF, cité, p. 26 sq., HÆNEL, *Schadenersatz*, § 35, UNTERHOLZNER, cité, II, § 675, 2°, et note g, THIBAUT, I, § 553, C i. f., et

la chose due, il est à la fois soumis à l'action naissant du contrat et à l'action Aquilienne(26). Mais l'exercice de l'une de ces actions entraîne l'extinction de l'autre(27), sauf que, l'action Aquilienne étant mixte(28), le créancier qui a exercé l'action du contrat, peut encore recourir à l'action Aquilienne en vue d'obtenir la peine(29).

IV. Une condition essentielle du dommage illicite est que l'auteur du dommage soit coupable d'une faute(30). Dans le cas contraire, le dommage ne constitue pas une véritable lésion du droit d'autrui; pareille lésion n'existe que pour autant qu'elle est imputable à son auteur; à défaut de cette imputabilité, il y a un simple accident et chacun doit supporter les accidents qui le frappent(31). En ce qui concerne le degré de faute requis à l'action de la loi *Aquilia*, un dol n'est pas nécessaire; on est responsable d'une simple faute(32). Mais il faut au moins une faute légère, l'omission des soins d'un bon père de famille; on ne répond pas d'une faute très légère, c'est-à-dire de l'omission des soins du meilleur des pères de famille.

BRAUN, *Erörterungen zu Thibaut*, § 253, p. 260-262, PERNICE, cité, n° 7, p. 78-93, SINTENIS, II, § 101, n° II, et *Anm.* 38, et NAMUR, II, § 342, 11.

Contra VON LŒHR, *Beiträge zu der Theorie der Culpa*, n° V, 4°, , p. 219-223, et *Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, T. III, p. 173 sq., et T. IV, p. 486 sq., GLÜCK, X, § 699, p. 310-317, HASSE, *Culpa*, § 36-37, VALETT, II, § 630, MEJER, *zu Schweppe's röm. Privatrecht* III, § 551, WENING-INGENHEIM, II, § 330, 1°, e, GŒSCHEN, II (2), § 592, 2°, MÜHLENBRUCH, II, § 353 initio, VANGEROW, III, § 681, *Anm.* 3, n° II, MAYNZ, II, § 271, Observation, et WINDSCHEID, II, § 455, note 12 i. f.

VANGEROW, III, § 681, *Anm.* 3, n° II, 1°, reconnaît cependant qu'un fait qui, à défaut d'une obligation préexistante, constituerait une négligence, est parfois irréprochable à raison de cette obligation.

(26) D. 13, 6, *commod.*, L. 18, § 1. « Sive autem pignus sive commodata res « sive deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istæ sunt « actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliæ.. »; D. *h. t.*, L. 7, § 8, L. 18 initio, L. 27, § 11 initio et 34, L. 42; D. 17, 2, *pro socio*, L. 47, § 1, L. 48, L. 49; D. 19, 2, *loc.*, L. 25, § 5 initio, L. 30, § 2.

(27) D. 13, 6, *commod.*, L. 18, § 1 i. f.; D. *h. t.*, L. 18 i. f., L. 27, § 11 initio; D. 19, 2, *loc.*, L. 25, § 5 i. f. — (28) Cf. ci-après le § 210, I° i. f.

(29) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 34, § 2, vis Et hoc.....; D. 13, 6, *commod.*, L. 7, § 1, vis nam et si..... Cf. D. 17, 2, *pro socio*, L. 50.

(30) GAIUS, III, 211; I. *h. t.*, § 3 initio et 14 initio; D. *h. t.*, L. 5, § 1, L. 30, § 3 initio. — (31) GAIUS, III, 211 i. f.; I. *h. t.*, § 3 initio; D. *h. t.*, L. 5, § 1 initio.

(32) GAIUS, III, 211; I. *h. t.*, § 3 i. f.; D. *h. t.*, L. 30, § 3 initio.

En effet, les lois doivent être faites en vue de la masse des hommes; or tout ce qu'on peut demander à la masse des hommes, c'est d'apporter dans leurs actions les soins d'un homme prudent et diligent; aller au delà, exiger d'eux les soins d'un homme supérieur, c'est leur imposer une responsabilité impossible; car les hommes supérieurs forment une rare exception. D'ailleurs la faute très légère échappe à une appréciation précise; il n'est guère possible de se représenter le meilleur des pères de famille(33). La question de savoir si, dans un cas particulier, une faute est imputable à l'auteur du dommage est une question de fait, dont la solution dépend entièrement des circonstances. Voici quelques applications :

1° Un joueur cause un dommage à un passant. Si le lieu de l'accident était destiné au jeu dont il s'agit, le joueur n'est pas responsable; c'est le passant qui, par son imprudence, s'est attiré le dommage et *qui sua culpa damnum sentit, damnum sentire non videtur*(34). La règle cesse si le joueur s'est rendu coupable d'un dol(35). Mais, si le lieu de l'accident n'était pas destiné au jeu dont il s'agit, le joueur est soumis à l'action Aquilienne; car il a commis une faute en jouant à un pareil endroit et le dommage causé est la suite de cette faute(36).

(33) D. *h. t.*, L. 31, vis culpam autem esse, quod cum a diligente provideri pote« rit, non esset provisum.. ».

Non obstat D. *h. t.*, L. 44, pr. « In lege Aquilia et levissima culpa venit ». *Levissima culpa* équivaut ici à *levis culpa;* dans la littérature latine, le superlatif a souvent le sens d'un simple positif.

La théorie romaine n'est pas douteuse.

(34) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 203. — (35) Cf. ci-dessus T. I, § 60, II.

(36) D. *h. t.*, L. 9, § 4. « Sed si per lusum jaculantibus servus fuerit occisus, « Aquiliæ locus est : sed si cum alii in campo jacularentur, servus per eum locum « transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum jaculatorium iter intem« pestive facere. Qui tamen data opera in eum jaculatus est, utique Aquilia tene« bitur », L. 10 « nam lusus quoque noxius in culpa est ».

Les I. *h. t.*, § 4, établissent la même distinction pour le soldat qui s'exerce au javelot; mais le non-militaire qui joue au javelot, est toujours responsable, parce que la voie publique n'est jamais destinée à un semblable jeu.

Le D. *h. t.*, L. 11, pr., parle seulement de la responsabilité du barbier et non de celle du joueur dont le fait a amené la mort du client du barbier. Il suppose au reste que le jeu avait lieu dans un endroit qui servait à cette fin (*si ibi tondebat,*

2° Le conducteur d'une voiture lèse un passant. Sa responsabilité existe toutes les fois qu'on peut lui reprocher une faute; par exemple, il a mal dirigé son attelage et écrasé un passant(37), il a surchargé son chariot et une pierre tombée de celui-ci a blessé quelqu'un(38). Mais le conducteur est à l'abri de toute poursuite si son attelage a été excité par un tiers(39) ou bien si, gravissant une colline, il a reculé(40), sans que, ni dans l'un ni dans l'autre cas, on puisse imputer une négligence au conducteur(41).

3° Ma chose périt dans un incendie. L'action Aquilienne est ouverte contre celui qui a amené l'incendie par un défaut quelconque de soins (42). Elle vient à cesser si l'incendie a eu un caractère

ubi ex consuetudine ludebatur). Cf. ci-dessus *ad not.* 22 du présent paragraphe.

Voyez encore le D. *h. t.*, L. 52, § 4. « Cum pila complures luderent, quidam ex « his servulum, cum pilam percipere conaretur, impulit, servus cecidit et crus « fregit : quærebatur an dominus servuli lege Aquilia cum eo, cujus impulsu « ceciderat, agere potest. Respondi non posse, cum casu magis quam culpa « videretur factum ». Le *servulus* avait ici provoqué l'accident en voulant s'emparer du disque des joueurs.

On n'est pas non plus responsable du dommage causé à un adversaire dans un combat public; ce dommage est réputé légitime. Il y a exception si l'adversaire battait en retraite au moment où il a été frappé (D. *h. t.*, L. 7, § 4).

(37) D. *h. t.*, L. 52, § 2, vis In clivo..... damnum injuria daret.

(38) Cf. D. *h. t.*, L. 27, § 33, « Si ex plostro lapis ceciderit et quid ruperit vel « fregerit, Aquiliæ actione plostrarium teneri placet, si male composuit lapides « et ideo lapsi sunt », et L. 7, § 2.

(39) Arg. D. *h. t.*, L. 27, § 34, vis sed si ictu..... Aquiliæ actionem.

(40) D. *h. t.*, L. 52, § 2, vis Quod si neque mulæ neque homines..... esse actionem.

(41) Cela suppose dans le second cas que le chariot n'était pas surchargé (arg. D. *h. t.*, L. 7, § 2).

Il y a encore lieu à l'action Aquilienne si une personne portant un fardeau tombe et lèse ainsi un passant, pourvu qu'elle soit tombée par sa faute, par exemple à raison d'une surcharge (D. *h. t.*, L. 7, § 2 i. f.). Sa responsabilité n'est pas non plus douteuse si elle laisse choir son fardeau à cause de son poids (L. 7, § 2 initio, cit.).

Si un cavalier ou un muletier cause du dommage à autrui, sa culpabilité dépend entièrement des circonstances (I. *h. t.*, § 8; D. *h. t.*, L. 8, § 1, L. 57).

Enfin si, par suite de l'impéritie du conducteur de ma voiture, un dommage a été causé à celle-ci ou à l'animal attelé, j'ai contre le conducteur l'action de la loi *Aquilia* (arg. D. *h. t.*, L. 27, § 34). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 27, § 23.

(42) D. *h. t.*, L. 27, § 9, L. 30, § 3, cf. L. 27, § 11.

accidentel; tel est le cas où mon voisin ayant allumé du feu sur son fonds en prenant toutes les précautions réclamées par les circonstances, un coup de vent imprévu a porté les flammes sur mon fonds et détruit ma récolte (43).

4° Un navire cause un dommage à un autre navire ou bien à des filets de pêche. Si une faute est imputable à l'une des personnes qui montaient le premier bâtiment, cette personne est passible de l'action Aquilienne; mais il n'y a pas lieu à la réparation du dommage qui a été amené par la seule violence du vent (44).

V. On n'est responsable du dommage éprouvé par autrui que pour autant qu'on l'a réellement causé; il doit y avoir un lien de *causalité*

(43) D. *h. t.*, L. 30, § 4 initio (§ 3 i. f., Kriegel). Cf. ci-dessus le n° II avec les notes 18 et 20 initio du présent paragraphe.

Lorsque, à l'occasion d'un incendie, on a démoli une maison pour couper le feu, l'auteur de la démolition est soumis à l'action Aquilienne si la maison démolie n'était pas menacée d'un danger réel, mais non si elle était condamnée à périr par le feu. Dans le dernier cas, l'auteur de la démolition n'a commis aucune faute; il n'a pas même causé un dommage véritable. Cf. ci-dessus T. III, § 196bis i. f.

Voyez encore le D. *h. t.*, L. 27, § 8.

(44) D. *h. t.*, L. 29, § 4, « Si navis alteram contra se venientem obruisset, aut in « gubernatorem aut in ducatorem actionem competere damni injuriæ Alfenus « ait : sed si tanta vis navi facta sit, quæ temperari non potuit, nullam in domi- « num dandam actionem ; sin autem culpa nautarum id factum sit, puto Aquiliæ « sufficere », § 3, « Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsa esset in « funes anchorarum alterius et nautæ funes præcidissent, si nullo alio modo nisi « præcisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo « et Proculus et circa retia piscatorum, in quæ navis piscatorum inciderat, æsti- « marunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum.. », et § 2. Voyez encore L. 29 cit., § 3, vis Sed ubi.....

Autres applications : 1° D. *h. t.*, L. 5, § 3, L. 6, L. 7, pr., 2° D. *h. t.*, L. 7, § 8, L. 8, pr., 3° D. *h. t.*, L. 27, § 29, et 4° D. *h. t.*, L. 39.

L'acte par lequel on se fait justice à soi-même, peut aussi constituer un dommage illicite (D. *h. t.*, L. 29, § 1. « Si protectum meum, quod supra domum tuam « nullo jure habebam, reccidisses, posse me tecum damni injuria agere Proculus « scribit : debuisti enim mecum jus mihi non esse protectum habere agere : nec « esse æquum damnum me pati reccisis a te meis tignis. Aliud est dicendum ex « rescripto imperatoris Severi, qui ei, per cujus domum trajectus erat aquæ duc- « tus citra servitutem, rescripsit jure suo posse eum intercidere, et merito : inter- « est enim, quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit »; arg. D. 47, 7, *arb. furtim cæs.*, L. 6, § 2, et D. 43, 27, *de arbor. cæd.*, L. 1, pr., § 2, 7-9).

entre le fait illicite et le dommage. Si en réalité le préjudice subi par autrui a une cause autre que le fait illicite, l'auteur de ce fait n'en est pas responsable. Je blesse légèrement l'animal d'autrui; mais l'animal succombe par suite de la négligence de son maître ou bien à raison de l'incapacité de l'homme de l'art appelé à le soigner; je ne suis tenu que du chef de la blessure (45). L'auteur de l'acte illicite n'est pas obligé de réparer le dommage résultant d'une autre cause, alors même que l'acte illicite, s'il avait pu développer tous ses effets, aurait amené le dommage dont il s'agit; il n'en est pas moins vrai qu'en fait ce n'est pas l'acte illicite qui a amené la perte. Ainsi, je blesse mortellement l'animal d'autrui; mais, avant que la mort survienne, l'animal est blessé mortellement par une autre personne et il succombe plus vite qu'il n'aurait succombé s'il avait seulement reçu la première blessure; ou bien l'animal que j'ai mortellement blessé, périt par accident. Je ne suis responsable que de la blessure et non de la mort de l'animal; on m'appliquera le troisième chapitre de la loi *Aquilia;* la mort ayant été avancée par la seconde blessure ou par l'accident a sa vraie cause dans l'une de ces dernières circonstances; l'auteur de la seconde blessure mortelle sera seul responsable de la mort de l'animal (46). Il en est autrement si plusieurs personnes ont frappé

(45) D. *h. t.*, L. 30, § 4 i. f. (§ 4, Kriegel), et arg., L. 52, pr. « Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini neglegentia accidisset, « recto de injuria occiso eo agitur ».

(46) D. *h. t.*, L. 11, § 3, « Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, « alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed « quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit. « Quod et Marcello videtur et est probabilius », L. 15, § 1. « Si servus vulueratus « mortifere postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso « agi non posse, sed quasi de vulnerato.. ».

Contra D. *h. t.*, L. 51, pr. « Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset « moriturum : medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus « decessit : quæro, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. Respondit : « occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo præbuit : sed « lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam « mortis præbuisset, tracta videlicet interpretatione vocis a cædendo et a cæde. « Rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut « confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem

ensemble l'animal, qui a succombé à ses blessures, sans qu'on puisse déterminer l'auteur du coup mortel ; dans ce cas, tous ceux qui ont

« vita excessurum. Igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque « alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore « vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri ».

On a tenté de concilier la loi 51, pr., avec la loi 11, § 3 et la loi 15, § 1 initio, en restreignant les deux derniers textes au cas où un esclave déjà mortellement blessé par A a été tué sur le coup par B ou bien dans un accident. La loi 51, pr., viserait cet autre cas où l'esclave mortellement blessé par A a reçu de B une seconde blessure mortelle sans avoir été tué sur le coup ; ici A et B seraient responsables de la mort de l'esclave, parce que cette mort serait due au concours des deux blessures (VANGEROW, III, § 681, *Anm.* 2, n° 2). En théorie cette distinction est subtile ; il est peu rationnel d'apprécier d'une manière toute différente la blessure faite par A selon que l'esclave a succombé instantanément après avoir reçu une seconde blessure de B ou seulement après quelques minutes ou quelques heures ; il est plus conforme à la raison d'admettre en toute hypothèse que, la blessure mortelle faite par B ayant hâté la mort, celle-ci, au moment où elle s'est produite, est plutôt l'œuvre de B que celle de A. Les termes des trois textes précités ne prouvent nullement qu'il y s'agit d'hypothèses différentes ; si la L. 15, § 1 initio, dit de la seconde blessure *alio ictu maturius perierit*, la L. 51, pr., la caractérise par des termes tout à fait analogues : *ab alio ictus decessit... percussit, ut maturius interficeretur ;* quant aux mots *alius postea exanimaverit* de la L. 11, § 3, ils n'emportent pas nécessairement l'idée d'une mort instantanée. On objecte que la L. 51, pr., est de Julien et que l'autorité de ce même Julien est invoquée dans la loi 15, § 1, par Ulpien à l'appui de sa propre opinion ; on en conclut qu'à moins de supposer que Julien ait varié dans sa doctrine, il doit avoir dans la L. 51, pr., enseigné la même chose qu'Ulpien. L'on perd de vue que si, dans la L. 15, § 1, Ulpien se prévaut de l'avis de Julien, c'est à l'occasion d'une espèce différente de celle qui nous occupe ; un esclave blessé *une seule fois* avait été affranchi ou aliéné, puis avait succombé à sa blessure ; l'ancien maître peut agir en vertu du premier chapitre de la loi *Aquilia* (L. 15, § 1, vis sed si manumissus..... apparuit). On prétend enfin que les mots *ut non appareret cujus ictu perisset* et *nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur* des § 1 et 2 de la loi 51 — mots qui se réfèrent au *principium* de ladite loi — prouvent que, dans ce *principium*, il s'agit d'une seconde blessure n'ayant entraîné la mort de l'esclave qu'après un certain temps. Nous pensons au contraire que Julien a pu très bien appliquer ces expressions à une seconde blessure mortelle, eût-elle entraîné la mort immédiate.

Nous admettons donc une antinomie entre les L. 11, § 3, L. 15, § 1 initio, et la L. 51, pr., et nous adoptons la solution des deux premiers passages comme étant la plus rationnelle. Voyez en notre sens CUJAS, *Observationes* XXVII, c. 13, et *Recit. solemn. in lib. LXXXVI Digest. Salvii Juliani*, L. 51 *ad leg. Aquil.*, POTHIER, *Pand. Justinianeæ*, 9, 2, *ad leg. Aquil.*, nos 4-5, VON LŒHR, *Die Theorie der Culpa*, § 20, p. 125-129, GLÜCK, X, § 702, p. 346-351, MOMMSEN, *Beiträge* II, § 15, note 7, PERNICE, cité, n° 15, p. 178-182, et WINDSCHEID, II, § 258, note 15, a.

frappé, sont responsables de la mort de l'animal(47). — D'autre part, dès qu'il existe un lien de causalité entre le fait illicite et le dommage, celui-ci est sujet à réparation, alors même qu'après le fait illicite il est survenu une circonstance qui eût amené la perte dont il s'agit, si elle n'avait déjà été causée par le fait illicite. Ce fait a produit pour la partie lésée un droit acquis à des dommages et intérêts, et ce droit ne peut lui être enlevé par un événement postérieur(48). Donc, si j'ai blessé l'animal d'autrui, je suis responsable de la blessure, quoique l'animal ait été tué plus tard par une autre personne ou ait péri accidentellement(49). De même, si j'ai endommagé la maison d'autrui et que la nuit suivante la foudre l'ait détruite, je demeure obligé à la réparation du dommage que j'ai causé(50).

§ 210. *Effets du dommage illicite.*

1° En premier lieu, l'auteur du dommage illicite doit le réparer d'une manière pleine et entière(1). Il est indifférent que le dommage soit direct ou indirect(2), intrinsèque ou extrinsèque, c'est-à-dire relatif à la chose endommagée elle-même ou à d'autres choses du patrimoine de la personne lésée(3). Peu importe aussi que le dom-

(47) D. *h. t.*, L. 11, § 2, « Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi « occiderint teneantur, videamus. Et si quidem appareat cujus ictu perierit, ille « quasi occiderit tenetur : quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri « Julianus ait.. », L. 51, § 1. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 11, § 4.

(48) D. 43, 24, *quod vi aut clam*, L. 7, § 4, vis quia non ex post facto.....

(49) D. *h. t.*, L. 11, § 3, L. 15, § 1 initio. Cf. ci-dessus *ad not.* 46 du présent paragraphe.

(50) Voyez encore le D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 27, § 2. « Si homo petitus dolo « possessoris deterior factus sit, deinde sine culpa ejus ex alia causa mortuus sit, « æstimatio non fiet ejus, quod deteriorem eum fecerat, quia nihil interest petitoris : sed hæc quantum ad in rem actionem : legis autem Aquiliæ actio durat ». Cf. sur ce texte T. I, § 16, note 11.

(1) D. *h. t.*, L. 21, § 2. « Sed utrum corpus ejus solum æstimamus, quanti « fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? et « hoc jure utimur, ut ejus quod interest fiat æstimatio » ; Gaius, III, 212 initio ; I. *h. t.*, § 10 initio.

(2) Gaius, III, 212; I. *h. t.*, § 10; D. *h. t.*, L. 21, § 2, L. 22, L. 23, pr. et § 4, L. 27, § 8, L. 37, § 1.

(3) I. *h. t.*, § 10, vis Item si ex pari mularum unam vel ex quadriga equorum

mage soit positif ou négatif, en d'autres termes qu'il consiste dans une diminution effective du patrimoine (*damnum emergens*) ou dans la privation d'un gain (*lucrum cessans*)(4). Mais il faut que le préjudice soit réel, et notamment, s'il s'agit de la privation d'un gain, il est nécessaire que ce gain fût, sinon certain, au moins vraisemblable dans l'ordre naturel des choses; on n'a pas égard à des bénéfices hypothétiques; ceux-ci ne sont pas susceptibles d'être établis et partant doivent être considérés en droit comme n'existant pas. Si donc des filets de pêche ont été détruits par la faute d'autrui, il doit être tenu compte de la valeur des filets, mais non du poisson qui aurait pu être pris à l'aide des filets(5). Dans le cas où un homme libre a été blessé, il a droit à une indemnité pour frais de maladie et pour toute perte de travail(6); par conséquent, si la blessure

« unum occiderit, vel ex comœdis unus servus fuerit occisus : non solum occisi « fit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanto depretiati sunt qui « supersunt » ; GAIUS, III, 212, vis Item si..... ; D. *h. t.*, L. 22, § 1. — D. *h. t.*, L. 22, pr. « Proinde si servum occidisti, quem sub pœna tradendum promisi, « utilitas venit in hoc judicium ». — D. *h. t.*, L. 23, pr. « Inde Neratius scribit, « si servus heres institutus occisus sit, etiam hereditatis æstimationem venire » ; I. *h. t.*, § 10, vis veluti si..... constat ; GAIUS, III, 212, vis veluti si..... quantitas. Cf. D. *h. t.*, L. 23, § 1. — D. *h. t.*, L. 23, § 4.

(4) D. *h. t.*, L. 23, pr. (transcrit à la note précédente) ; I. *h. t.*, § 10, vis veluti si..... constat; GAIUS, III, 212, vis veluti si..... quantitas. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 23, § 4.

(5) D. *h. t.*, L. 29, § 3. « Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsa « esset in funes anchorarum alt§rius et nautæ funes præcidissent, si nullo alio « modo nisi præcisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. « Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quæ navis piscatorum « inciderat, æstimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia « agendum. Sed ubi damni injuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti « non sunt, fieri æstimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et « in venatoribus et in aucupibus probandum ». Cf. ci-dessus T. I, § 16, note 12.

(6) D. *h. t.*, L 7, pr. « Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex « operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quæ pro ejus « curatione fecerit » ; arg. D. 9, 3, *de his, qui effud. v. dejec.*, L. 7, « Cum liberi « hominis corpus ex eo, quod dejectum effusumve quid erit, læsum fuerit, *judex* « *computat mercedes medicis præstitas ceteraque impendia, quæ in curatione facta* « *sunt, præterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus* « *est..* », et D. 9, 1, *si quadr. paup. fec. dic.*, L. 3 « Ex hac lege jam non dubi- « tatur etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte si patrem familias aut

est mortelle, il peut aussi se faire indemniser à raison de la perte de travail qui doit résulter de sa mort anticipée(7) et, à son décès, il transmet son droit à ses héritiers(8). Si un enfant sous puissance a été blessé, son père de famille peut agir en son nom(9). Mais il faut refuser toute indemnité pour douleurs ou pour beauté perdue; de pareils dommages échappent à une estimation pécuniaire(10). Quel que soit l'objet du dommage illicite, la preuve de son existence incombe à la partie lésée(11) et, dans l'évaluation des dommages et intérêts, le juge doit avoir égard au dommage concret éprouvé par la partie lésée(12), mais non à un simple intérêt d'affection; cet intérêt étant de nature morale, ne comporte pas une estimation pécuniaire. Telle est l'affection que l'on porte à un animal, ou bien, pour prendre l'exemple romain, l'intérêt qu'un esclave inspire à son maître à raison de sa qualité de concubine ou d'enfant naturel(13).

« filium familias vulneraverit quadrupes : scilicet *ut.. ratio habeatur.. impensa-*
« *rum in curationem factarum et operarum amissarum quasque amissurus quis esset*
« *inutilis factus* ».

(7) La décision contraire conduirait à un résultat étrange : une blessure non mortelle, mais entraînant une incapacité de travail pour le reste de la vie, permettrait de se faire indemniser d'une manière complète à raison de cette incapacité, tandis qu'une blessure mortelle suivie de près de mort ne donnerait lieu à aucune indemnité pour perte de travail, et, dans le cas d'une mort non immédiate, les dommages et intérêts dus au blessé seraient d'autant moins élevés que la blessure paraîtrait devoir amener une mort plus rapide.

(8) Aucune autre personne n'a qualité pour agir en dommages et intérêts du chef de l'homicide.

Plusieurs interprètes accordent l'action Aquilienne aux enfants et à la veuve de la personne tuée (GLÜCK, X, § 702, p. 340-342; l'auteur cite de nombreuses autorités à la note 13); cette opinion est certainement non fondée au point de vue du droit romain. D'autres, par contre, restreignent l'indemnité aux frais de maladie et à la perte de travail subi jusqu'au jour de la mort (cf. VANGEROW, III, § 681, *Anm.* 1, n° II, 4°). Voyez encore VOET, *Pand.*, 9, 2, *ad leg. Aquil.*, n° 11.

(9) D. *h. t.*, L. 5, § 3, L. 6, L. 7, pr.

(10) Arg. D. 9, 3, *de his, qui effud. v. dejec.*, L. 7, vis cicatricium aut deformitatis nulla fit æstimatio, quia liberum corpus nullam recipit æstimationem, et D. 9, 1, *si quadr. paup. fec. dic.*, L. 3.

(11) Arg. D. *h. t.*, L. 45, § 3. Cf. ci-dessus T. III, § 209, V, et note 47.

(12) § 16, III initio.

(13) D. *h. t.*, L 33, pr. « Si servum meum occidisti, non affectiones æstimandas
« esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno

— En second lieu, l'auteur d'un dommage illicite doit payer une peine, et celle-ci se détermine ici d'après un procédé particulier. Elle consiste dans la plus-value que peut avoir présentée la chose endommagée pendant une certaine période antérieure au délit. Cette période varie selon que le dommage tombe sous l'application du premier ou du troisième chapitre de la loi *Aquilia;* le premier chapitre permet de réclamer la plus-valùe de la chose endommagée pendant toute l'année qui a précédé le délit(14); le troisième n'accorde que la plus-value dans le mois antérieur au délit(15). Comme nous l'avons déjà dit, le premier chapitre se rapporte au cas où l'on a tué des esclaves ou des bestiaux(16); ces derniers sont appelés par nos sources *quadrupedes pecudes*(17), quadrupèdes que l'on tient par troupeaux; tels sont les bœufs, les chevaux et les moutons(18). Le troisième chapitre comprend tout autre dommage illicite(19), donc

« emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia « rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi: itaque « eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum « plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum « possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. In lege enim « Aquilia damnum consequimur : et amisisse dicemur, quod aut consequi potui- « mus aut erogare cogimur. » Cf. D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 63, pr., et D. 7, 7, *de oper. servor.*, L. 6, § 2.

Cf. ci-dessus T. I, § 16, III initio.

(14) Gaius, III, 210; I. *h. t.*, pr.; D. *h. t.*, L. 2, pr., L. 21, pr. et § 1 initio.

(15) Gaius, III, 218 initio; I. *h. t.*, § 14 i. f.; D. *h. t.*, L. 27, § 5. Cf. Gaius, III, 218, vis ac ne Plurimi....., I. *h. t.*, § 15, et D. *h. t.*, L. 29, § 8. Le second chapitre de la loi *Aquilia* ne contenait pas une disposition pénale analogue (Gaius, III, 215-216); mais voyez ci-dessus T. III, § 208, note 23.

(16) Gaius, III, 210; I. *h. t.*, pr.; D. *h. t.*, L. 2, pr.

(17) D. *h. t.*, L. 2, pr., vis quadrupedem vel pecudem; la particule *vel* affecte le substantif *pecudem* et l'adjectif *quadrupedem; quadrupedem vel pecudem* équivaut donc à *vel quadrupedem pecudem* (Vangerow, III, § 681, 1ter Text). Beaucoup d'auteurs lisent *quadrupedemve pecudem* (Glück, X, § 703, p. 352-354. — Pernice, cité, no 2, p. 12-13), ce qui conduit au même résultat pratique. On a aussi considéré le mot *quadrupedem* comme substantif, de telle sorte que les termes *quadrupedem vel pecudem* comprendraient : 1° les quadrupèdes, 2° les bestiaux; cette opinion est condamnée par Gaius, III, 210, par Justinien, I. *h. t.*, pr. et § 1, et par le D. *h. t.*, L. 2, § 2, L. 27, § 5 et 6 initio.

(18) I. *h. t.*, § 1; D. *h. t.*, L. 2, § 2, L. 7, § 1, 5 et 7, L. 11, § 3, L. 15, § 1.

(19) Gaius, III, § 217 initio; I. *h. t.*, § 13 initio; D. *h. t.*, L. 27, § 5.

aussi le fait d'endommager l'esclave ou les bestiaux d'autrui ainsi que le fait d'endommager d'une manière quelconque, soit des animaux autres que des bestiaux, soit des choses inanimées (20). Voici une application de la pénalité de la loi *Aquilia*. A un certain moment un cheval a une valeur de 2,000; plus tard il lui survient un défaut qui réduit sa valeur à 1000, et dans l'année suivante il est tué par la faute d'autrui; la peine est de 1000. Si le même cheval, au lieu d'avoir été tué, a été simplement blessé, son propriétaire n'a droit à la peine de 1000 que pour autant que l'animal a été blessé dans le mois après sa dépréciation (21). — En combinant l'effet répersécutoire et l'effet pénal du dommage illicite, on arrive à ce résultat que l'auteur du dommage est tenu de payer la plus haute valeur qu'avait la chose endommagée dans l'année ou dans le mois antérieur au délit (22). La partie lésée obtient cette plus haute valeur par l'action Aquilienne, *actio legis Aquiliæ* (23); celle-ci est donc une action mixte (24). — Eventuellement, l'action Aquilienne est encore pénale à un autre point de vue; le défendeur qui nie faussement le dommage illicite, est condamné au double (25); *lis infitiando crescit in duplum* (26).

(20) Gaius, III, 217; I. *h. t.*, § 13; D. *h. t.*, L. 15, § 1, L. 27, § 5-9, 11-24, 25 initio, 26, 29 initio, et 30-35, L. 30, § 4 i. f. (§ 4, Kriegel), L. 50.

(21) Gaius, III, 214; I. *h. t.*, § 9, vis His autem..... longe pluris; D. *h. t.*, L. 21, § 1, L. 23, § 3-7. Au sujet de l'application de cette pénalité à l'obligation alternative cf. ci-dessus T. I, § 44, notes 30 et 34.

(22) Gaius, III, 210 et 218 initio; I. *h. t.*, pr. et § 14 i. f.; D. *h. t.*, L. 2, pr., L. 27, § 5.

(23) D. *h. t.*, L. 5, § 1 i. f. et 2 initio, L. 11, § 6, 7 et 10, L. 13, § 3, L. 23, § 1 initio, ou par abréviation *actio Aquiliæ* (D. *h. t.*, L. 5, § 2, L. 27, § 19, 24 et 33), quelquefois aussi *damni injuriæ actio* (Gaius, III, 210 initio; I. *h. t.*, pr. initio; D. *h. t.*, L. 29, § 4 initio).

(24) I. 4, 6, *de action.*, § 19, vis Sed et legis Aquiliæ..... divisionem.

(25) Gaius, IV, 9 et 171, III, 216 i. f.; Paul, I, 19, § 1; I. 4, 6, *de action.*, § 19, vis Sed et legis Aquiliæ..... agatur, § 23 initio et 26, vis at illæ..... dantur; D. *h. t.*, L. 2, § 1, L. 23, § 10; C. *h. t.*, L. 4.

(26) Cf. D. *h. t.*, L. 2, § 1.

L'action Aquilienne étant en partie pénale, ne se transmet point aux héritiers de l'auteur du dommage (I. *h. t.*, § 9 i. f.; D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 10, pr. initio); ces héritiers sont seulement soumis à une action *in factum* ordinaire en restitution du profit retiré du délit du *decujus;* c'est cette action et non l'action Aquilienne

2° L'action Aquilienne appartient au propriétaire de la chose endommgée (27) et, comme action utile, à ceux qui ont un droit réel sur cette chose (28) ainsi qu'à l'homme libre blessé par la faute d'autrui (29); le possesseur de bonne foi de la chose endommagée dispose d'une action *in factum* (30); ici comme ailleurs il est assimilé au propriétaire. Le texte de la loi *Aquilia* se bornait à ouvrir l'action au propriétaire (31); mais on l'étendit dans le sens indiqué (32). L'action Aquilienne utile et l'action *in factum* ont la même portée que l'action directe de la loi *Aquilia* (33). Quant à ceux qui se trouvent dans un simple rapport obligatoire relativement à la chose endommagée, l'action Aquilienne ne leur compète pas en nom propre (34).

Le même fait peut donner lieu deux fois à l'action Aquilienne; si un esclave est blessé, on a le droit d'agir en vertu du troisième chapitre de la loi *Aquilia;* s'il meurt plus tard des suites de sa bles-

que vise le D. *h. t.*, L. 23, § 8 i. f. En ce sens MOLITOR, cité, II, n° 937. Contra MAYNZ, II, § 271, et note 43.

(27) D. *h. t.*, L. 11, § 6, 7 et 9, L. 13, pr. i. f., § 2-3, L. 14, L. 15, pr., L. 17, L. 34-36, L. 43. Cf. D. 47, 12, *de sep. viol.*, L. 2.

(28) D. *h. t.*, L. 11, § 10, L. 12, L. 17 (L. 17, pr., Kriegel), L. 30, § 1; D. 7, 1, *de usu fructu*, L. 17, § 3. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 27, § 32.

(29) D. *h. t.*, L. 5, § 3, L. 6, L. 7, pr., L. 13, pr. initio.

(30) D. *h. t.*, L. 11, § 8, L. 17 (L. 17, pr., Kriegel).

(31) D. *h. t.*, L. 2, pr., L. 27, § 5.

(32) Les différentes personnes prémentionnées peuvent même exercer l'action Aquilienne concurremment, chacune dans les limites de son intérêt (D. *h. t.*, L. 19, L. 20, L. 30, § 1), ou bien encore les unes contre les autres (D. *h. t.*, L. 12, L. 17, (L. 17, pr., Kriegel), L. 18-20, L. 38).

(33) Cf. ci-dessus T. III, § 208, note 18.

(34) D. *h. t.*, L. 11, § 9; arg. D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 18, § 5, et D. 18, 6 *de P. et C. R. V.*, L. 13-14 (L. 12-13, Kriegel). Ils sont dépourvus d'intérêt; débiteurs, ils ne sont pas responsables du dommage illicite causé par le tiers (D. *h. t.*, L. 11, § 9; D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 18, § 5); créanciers, ils ont droit à la cession de l'action Aquilienne de la part du débiteur, si celui-ci l'a acquise en qualité de propriétaire (D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 13-14 (L. 12-13, Kriegel); cf. D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 18, § 5).

Si le D. *h. t.*, L. 27, § 14, accorde l'action Aquilienne *in factum* à un fermier, c'est parce que, envisagées comme objets distincts, les semences endommagées par le tiers sont la propriété du fermier. Cf. D. *h. t.*, L. 27, § 32.

Dans le cas où un dommage illicite a été causé par plusieurs, les dommages et intérêts sont dus solidairement, la peine individuellement par chacun des codélin-

sure, une nouvelle poursuite est ouverte sur le fondement du premier chapitre de la loi(35), sauf à tenir compte du produit de la première action(36).

Le dommage illicite réunit aussi parfois les conditions d'un autre délit et notamment de la rapine(37) ou de l'injure(38). Dans ce cas, la partie lésée dispose encore des actions naissant de l'autre délit(39) et peut les cumuler avec l'action Aquilienne en tant qu'elles ont un objet différent(40).

SECTION V. — DE L'INJURE.

I. 4, 4, *de injuriis.* — D. 47, 10, *de injuriis et famosis libellis.* — C. 9, 35, *de injuriis.*

WEBER, *Ueber Injurien und Schmähschriften*, Leipzig, 1820, 4me édition; 1re édition de 1793.

WALTER (F.), *Ueber Ehre und Injurien nach römischem Recht* dans le *Neues Archiv des Criminalrechts* IV, nos 5 et 12, p. 108-140 et 241-308, Halle, 1820.

ZIMMERMANN, *De injuriis ex jure Romanorum*, Berlin, 1835.

MITTERMAIER (C. J. A.), *Weiske's Rechtslexikon* V, p. 863-904, Leipzig, 1844.

IHERING, *Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. u. deutschen Privatrechts* XXIII, no 6, p. 155-338, Iéna, 1885.

§ 211. *Notion et conditions.*

L'injure (*injuria*) est l'acte par lequel on porte méchamment atteinte à la personnalité d'autrui(1). Du moins tel est le sens du mot *injuria* lorsqu'il sert à désigner le délit privé d'injure. Dans une acception beaucoup plus large, on entend par *injuria* un acte illicite quelconque. Cette dernière signification est conforme à l'étymologie (D. *h. t.*, L. 11, § 2 i. f.; ce passage ne concerne que le payement de la peine).

(35) D. *h. t.*, L. 46. — (36) D. *h. t.*, L. 47.

(37) D. 47, 8, *vi bon. rapt.*, L. 2, § 10 et 26.

(38) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 34, pr. initio. Cf. D. 47, 7, *arb. furtim cæs.*, L. 5, § 1. L'homicide de l'esclave d'autrui est même un délit public (I. *h. t.*, § 11).

(39) Textes des notes 37 et 38.

(40) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 34, pr ; D. 47, 10, *de injur.*, L. 15, § 46. Il résulte du premier texte qne l'exercice de l'action Aquilienne éteint l'action d'injures, mais que l'exercice de l'action d'injures n'empêche pas de recourir à l'action Aquilienne en vue d'obtenir le supplément de peine attaché à cette action.

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1, pr., vis Specialiter autem injuria dicitur coutumelia.., I. *h. t.*, pr. initio, et *Collatio* II, 5, § 1 initio et 3.

mologie du mot; *injuria* dérive de *in* négatif et de *jus;* donc *injuria est quod non jure fit*(2); de là l'expression de *damnum injuria datum*(3). Considérée comme un délit privé spécial, l'injure doit réunir les deux caractères suivants :

1° Objectivement elle suppose une atteinte à la personnalité d'autrui(4). D'après cela, les actes par lesquels on se borne à exercer un droit, ne constituent jamais des injures; comme ce sont des actes licites, on ne saurait y voir une attaque contre la personnalité d'autrui(5). De plus, un acte illicite ne forme le délit d'injure que s'il porte atteinte à la personnalité d'autrui; notamment un dommage illicite n'implique pas une injure(6). L'injure n'en a pas moins, en droit romain, une portée des plus larges. Elle comprend avant tout les atteintes à l'honneur ou à la réputation d'une personne(7); cet honneur et cette réputation font éminemment partie de la personnalité(8). Mais en outre on considère comme une injure toute autre

(2) I. *h. t.*, pr. initio; D. *h. t.*, L. 1, pr. initio; *Collatio* II, 5, § 1 initio.

(3) I. 4, 3, *de lege Aquil.*, § 2 initio. Cf. ci-dessus T. III, § 209 initio.

(4) Cf. les textes de la note 1.

(5) D. *h. t.*, L. 13, § 1. « Is, qui jure publico utitur, non videtur injuriæ faciendæ causa hoc facere; juris enim executio non habet injuriam ». Applications : 1° D. *h. t.*, L. 18, pr. « Eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum æquum ob « eam rem condemnari : peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire », 2° D. *h. t.*, L. 13, § 2 et 6, L. 33, cf. L. 13, § 3.

(6) Arg. I. *h. t.*, pr., vis alias culpa..... accipitur, et D. *h. t.*, L. 1, pr., vis Interdum injuriæ..... solemus. Autre application : I. *h. t.*, pr. i. f.; D. *h. t.*, L. 1, pr. i. f., L. 13, § 5 i. f. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 13, § 4 et 5, vis Idem Labeo..... injuuguntur.

(7) D. *h. t.*, L. 15, § 25, 26 et 27 initio; I. *h. t.*, § 1, vis sed etiam si cui convicium factum fuerit, et vis vel si quis..... fieret.

(8) Cette application principale de la notion de l'injure est elle-même très étendue. Il y a injure si on suit assidûment une femme honnête sur la voie publique (Gaius, III, 225 i. f.; I. *h. t.*, § 1 i. f.; D. *h. t.*, L. 15, § 22) ou qu'au même endroit on s'efforce de la séduire (D. *h. t.*, L. 15, § 20, cf. § 15 et 21; voyez encore le D. *h. t.*, L. 1, § 2 i. f., L. 15, § 16-19), si l'on interpelle comme débiteur quelqu'un qu'on sait ne rien devoir (D. *h. t.*, L. 15, § 33. Cf. D. *h. t.*, L. 15, § 32, L. 19, I. *h. t.*, § 1, vis sive cujus... ..... debere, et Gaius, III, 220, vis sive quis..... proscripserit), si l'on plaide comme demandeur ou comme défendeur contre la liberté d'un homme qu'on sait être libre (D. *h. t.*, L. 11, § 9, L. 12, L. 22; C. *h. t.*, L. 9, cf. L. 10), si l'on insulte à un cadavre (D. *h. t.*, L. 1, § 4 et 6, vis Quotiens autem..... dubium non esse), à un convoi funèbre (L. 1, § 6 initio, cit.), à un tombeau (D. *h. t.*,

violation d'un droit, si cette violation revêt un caractère personnel, c'est-à-dire si elle est dirigée principalement contre la personne, soit à raison de la nature du droit dont il s'agit, soit par suite des circonstances qui accompagnent la lésion du droit. Par application de ce principe, porter des coups à quelqu'un(9), attenter à sa pudeur(10), pénétrer malgré lui dans sa maison(11) ou dans son fonds(12), empêcher d'une façon quelconque une personne de disposer de sa chose(13) ou de se servir légitimement d'une chose hors du commerce(14), voilà autant d'injures d'après le point de vue romain(15). — L'injure peut se commettre par des faits matériels (*re*) (16), voies de fait(17) ou autres faits(18), par la parole (*verbis*)(19) ou par l'écriture (*libellis famosis*)(20). Parmi les injures par paroles figurent l'injure proférée à haute voix et dans une réunion par une ou plusieurs personnes, le *convicium*(21), et le

L. 27) ou à la réputation d'une personne décédée (D. *h. t.*, L. 1, § 4 i. f.), etc. (C. *h. t.*, L. 3. Cf. D. *h. t.*, L. 18, pr. — D. *h. t.*, L. 15, § 27, L. 39. — D. *h. t.*, L. 20. — D. 48, 19, *de pœn.*, L. 28, § 7. — D. 2, 8, *qui satisd. cog.*, L. 5, § 1. — D. *h. t.*, L. 15, § 30. — C. 9, 2, *de accus.*, L. 10).

(9) Gaius, III, 220 initio; I. *h. t.*, § 1 initio, D. *h. t.*, L. 1, § 2, cf. L. 15, § 1.

(10) I. *h. t.*, § 1 i. f.; D. *h. t.*, L. 1, § 2 i. f., L. 9, § 4, L. 10. En vertu d'une disposition singulière, celui qui prive une personne de sa raison en lui administrant certains médicaments, commet une injure à son égard (D. *h. t.*, L. 15, pr.).

(11) D. *h. t.*, L. 23; D. 47, 2, *de furt.*, L. 21, § 7.

(12) D. *h. t.*, L. 13, § 7, vis est sæpissime..... prohiberi potest, cbn. avec le surplus du passage, arg. L. 15, § 31, L. 23. Cf. I. 2, 1, *de rer. divis.*, § 12, vis plane qui..... ingrediatur, D. 41, 1, *de A. R. D.*, L. 3, § 1 i. f., et D. 8, 3, *de S. P. R.*, L. 16.

(13) D. *h. t.*, L. 13, § 7, vis aut si quis re mea uti me non permittat : nam et hic injuriarum conveniri potest.., par exemple en l'empêchant de cultiver son fonds, de faire sa récolte (D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 25 i. f.), de vendre sa chose (D. *h. t.*, L. 24), etc. (D. *h. t.*, L. 44).

(14) D. *h. t.*, L. 13, § 7; D. 43, 8, *ne quid in loco publ.*, L. 2, § 9. Cf. D. *h. t.*, L. 14.

(15) Le dépositaire du testament d'autrui commet aussi une injure à l'égard du testateur en divulguant le contenu du testament (D. 16, 3, *depos.*, L. 1, § 38). Voyez ci-dessus T. III, § 142, note 7.

(16) D. *h. t.*, L. 1, § 1 initio. — (17) Textes des notes 9 et 10.

(18) Textes des notes 11 à 14. — (19) D. *h. t.*, L. 1, § 1.

(20) Gaius, III, 220, vis sive quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen scripserit..; I. *h. t.*, § 1, vis vel si quis ..... fieret; D. *h. t.*, L. 15, § 29.

(21) Gaius, III, 220, et I. *h. t.*, § 1, vis sed etiam si cui convicium factum fuerit..; D. *h. t.*, L. 15, § 2-4 et 7-12, L. 42.

fait de chanter des vers injurieux (*carmina famosa*)(22). Nous pouvons être injurié dans notre propre personne ou dans la personne de ceux qui nous touchent de près(23); tels sont nos enfants sous puissance ou nos esclaves(24), notre femme(25), notre fiancée(26) et notre bru(27). Cette injure par intermédiaire suppose que le tiers a eu l'intention de nous injurier(28), donc qu'il a eu connaissance de la qualité de la personne à laquelle il a adressé l'injure, par exemple de sa qualité de fils de famille(29). Mais il est indifférent que le tiers ait ignoré notre qualité de père de famille(30); cette circonstance ne nous empêche pas d'être injurié en fait comme père de famille(31). D'un autre côté, l'injure dont il s'agit n'exige pas que l'intermédiaire lui-même ait été injurié(32); l'absence d'injure dans le chef de l'intermédiaire n'exclut point l'injure faite à nous-même. Mais le plus souvent l'injure atteindra aussi l'intermédiaire(33) et l'auteur de

(22) PLINE, *Hist. natur.* XXVIII, 2, § 10-17. Cf. I. *h. t.*, § 1, vis vel si quis ad infamiam alicujus.. carmen.. ediderit. L'injure peut aussi consister à composer ou à écrire des vers diffamatoires (I. *h. t.*, § 1, vis vel si quis ad infamiam alicujus.. carmen.. scripserit composuerit..). Déjà la loi des Douze tables punissait les *convicia* (table 8me, nº 1; CICÉRON, *de republ.* IV, 10 i. f.; FESTUS, *de verb. signific.*, vº OCCENTASSINT) ainsi que les *carmina famosa* composés (table 8me, nº 1; CICÉRON, *de republ.* IV, 10 i. f., et *Tuscul.* IV, 2; HORACE, *Satyr.* II, 1, v. 82), écrits (table 8me, nº 1; HORACE, *Epist.* II, 1, v. 152; PORPHYRION et ACRON, *ad Horat. satyr.* II, 1, v. 82; ARNOBIUS, *adversus gentes* IV, 34) ou chantés (table 8me, nº 1; PLINE, *Hist. natur.* XXVIII, 2, § 10-17). Plus tard l'édit prétorien s'occupa aussi des *convicia* (D. *h. t.*, L. 15, § 2-4 et 7-12, L. 42).

(23) D. *h. t.*, L. 1, § 3 initio. — (24) D. *h. t.*, L. 1, § 3 i. f.

(25) D. *h. t.*, L. 1, § 3 i. f. Mais voyez le D. *h. t.*, L. 2. « Quod si viro injuria « facta sit, uxor non agit, quia defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus « æquum est ».

(26) D. *h. t.*, L. 15, § 24. Cf. C. 9, 9, *ad leg. Jul. de adult.*, L. 7, pr. (L. 7 initio, Kriegel). — (27) D. *h. t.*, L. 1, § 3 i. f. — (28) PAUL, V, 4, § 3.

(29) D. *h. t.*, L. 18, § 4. — (30) D. *h. t.*, L. 18, § 5 initio, L. 1, § 8.

(31) D. *h. t.*, L. 18, § 5 i. f., L. 26 i. f. — (32) D. *h. t.*, L. 1, § 5, L. 26 initio.

(33) D. *h. t.*, L. 1, § 9, « Idem ait Neratius ex una injuria interdum tribus oriri « injuriarum actionem neque ullius actionem per alium consumi. Ut puta uxori « meæ filiæ familias injuria facta est : et mihi et patri ejus et ipsi injuriarum « actio incipiet competere », L. 18, § 2, L. 41; C. *h. t.*, L. 2. Le D. *h. t.*, L. 1, § 9, et L. 18, § 2, prouve même que l'on peut injurier deux personnes dans le chef d'une autre, à savoir le mari et le père de famille. Chacune de ces injures est indépendante des autres (D. *h. t.*, L. 18, § 2, L. 30, § 1, L. 31).

l'injure sera soumis à plusieurs poursuites concurrentes (34). Enfin, les héritiers d'une personne peuvent être injuriés dans la mémoire de leur auteur; cette injure résultera d'une insulte faite au cadavre (35), au convoi funèbre (36), au tombeau (37) ou à la réputation (38) du défunt; ces insultes rejaillissent sur les héritiers (39).

2° L'élément subjectif de l'injure est l'intention méchante; l'auteur de l'injure doit avoir eu l'intention de nuire à l'injurié (40) ou, comme disent les modernes, l'*animus injuriandi* (41). En conséquence, il n'y a pas d'injure si celui qui a porté atteinte à notre personnalité, était convaincu qu'il avait le droit de faire ce qu'il a fait; sa bonne foi exclut l'injure (42). Il en est de même s'il a agi par plaisanterie (43). Mais l'intention méchante ne doit pas se rapporter à une personne connue; on peut injurier un inconnu (44) et l'erreur sur la personne injuriée est tout aussi indifférente (45).

(34) D. *h. t.*, L. 1, § 9, L. 18, § 2, L. 41; C. *h. t.*, L. 2.

(35) D. *h. t.*, L. 1, § 4 et 6, v^is^ Quotiens autem..... dubium non esse.

(36) L. 1, § 6 initio, cit. — (37) D. *h. t.*, L. 27. — (38) D. *h. t.*, L. 1, § 4 i. f.

(39) L. 1, § 4, cit., v^is^ spectat enim ad existimationem nostram, si qua ei fiat injuria.. ».

Nos sources appellent *atrox* l'injure accompagnée d'une circonstance aggravante (GAIUS, III, 225; PAUL, V, 4, § 10; I. *h. t.*, § 9; D. *h. t.*, L. 7, § 7-8, L. 8, L. 9, pr., § 1-2, L. 17, § 3; C. *h. t.*, L. 4). Elle est frappée d'une peine plus sévère.

Un texte distingue encore l'injure exercée sur le corps de la personne injuriée (*in corpus*) et celle qui se rapporte à la dignité (*ad dignitatem*) ou à l'infamie (*ad infamiam*) (D. *h. t.*, L. 1, § 2). Cette distinction est dépourvue d'intérêt pratique.

(40) Cf. D. *h. t.*, L. 15, § 5-6 et 23, L. 26 i. f., et D. 16, 3, *depos.*, L. 1, § 38.

(41) Cf. D. *h. t.*, L. 3, § 1 i. f., L. 26, L. 44 i. f.

(42) D. *h. t.*, L. 3, § 2, « Itaque pati quis injuriam, etiamsi non sentiat, potest, « facere nemo, nisi qui scit se injuriam facere.. », et § 4, L. 12; I. *h. t.*, § 1, v^is^ sive cujus..... debere; arg. D. *h. t.*, L. 44. Cf. D. *h. t.*, L. 4.

(43) D. *h. t.*, L. 3, § 3, « Quare si quis per jocum percutiat.., injuriarum non tenetur », L. 15, § 23. Voyez pour d'autres applications le D. *h. t.*, L. 15, § 13 et 23.

(44) D. *h. t.*, L. 18, § 3, « Si injuria mihi fiat ab eo, cui sim ignotus,.. prævalet, « quod principale est, injuriam eum mihi facere velle; nam certus ego sum.., et « ideo injuriarum habeo », L. 3, § 2 i. f. Ce principe a été appliqué ci-dessus *ad not.* 30 et 31 à l'injure faite à un père de famille inconnu, dans la personne de son enfant sous puissance.

(45) D. *h. t.*, L. 18, § 3, texte transcrit à la note précédente.

Sur la participation de plusieurs personnes à l'injure voyez les I. *h. t.*, § 11.

§ 212. *Effets de l'injure.*

I. *Historique.* 1° La loi des Douze tables portait en règle générale contre l'injure la peine uniforme et modique de 25 as (environ 2 1/2 fr.) (1). Quelques injures seulement étaient frappées de peines plus sévères. Pour la fracture ou la lésion d'un os on payait 300 ou 150 as, selon qu'il s'agissait d'hommes libres ou d'esclaves(2); pour la rupture d'un membre, on était puni de la peine du talion(3); ceux qui composaient, écrivaient ou chantaient des vers diffamatoires (*carmina famosa*) ou qui proféraient à haute voix des injures devant plusieurs personnes (*convicium*) étaient punis de la mort par les verges(4). Une disposition formelle de la loi des Douze tables permettait de se soustraire à la peine du talion par un arrangement avec la partie lésée(5) et il est probable que le même arrangement était reconnu au sujet de la peine capitale qui atteignait les *carmina famosa* et les *convicia*. Le système décemviral était à la fois draconien pour certaines injures et inefficace pour les autres. Les romains eux-mêmes le tournaient en ridicule. Aulu-Gelle (6) rapporte qu'un nommé Lucius Veratius s'amusait parfois à souffleter les personnes qu'il rencontrait sur la voie publique; un de ses esclaves qui le suivait, remettait 25 as à chaque personne ainsi injuriée.

2° A côté de ce système le préteur en établit un autre, en vertu duquel l'injurié a droit à une réparation pécuniaire proportionnée à l'injure(7). Le principe prétorien supplanta les peines du droit

(1) *Loi des Douze tables*, table 8me, n° 4; GAIUS, III, 223 i. f.

(2) *Loi des Douze tables*, table 8me, n° 3; GAIUS, III, 223 initio. Cf. I. *h. t.*, § 7 initio.

(3) *Loi des Douze tables*, table 8me, n° 2; FESTUS, *de verb. signific.*, v° TALIONIS; AULU-GELLE, *Noctes Atticæ* XX, 1; GAIUS, III, 223 initio; I. *h. t.*, § 7 initio.

(4) CICÉRON, *de republ.* IV, 10 i. f.; AUGUSTIN, *de civitate Dei* II, 12; PORPHYRION, *ad Horat. satyr.* II, 1, v. 154; PAUL, V, 4, § 6.

En ce sens SCHWEPPE, *Röm. Rechtsgeschichte*, § 614 initio, et WALTER, *Geschichte des röm. Rechts* II, § 797, *ad not.* 57. Cf. MAYNZ, II, § 272, et note 3.

(5) table 8me, n° 2; AULU-GELLE, *Noctes atticæ* XX, 1. — (6) *Noctes atticæ* XX, 1.

(7) GAIUS, III, 224 initio; I. *h. t.*, § 7, vis Sed postea..... visum fuerit. Cf. PAUL, V, 4, § 6 initio et 7.

civil; celles-ci étaient déjà tombées en désuétude à l'époque de Gaius(8).

3° D'autre part, une loi *Cornelia* de Sylla(9) frappa d'une peine criminelle certaines injures graves, et notamment celles qui consistaient à frapper ou à pousser quelqu'un ou bien à entrer de vive force dans la maison d'autrui(10). Plus tard la poursuite criminelle fut étendue à une injure quelconque(11). Elle concourt électivement avec la poursuite de la peine privée(12), comme il a été expliqué d'une manière générale à l'occasion des délits privés(13). Nous ne nous occuperons pas davantage de cette poursuite criminelle; dorénavant il ne sera plus question que de la poursuite privée fondée sur le droit prétorien.

II. *Effets de l'injure d'après le droit prétorien.* En vertu du droit prétorien, l'injurié a droit à une réparation pécuniaire proportionnée à l'injure(14). C'est le juge qui fait cette estimation dans chaque cas particulier(15); à la vérité, l'injurié est appelé à faire une estimation préalable; mais celle-ci ne lie pas le juge(16). En procédant à l'évaluation de l'injure, le juge doit tenir compte de sa nature, de la personne de l'injurié et de l'auteur de l'injure ainsi que

(8) Gaius, III, 224 initio; I. *h. t.*, § 7, vis Sed pœna quidem..... abiit.

(9) D. 48, 2, *de accus.*, L. 12, § 4 i. f.

(10) I. *h. t.*, § 8; D. *h. t.*, L. 5, pr., § 1-8; Paul, V, 1, § 8 initio. La loi *Cornelia* ouvrait aussi une action civile d'injures (D. *h. t.*, L. 37, § 1), qui était perpétuelle. Elle s'occupait en outre des écrits injurieux (D. *h. t.*, L. 5, § 9). Cf. D. *h. t.*, L. 5, § 10-11, L. 6.

La poursuite criminelle établie par la loi *Cornelia* avait lieu devant une *quæstio perpetua* (D. 48, 2, *de accus.*, L. 12, § 4 i. f. cbn. avec le surplus du § 4; cf. D. 1, 2, *de orig. jur.*, L. 2, § 32); les peines étaient sévères (Paul, V, 4, § 8).

(11) I. *h. t.*, § 10 initio. Depuis la chute des *quæstiones perpetuæ* à la fin de la période classique, la poursuite avait lieu *extra ordinem* (D. *h. t.*, L. 45 initio); les peines sont demeurées rigoureuses (D. *h. t.*, L. 45, L. 35; D. 47, 11, *de extraord. crim.*, L. 1, § 1; C. 9, 36, *de fam. libell.*, L. 2 (L. un., Kriegel); Paul, V, 4, § 4 et 13-22). Voyez encore le D. 3, 3, *de procur.*, L. 42, § 1, les I. *h. t.*, § 10 i. f., et le C. *h. t.*, L. 11.

(12) I. *h. t.*, § 10 initio; D. *h. t.*, L. 37, § 1. — (13) T. III, § 202, III, 2°.

(14) Gaius, III, 224 initio; I. *h. t.*, § 7, vis Sed postea..... visum fuerit.

(15) Paul, V, 4, § 7.

(16) Gaius, III, 224 initio; I. *h. t.*, § 7, vis Sed postea..... visum fuerit. Cf. D. *h. t.*, L. 11, § 1 initio.

des circonstances dans lesquelles elle s'est produite(17). L'action par laquelle se poursuit la réparation pécuniaire de l'injure, est l'action d'injures, l'*actio injuriarum*(18). C'est une action pénale(19); la somme d'argent dont elle poursuit le payement, constitue uue peine plutôt qu'une indemnité pour le dommage subi; ce dommage étant d'un ordre moral n'admet à proprement parler pas d'estimation pécuniaire. On peut seulement dire que la peine tient lieu de dommages et intérêts(20).

1° L'action d'injures présente cette particularité qu'elle tend à une réparation morale plutôt que pécuniaire; elle poursuit avant tout la réparation de l'affront fait à l'injurié; comme le disent énergiquement les Romains, *vindictam spirat*, elle respire la vengeance(21). C'est pourquoi, à la différence des autres actions pénales, elle est incessible(22) et ne se transmet pas aux héritiers de l'injurié(23); quant à la transmissibilité aux héritiers de l'auteur de l'injure, elle est pareillement exclue; mais cette intransmissibilité est déjà une conséquence du caractère pénal de l'action(24).

2° L'action d'injures s'éteint évidemment par la renonciation de la

(17) I. *h. t.*, § 7, vis Nam secundum gradum....., et 9; Gaius, III, 225; Paul, V, 4, § 10; D. *h. t.*, L. 7, § 7-8, L. 8, L. 9, pr., § 1-2, L. 17, § 3; C. *h. t.*, L. 4. Cf. Gaius, III, 224 i. f., et *Collatio* II, 6, § 1. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 21. « Injuriarum æstimatio non ad id tempus, quo judicatur, sed ad id, quo facta est, « referri debet ».

(18) D. *h. t.*, L. 11, § 1 et 7, L. 15, pr., § 1, 28, 31 et 49. On l'appelle aussi *actio injuriarum æstimatoria* (Maynz, II, § 272 initio); mais cette dénomination est étrangère à nos sources.

(19) Cf. Gaius, IV, 112, et I. 4, 12, *de perpet. et tempor. act.*, § 1, vis Est enim..... injuriarum actione.

(20) Cf. I. *h. t.*, § 7, et les textes cités à la note suivante.

(21) D. 37, 6, *de collat. bon.*, L. 2, § 4; D. *h. t.*, L. 7, § 1, vis at in actione injuria- « rum de ipsa cæde vel veneno ut vindicetur, non ut damnum sarciatur (*scilicet* « *agitur*) ».

(22) Arg. D. *h. t.*, L. 28. « Injuriarum actio in bonis nostris non computatur, « antequam litem contestemur », et arg. des textes cités à la note précédente. Cf. ci-dessus T. I, § 67, II, B, 3°.

(23) Gaius, IV, 112 i. f.; I. 4, 12, *de perpet. et tempor. act.*, § 1, vis excepta injuriarum actione; D. 47, 1, *de priv. del.*, L. 1, § 1 i. f.; D. *h. t.*, L. 13, pr.

(24) Gaius, IV, 112; I. 4, 12, *de perpet. et tempor. act.*, § 1 initio; D. 47, 1, *de priv. del.*, L. 1, pr. initio. Cf. ci-dessus T. III, § 203, 1°.

personne injuriée(25); la réconciliation avec l'auteur de l'injure implique une renonciation tacite à l'action d'injures(26). Celle-ci s'éteint même par la seule dissimulation de l'affront, c'est-à-dire si l'injurié n'a témoigné aucun ressentiment de l'affront au moment où il l'a reçu; on admet une renonciation tacite à l'action d'injures(27). Enfin cette action se prescrit par une année utile, comme la généralité des actions prétoriennes (28).

CHAPITRE IV. — DES QUASI-DÉLITS.

I. 4, 5, *de obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur.*

§ 213. *Notions générales.*

Les quasi-délits du droit romain sont des actes illicites qui, quoique ne réunissant pas les caractères d'un délit, donnent lieu à une peine et à des dommages et intérêts ou bien à l'un de ces effets(1). La définition que nous venons de donner, est vague ; mais il n'est pas possible de préciser davantage la notion dont il s'agit. Nos sources reconnaissent quatre quasi-délits ; commettent un quasi-délit l'hôtelier ou le batelier si, par suite du délit de ses gens ou de cohabitants, un dommage est causé aux effets des voyageurs ou passagers(2), l'habitant d'une maison ou d'un appartement si de l'habitation quelqu'un jette sur la route des choses qui, par leur chute, causent un préjudice à un passant(3), celui qui place un objet du côté de la route dans des conditions telles qu'il est exposé à tomber et à léser les passants (3), enfin le juge qui rend une sentence inique(4). Dans les deux premiers cas, un dommage a été

(25) D. *h. t.*, L. 11, § 1 i. f., L. 17, § 6 i. f.

(26) Arg. D. *h. t.*, L. 11, § 1. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 17, § 6.

(27) I. *h. t.*, § 12; D. *h. t.*, L. 11, § 1, vis Injuriarum actio..... quis venit.

(28) C. *h. t.*, L. 5. L'action d'injures est infamante (I. 4, 16, *de pœna temere litig.*, § 2; D. 3, 2, *de his qui not. inf.*, L. 1 initio; C. 2, 11 (12, Kriegel), *de caus., ex quib. inf. alic. inrog.*, L. 10).

(1) Cf. I. *h. t.*, pr., § 1 et 3, et D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, § 4-5.

(2) I. *h. t.*, § 3. — (3) I. *h. t.*, § 1. — (4) I. *h. t.*, pr.

causé; mais on se refusa à considérer ce dommage comme un délit proprement dit, parce que l'hôtelier, le batelier et l'habitant répondent du délit d'autrui(4a). Dans le troisième cas, l'idée d'un délit fut apparemment écartée à raison de l'absence d'un dommage. Quant au juge qui rend une sentence inique, il ne commet pas un délit, probablement parce que sa sentence n'entraîne pas pour le plaideur succombant la perte matérielle d'une chose(5). Ce qui sépare encore les quasi-délits des délits, c'est que ceux-ci créent toujours une double obligation : celle de subir une peine et celle de payer des dommages et intérêts; le quasi-délit de l'hôtelier et du batelier a seul ce double effet(6); à raison du *dejectum vel effusum*, l'habitant encourt tantôt une peine et des dommages et intérêts, tantôt uniquement une peine ou des dommages et intérêts(7); du chef du *positum vel suspensum*, l'on est frappé d'une simple peine(8) et le juge qui rend une sentence inique, n'est tenu qu'à des dommages et intérêts(9). Il résulte en même temps de ces observations qu'il serait erroné de considérer le quasi-délit du droit romain comme un acte illicite n'obligeant qu'à des dommages et intérêts; la plupart des quasi-délits prémentionnés entraînent une peine; là n'est donc pas la différence entre le délit et le quasi-délit(10). On ne peut pas dire non plus que le délit suppose un dol et le quasi-délit une simple faute. Le dol n'est pas un élément essentiel du délit; le dommage illicite, le plus important des délits du droit romain, résulte d'une simple faute(11). D'autre part, le dol comme la faute peut constituer un quasi-délit; le juge qui se laisse corrompre, ne commet qu'un quasi-délit, nonobstant son dol(12).

Il a été question à un autre endroit du quasi-délit de l'hôtelier et du batelier(13). Nous traiterons des trois autres quasi-délits aux § 214-216.

(4a) I. *h. t.*, § 1 initio; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, § 5-6.

(5) Ces explications se rapprochent de celles de PUCHTA, *Institut.* III, § 277 i. f. MAYNZ, II, § 279 initio, dénie tout fondement rationnel à la distinction romaine des délits et des quasi-délits.

(6) Cf. ci dessus T. III, § 197, I, 2°, avec la note 44, et II. — (7) ci-après § 214.

(8) § 215. — (9) § 216.

(10) Notre droit moderne répute quasi-délit le dommage illicite non prévu par la loi pénale (HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge* I, n° 255).

(11) Cf. ci-dessus T. III, § 209, IV. — (12) § 216.

(13) T. III, § 197, I, 2° i. f., et II.

En appendice à la théorie des délits et des quasi-délits, nous nous occuperons au § 217 de quelques autres faits délictueux et notamment de la responsabilité des maîtres ou commettants et des possesseurs d'animaux.

§ 214. *Du dejectum vel effusum.*

D. 9, 3, *de his, qui effuderint vel dejecerint.*

Si d'une maison l'on jette ou verse sur la route des choses qui causent un dommage à des personnes ou à des choses se trouvant sur la route, l'habitant de la maison ou de la partie de la maison d'où le jet ou le versement a été fait, est obligé en vertu d'un quasi-délit(1). L'habitant est tenu en cette seule qualité ; il est obligé bien que l'auteur du jet ou du versement soit une tierce personne(2). Le préteur lui imposa cette responsabilité à raison de la difficulté de découvrir l'auteur du dommage. Mais il va de soi que l'habitant a un recours contre cet auteur(3). En règle générale, l'habitant doit payer le double des dommages et intérêts(4) ; si un homme libre a été tué, chaque citoyen peut poursuivre le payement d'une peine de 50 solides (750 fr.)(5) ; si un homme libre a subi d'autres lésions corporelles, de simples dommages et intérêts lui sont dus(6) ; dans le cas où il n'agit point, tout citoyen peut réclamer une peine arbitraire(7). L'action ouverte à ces diverses fins s'appelle *actio de effusis et dejectis*(8). Plusieurs habitants qui occupent indivisément la maison ou la partie de la maison d'où le jet ou le versement a eu lieu, sont

(1) I. *h. t.*, § 1 initio ; D. *h. t.*, L. 1, pr., § 1-3, L. 5, § 3, L. 6, pr. et § 1 ; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, § 5 initio. Cf. D. *h. t.*, L. 6, § 3.

(2) I. *h. t.*, § 1 initio ; D. *h. t.*, L. 1, § 4, L. 6, § 2. Le propriétaire de la maison n'est pas tenu comme tel (D. *h. t.*, L. 1, § 4 initio).

(3) D. *h. t.*, L. 5, § 4. Le recours s'exerce par une action *in factum* (même texte).

(4) I. *h. t.*, § 1, vis De eo vero quod..... est actio ; D. *h. t.*, L. 1, pr. initio. Cf. D. *h. t.*, L. 5, § 5 initio.

(5) I. *h. t.*, § 1, vis Ob hominem vero liberum occisum quinquaginta aureorum « pœna constituitur.. » ; D. *h. t.*, L. 1, pr. et § 5. Cf. D. *h. t.*, L. 5, § 5, vis Quæ autem..... contingat.

(6) I. *h. t.*, § 1 i. f. ; D. *h. t.*, L. 1, pr. i. f. et § 6, L. 7. Cf. D. *h. t.*, L. 5, § 5 i. f.

(7) Cf. L. 5, § 5 i. f., cit. — (8) L. 5 cit., § 5 initio.

obligés solidairement(9); mais celui qui paye le tout, libère aussi les autres(10) et jouit d'un recours partiel contre eux(11). Si le jet ou le versement a été fait d'une partie de la maison occupée divisément par une seule personne, l'action ne se donne que contre celle-ci(12).

§ 215. *Du positum vel suspensum.*

D. 9, 3, *de his, qui effuderint vel dejecerint.*

Est obligé en vertu d'un quasi-délit celui qui a posé ou suspendu un objet du côté d'une route de telle sorte qu'il est exposé à tomber et que, par sa chute, un dommage pourrait être causé à des personnes ou à des choses se trouvant sur la route(1). Cette responsabilité frappe celui qui a posé ou suspendu l'objet ou bien qui l'a laissé poser ou suspendre(2); il est obligé indépendamment de tout dommage actuel; il est puni à raison du simple danger d'un dommage(3). Tout citoyen a le droit de réclamer de lui une peine de 10 solides (150 fr.)(4); il est soumis de ce chef à une action populaire *de positis et suspensis*(5).

(9) D. *h. t.*, L. 1, § 10, L. 2, L. 3 initio, L. 5, § 1, vis sed si quis....., et § 2, vis quod si..... Voyez cependant le D. *h. t.*, L. 5, § 1, vis Nam et si quis..... solus tenebitur, et § 2 vis Interdum tamen..... habitent; ce dernier passage modifie le D. *h. t.*, L. 5, § 1, vis sed si quis.....

(10) D. *h. t.*, L. 3 i. f., L. 4 initio.

(11) L. 4 i. f., cit. Le recours s'exerce encore par une action *in factum;* cf. le même texte.

(12) D. *h. t.*, L. 5, pr., cf. L. 1, § 9, L. 5, § 1, vis Si quis..... distribuerit. Voyez encore les I. *h. t.*, § 2, le D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, § 5 i. f., et le D. *h. t.*, L. 1, § 7-8.

(1) I. *h. t.*, § 1, vis Cui similis..... nocere; D. *h. t.*, L. 5, § 6, 7, 9, 11 initio et 12, vis Nam et cum pictor.....; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, § 5, vis Cui similis..... nocere. — (2) D. *h. t.*, L. 5, § 8 et 10. Voyez MÜHLENBRUCH, II, § 450 i. f.

(3) D. *h. t.*, L. 5, § 11 i. f., cf. § 12, vis Si id..... inhabitator.

(4) I. *h. t.*, § 1; D. *h. t.*, L. 5, § 6.

(5) D. *h. t.*, L. 5, § 13 initio, cf. § 13, vis et heredi..... Voyez encore le I. *h. t.*, § 2, et le D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, § 5 i. f.

§ 216. *Du quasi-délit du juge.*

D. 50, 13, *de variis et extraordinariis cognitionibus et si judex litem suam fecisse dicetur.* — C. 7, 49, *de pœna judicis, qui male judicavit.*

Si par dol ou faute lourde le juge rend une sentence inique, il est obligé en vertu d'un quasi-délit(1). Une faute légère est insuffisante; cette dernière responsabilité aurait été ici d'une rigueur excessive; car des fautes légères sont inséparables de l'exercice des fonctions judiciaires(2). L'obligation du juge consiste à réparer le dommage causé par la sentence injuste(3). Les conséquences de cette sentence retombent ainsi sur le juge coupable; c'est comme si le juge s'était condamné lui-même; de là l'expression romaine que le juge, par sa sentence injuste, fait le procès sien; *judex litem suam facit*(4). L'action donnée à cette fin contre le juge est une action *in factum*(5). Comme elle tend à des dommages et intérêts, il est évident qu'elle suppose un dommage causé par la sentence injuste; en conséquence, elle n'est pas ouverte si le jugement n'est pas passé en force de chose jugée(6).

(1) I. *h. t.*, pr.; D. *h. t.*, L. 6; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, § 4.

(2) D. 5, 1, *de judic.*, L. 15, § 1. « Judex tunc litem suam facere intellegitur, « cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur « hoc facere, si evidens arguatur ejus gratia vel inimicitia vel etiam sordes).. »; arg. D. 11, 6, *si mensor fals. mod. dix.*, L. 1, § 1, vis lata culpa plane dolo comparabitur...

Non obstant I. *h. t.*, pr., D. *h. t.*, L. 6, et D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, § 4, vis peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam... Le mot *imprudentia* s'explique par la responsabilité de la faute lourde.

(3) D. 5, 1, *de judic.*, L. 15, § 1, vis ut veram æstimationem litis præstare cogatur; C. 7, 49, *de pœna jud., qui male judic.*, L. 2. Cf. I. *h. t.*, pr. i. f., et D. *h. t.*, L. 6 i. f.

(4) I. *h. t.*, pr. initio; D. *h. t.*, L. 6 initio; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 5, § 4 initio; D. 5, 1, *de judic.*, L. 15, § 1 initio. — (5) D. *h. t.*, L. 6.

(6) Arg. D. 11, 6, *si mensor fals. mod. dix.*, L. 3, § 2-3. Mais la responsabilité du juge semble devoir être étendue à la juridiction volontaire; l'analogie est parfaite et il s'agit d'une responsabilité qui ne présente en réalité aucun caractère pénal.

Citons encore une autre disposition relative à l'exercice arbitraire de la juridiction, quoique cet exercice ne constitue pas un quasi-délit. Si un magistrat

APPENDICE AUX DÉLITS ET AUX QUASI-DÉLITS.

§ 217. *De la responsabilité des maîtres ou commettants et des possesseurs d'animaux.*

WYSS, *Die Haftung für fremde Culpa nach römischem Recht*, Zurich, 1867.

I. *Responsabilité des maîtres ou commettants.* En principe, les maîtres ou commettants ne sont responsables du délit de leurs domestiques ou préposés que si on peut leur reprocher une faute dans le choix du domestique ou du préposé (1). S'ils ont fait choix d'un homme diligent, ils ne sont pas tenus personnellement; car ils sont exempts de toute faute (2). Par dérogation à ces règles, trois catégories de personnes répondent sans distinction du délit de leurs domestiques ou préposés. D'abord, comme il a été expliqué (3), les hôteliers et les bateliers sont, en vertu d'un quasi-délit, responsables au double du dommage causé par le délit de leurs gens ou de cohabitants aux effets des voyageurs ou passagers. Ensuite, les publicains répondent au double du dommage causé par le délit des employés de leur famille (4), à moins de restituer la chose provenant du délit (5), et sans préjudice de la responsabilité de droit commun (6). Enfin,

investi d'une juridiction statue d'après une règle nouvelle et arbitraire, la même règle peut être rétorquée contre lui (D. 2, 2, *quod quisque jur. in al. stat.*, L. 1, pr. et § 1) et contre le plaideur qui en a profité (L, 1, § 1, cit.), soit par le plaideur qui en a souffert (L. 1, § 1, cit.), soit par un tiers (D. *eod.*, L. 3, § 2).

(1) D. 9, 2, *ad. leg. Aquil.*, L. 27, § 9, « Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum « præstare debere, si neglegens in eligendis ministeriis fuit... », et § 11; arg. D. 48, 3, *de cust. et exhib. reor.*, L. 14, pr. Cf. D. 9, 3, *de his, qui effud. v. dejec.*, L. 5, § 10. L'action donnée contre le maître ou le commettant est l'action Aquilienne (D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 27, § 9 et 11).

(2) Arg. D. 9, 3, *de his, qui effud. v. dejec.*, L. 1, pr. i. f., L. 5, § 6 i. f.

(3) T. III, § 197, I, 2° i. f., et II.

(4) D. 39, 4, *de public.*, L. 1, pr., vis Prætor ait ..... dicetur, judicium dabo, et § 5, L. 3, § 1, L. 5, § 1, L. 12, pr. et § 2.

(5) D. *eod.*, L. 1, pr., vis Prætor ait..... dicetur, judicium dabo, et § 4 initio. Ils doivent même exhiber la chose (D. *eod.*, L. 1, pr., vis si id....., L. 12, § 1) et l'employé coupable (D. *eod.*, L. 1, § 6, L. 2, L. 3, pr.), sinon ils répondent purement et simplement du délit.

(6) D. *eod.*, L. 1, § 4, vis Unde quæritur....., L. 3, pr. initio.

le maître d'un esclave répond du délit de celui-ci, sauf la faculté de faire à la partie lésée l'abandon de l'esclave coupable(7). Ce dernier point a besoin de développements. Si un esclave commet un délit privé, le maître en est personnellement tenu ; il doit payer la peine et les dommages et intérêts résultant du délit(8). Le motif de cette responsabilité est le suivant : l'esclave n'ayant pas de patrimoine propre est, tant qu'il est esclave, dans l'impossibilité matérielle de satisfaire aux obligations civiles que le délit crée à sa charge (9); dès lors on s'adresse à son maître comme à une sorte de représentant(10). Toutefois, la responsabilité du maître comporte un tempérament fondé sur l'équité; il peut s'y soustraire en faisant à son adversaire l'abandon de l'esclave coupable, *noxæ dare vel dedere*, *noxæ deditio*(11). Il y a ici une obligation dite facultative; la peine et les dommages et intérêts résultant du délit de l'esclave forment l'objet de la dette; mais le maître a la faculté de se libérer par

(7) I. 4, 8, *de noxalibus actionibus*. — D. 9, 4, *eod.* — C. 3, 41, *eod.*
ZIMMERN, *Das System der römischen Noxalklagen*, Heidelberg, 1818.

(8) GAIUS, IV, 75 initio et 76; I. *h. t.*, pr. initio et § 4 ; D. *h. t.*, L. 1 initio. Il en est de même des faits délictueux analogues au délit privé (D. 4, 4, *de minor.*, L. 24, § 3; D. 43, 1, *de interd.*, L. 5 initio). Cf. MAYNZ, II, § 282, et note 3.

(9) Cf. D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 14 initio.

(10) Il serait erroné de fonder la responsabilité du maître sur l'idée d'une faute de sa part quant au délit de l'esclave. Si tel avait été le point de vue romain, la responsabilité aurait incombé à celui qui avait la qualité de maître au moment du délit et non au maître de l'époque de la poursuite (cf. ci-après *ad not.* 18-20). De plus, on ne comprendrait pas que le maître pût se soustraire au payement de la peine et des dommages et intérêts en faisant l'abandon de l'esclave. Voyez encore le D. 9, 1, *si quadr. paup. fec. dic.*, L. 1, § 16. En ce sens ZIMMERN, cité, § 10-15, et VANGEROW, III, § 689, *Anm.* initio. Contra GLÜCK, X, § 694, et THIBAUT, *Versuche* II, n° 8, p. 194-196.

(11) GAIUS, IV, 75 i. f.; I. *h. t.*, pr. i. f.; D. *h. t.*, L. 1 i. f., L. 4, § 3, L. 5, pr. A proprement parler, on appelle *noxa* l'auteur du délit et *noxia* le délit lui-même (I. *h. t.*, § 1; D. 9, 1, *si quadr. paup. fec. dic.*, L. 1, § 1; D. 50, 16, *de V. S.*, L. 238, § 3). Mais parfois aussi le mot *noxa* désigne le délit (FESTUS, *de verb. signific.*, v° NOXIA; D. *h. t.*, L. 1 initio; D. 19, 2, *de damno inf.*, L. 7, § 1; D. 47, 2, *de furt.*, L. 18 initio; C. 4, 14, *an serv. ex suo facto*, L. 4) et on doit l'entendre de cette manière dans les expressions *noxæ dare* et *noxæ dedere* (FESTUS, v° NOXIA). Pour d'autres significations des mots *noxa* et *noxia* voyez FESTUS, v° NOXIA, et SERVIUS, *in Vergilii Æneidem* I, 41 (édition BRUNS).

l'abandon de l'esclave(12). C'est pourquoi on a appelé noxales (*noxales*) les actions ouvertes contre le maître(13). Ce sont purement et simplement les actions ordinaires naissant du délit de l'esclave : *actio furti*, *condictio furtiva*, *actio vi bonorum rapto rum*, *actio legis Aquiliæ*, *actio injuriarum* (14), etc. (15); seulement, on y ajoute la qualification de *noxalis* pour indiquer que le maître n'étant pas l'auteur du délit, jouit du droit d'abandonner l'esclave coupable(16). En conséquence, les actions noxales sont soumises aux règles propres à l'action ordinaire naissant du délit(17). Mais elles se donnent contre le maître de l'esclave au moment de la poursuite, bienque, lors du délit, l'esclave eût un autre maître; l'action suit ainsi l'esclave coupable entre les mains de tout détenteur; *noxa caput sequitur;* c'est une action *in rem scripta*(18). Cette règle résulte du fondement de la responsabilité du maître; celui-ci est tenu en qualité de représentant de l'esclave; or l'esclave est représenté par la personne qui en est le maître à l'instant de la poursuite. Par maître de l'esclave on doit entendre celui qui en a la possession, qu'il en soit ou non propriétaire(19); car le possesseur seul a la faculté de faire l'abandon noxal(20). L'action noxale se caractérise par la faculté de faire cet abandon; si le défendeur

(12) D. *h. t.*, L. 1 i. f.; D. 42, 1, *de re judic.*, L. 6, § 1; Gaius (IV, 75) et Justinien (I. *h. t.*, pr.) désignent l'obligation du maître par des termes qui ne conviennent qu'à une obligation alternative.

(13) Gaius, IV, 75-77; I., D. et C. *h. t.* — (14) Gaius, IV, 76; I. *h. t.*, § 4.

(15) D. 4, 4, *de minor.*, L. 24, § 3; D. 43, 1, *de interd.*, L. 5 initio.

(16) Cf. D. 9, 3, *de his, qui effud. v. dejec.*, L. 1, pr. i. f.

(17) Cf. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 27, § 1, D. *h. t.*, L. 18, et C. 6, 2, *de furt.*, L. 21, § 1 initio (L. 21 initio, Kriegel).

(18) Gaius, IV, 77; I. *h. t.*, § 5; D. *h. t.*, L. 21, § 2 initio et 3 initio, cbn. avec L. 7, pr., L. 38, § 1.

(19) D. *h. t.*, L. 21, § 2 initio et 3 initio, cbn. avec L. 11, L. 13, L. 19, § 1, L. 21, § 3, L. 22, pr., § 1-2; Paul, II, 31, § 37. Cf. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 27, § 3 i. f.

(20) Est assimilé au possesseur de l'esclave celui qui a cessé de le posséder par dol (D. *h. t.*, L. 12, L. 24, vis De illo..... velit agere, L. 26, pr., § 1-2, L. 39, pr.; D. 47, 2, *de furt.*, L. 42, § 1). Voyez encore le D. 11, 1, *de interrog. in jure fac.*, L. 17.

Si l'esclave appartient à plusieurs, chacun de ses maîtres est sonmis à l'action noxale pour le tout (D. *h. t.*, L. 5, pr., L. 8, L. 17).

abandonne l'esclave au demandeur dans le cours du procès, il est absous(21); dans le cas contraire, il est condamné à la peine et aux dommages et intérêts avec la réserve de l'abandon noxal(22). — L'abandon fait par le propriétaire de l'esclave en transfère la propriété(23); celui fait par un simple possesseur procure la possession *ad usucapionem*(24), alors même que le demandeur sait que le défendeur n'a pas la propriété de l'esclave(25); il n'en est pas moins convaincu qu'il a droit à l'esclave coupable et en ce sens il est de bonne foi(26). Le droit d'abandon noxal suppose que le maître n'a point participé au délit(27) et même qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'empêcher le délit(28); si ayant pu empêcher le délit il s'est abstenu de le faire, il est tenu en nom propre et d'une manière absolue(29).

A l'époque classique, le père de famille avait la même responsabilité quant aux délits commis par ses enfants sous puissance; lui aussi était soumis de ce chef à des actions noxales(30). Mais, déjà avant Justinien, cette application des actions noxales était tombée en désuétude(31).

II. *Responsabilité des possesseurs d'animaux.* Nos sources contiennent à cet égard deux dispositions principales :

(21) D. *h. t.*, L. 21, pr., L. 29.

(22) D. *h. t.*, L. 1 i. f.; D. 42, 1, *de re judic.*, L. 6, § 1. Cf. D. 9, 1, *si quadr. paup. fec. dic.*, L. 1, § 16. Fait avant la poursuite, l'abandon prévient l'action, alors même qu'il consiste en une *derelictio*, sauf, dans le dernier cas, la concession de l'action noxale contre celui qui a cessé de posséder par dol; cf. ci-dessus note 20 initio du présent paragraphe.

(23) I. *h. t.*, § 3; D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 3, § 21.

(24) L. 3, § 21 cit.; D. *h. t.*, L. 28, vis et secundum hæc usu quoque me capturum.. ». — (25) L. 28 cit., vis quamvis sciens alienum possideam.. ».

(26) Cette possession *ad usucapionem* est protégée par une exception de dol contre la revendication du propriétaire de l'esclave, à moins que ce dernier ne paye la *litis æstimatio*. Elle produit aussi l'action Publicienne même contre le propriétaire (D. *h. t.*, L. 28).

(27) Arg. C. *h. t.*, L. 4, pr. (L. 4 initio, Kriegel). Cf. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 169, pr., L. 157, pr.

(28) C. *h. t.*, L. 4, pr. (L. 4 initio, Kriegel); D. *h. t.*, L. 2, pr., L. 3, L. 4, pr., L. 5, § 1; D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 44, § 1, L. 45, pr.

(29) Voyez encore le D. *h. t.*, L. 4, § 2-3, L. 2, § 1.

(30) GAIUS, IV, 75 et 77; PAUL, II, 31, § 9. — (31) I. *h. t.*, § 7.

1° Si, par suite d'un défaut particulier, un animal cause un dommage, le maître est tenu de le réparer, s'il n'aime mieux faire l'abandon de l'animal(32). L'animal étant dépourvu d'intelligence, le dommage qu'il cause ne lui est pas imputable; on appela ce dommage *pauperies, id est damnum sine injuria facientis datum*(33), et l'action ouverte contre le maître prit le nom d'*actio de pauperie*(34). Déjà la loi des Douze tables l'avait accordée contre le possesseur de quadrupèdes(35) et on l'étendit aux animaux bipèdes comme action utile(36). L'action *de pauperie* n'est autre chose qu'une action noxale(37) et sa théorie est la même que celle des actions noxales résultant du délit des esclaves(38). L'analogie est telle que l'action *de pauperie* est seulement ouverte si l'animal a agi sous l'impulsion d'un défaut particulier, *contra naturam sui generis;* il doit avoir commis une espèce de faute; par exemple un cheval a donné un coup de pied, un bœuf un coup de corne, un chien a mordu une personne(39). L'action *de pauperie* n'est pas accordée si l'animal a agi conformément aux habitudes de son espèce. Tel est le cas où l'animal auteur du dommage a été excité par une personne, voire même par un autre animal; on doit alors exercer l'action Aquilienne contre la personne qui a excité l'animal(40)

(32) I. 4, 9, *si quadrupes pauperiem fecisse dicitur.* — D. 9, 1, *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.*

THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts* II, n° 8, « *Ueber den durch ein Thier secundum naturam verursachten Schaden* », Iéna, 1817, 2de édition; 1re édition de 1801.

ZIMMERN, *Das System der römischen Noxalklagen*, spécialement les § 24-34, Heidelberg, 1818.

GESTERDING, *Ueber den Ersatz des Schadens, welchen fremde Thiere stiften* dans la *Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess* IV, n° 11, I, p. 261-288, Giesen, 1831, et dans son *Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien* VI (2), n° IV, p. 135-175, Greifswald, 1838.

(33) I. *h. t.*, pr. i. f.; D. *h. t.*, L. 1, § 3. — (34) I. *h. t.*, § 1 i. f.

(35) Table 8me, n° 6,; I. *h. t.*, pr. initio; D. *h. t.*, L. 1, pr. et § 2.

(36) D. *h. t.*, L. 4. Cf. PAUL, I, 15, § 1, et D. *h. t.*, L. 1, § 5, L. 2, § 1.

(37) I. *h. t.*, pr. initio et i. f.

(38) I. *h. t.*, pr. initio; D. *h. t.*, L. 1, pr., § 10, 12-17, L. 2, pr., L. 3; D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 52, § 3.

(39) I. *h. t.*, pr. initio; D. *h. t.*, L. 1, § 4 initio, 7 initio et i. f. et 9, L. 5.

(40) D. *h. t.*, L. 1, § 6 et 7, vis ideoque si..... damnum dedit.

ou bien poursuivre par l'action *de pauperie* le maître de l'animal qui a excité(41). Ainsi encore l'action *de pauperie* est exclue si un animal, par la faute de son conducteur, a déversé sa charge sur un passant; le conducteur est soumis à l'action Aquilienne(42). L'action *de pauperie* ne se donne pas davantage contre le possesseur de bestiaux qui ont brouté l'herbe ou mangé les fruits du fonds d'autrui; ce fait est conforme à la nature des bestiaux(43). Enfin, le possesseur d'animaux sauvages est à l'abri de l'action *de pauperie* dans le cas où ces animaux ont causé un dommage à autrui, qu'ils se soient ou non échappés; ce dommage résulte encore de la nature de l'animal(44); mais le défaut de surveillance de la part du possesseur des animaux sauvages le soumet à l'action Aquilienne(45). Une autre différence entre les actions noxales ordinaires et l'action *de pauperie* est que celle-ci ne tend jamais qu'à l'obtention de simples dommages et intérêts et non à une peine(46).

2° Si un lion, un ours, un sanglier, un verrat ou un chien cause un dommage sur une route, le maître de ces animaux doit payer le

(41) D. *h. t.*, L. 1, § 8. De même, lorsqu'un animal a causé un dommage à un autre animal, après avoir été excité par ce dernier, l'action *de pauperie* est exclue; mais elle est ouverte si un animal ayant excité un autre animal lèse celui-ci. C'est la singulière décision du D. *h. t.*, L. 1, § 11. « Cum arietes vel boves commisissent « et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut si quidem is perisset qui « adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat, competeret actio.. ».

(42) D. *h. t.*, L. 1, § 4 i. f.

(43) Mais la loi des Douze tables accordait une *actio de pastu* si les bestiaux avaient pénétré dans le fonds d'autrui et y avaient causé un dommage, et la jurisprudence admit aussi une action Aquilienne utilienne dans le cas où les bestiaux avaient causé le dommage sans pénétrer sur le fonds d'autrui, par exemple mes bestiaux, se trouvant sur mon fonds, ont mangé les glands tombés des chênes de l'immeuble voisin (D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 14, § 3; C. 3, 35, *de lege Aquil.*, L. 6). Cf. PAUL, I, 15, § 1.

(44) De plus, si l'animal s'est échappé, il a cessé de nous appartenir; or l'action *de pauperie* se donne exclusivement contre le maître de l'animal auteur du dommage (I. *h. t.*, pr., vis ceterum si..... evasit; D. *h. t.*, L. 1, § 10). Il en est autrement d'un animal sauvage apprivoisé; l'apprivoisement attribue une autre nature à l'animal; *consuetudo est altera natura* (cf. I. *h. t.*, § 1 i. f.). En ce sens VANGEROW, III, § 689, *Anm.*, n° 1. — (45) Arg. D. *h. t.*, L. 1, § 5, L. 2, § 1 i. f.

(46) Cf. I. *h. t.*, pr. initio, et D. *h. t.*, L. 1, pr. Voyez encore VANGEROW, III, § 689, *Anm.*, n° 2.

double des dommages et intérêts, en sa seule qualité, indépendamment d'un défaut de surveillance. Il est du reste tenu d'une manière absolue; il ne jouit pas du droit d'abandon noxal. Cette règle est due à l'édit des édiles curales(47).

CHAPITRE V. — DES OBLIGATIONS LÉGALES.

§ 218. *Aperçu.*

Les obligations légales sont assez nombreuses. La loi oblige parfois de fournir caution(1), de payer des intérêts(2), de prester des aliments(3) ou de constituer une dot(4); on est aussi tenu en vertu de la loi d'accepter une tutelle ou une curatelle régulièrement déférée(5). Mais ces obligations légales se rattachent à d'autres matières. Nous pouvons nous borner à examiner ici la dénonciation d'un nouvel œuvre, la prohibition et l'interdit *quod vi aut clam*, le dommage causé par une chose, les obligations d'exhiber, de faire des funérailles et de déposer en justice ainsi que les pollicitations obligatoires (§ 219-224).

(47) Si un homme libre a été lésé, le juge prononce une peine arbitraire (I. 4, 9, *si quadr. paup. fec. dic.*, § 1, vis Ceterum sciendum..... dupli). Il peut aussi y avoir lieu à l'action *de pauperie* (§ 1 i. f., cit.); cf. note 44 i. f.

(1) Cf. ci-dessus T. II, § 113, I. — (2) Cf. ci-dessus T. I, § 62, I, B.

(3) La loi crée surtout une obligation alimentaire réciproque entre descendants et ascendants (D. 25, 3, *de agnosc. et al. lib. v. parent.*; C. 5, 25, *de al. lib. ac parent.*).

(4) Cette obligation incombe, dans une mesure plus ou moins large, à la femme qui se marie et à ses ascendants (D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 32, § 2 (ci-dessus T. I, § 47, IV, 1°); D. 23, 2, *de ritu nupt.*, L. 19; C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 14). Cf. notre *Cours élémentaire de droit romain* II, § 541.

(5) I. 1, 25, *de excus.*, pr. initio. Cf. notre *Cours élémentaire de droit romain* II, § 624.

§ 219. *De la dénonciation d'un nouvel œuvre.*

D. 39, 1, *de operis novi nuntiatione.* — C. 8, 10, *de ædificiis privatis*, L. 14 (C. 8, 11, *de novi operis nuntiatione*, édition Kriegel).

REINHARDT, *Ausführliche Erläuterung des Pandektentitels de operis novi nuntiatione* (39, 1), Stuttgardt, 1819.

HASSE, *Rheinisches Museum* III, n° 30, p. 579-630, Bonn, 1829.

WIEDERHOLD, *Das interdictum uti possidetis und die novi operis nunciatio*, p. 67-118, Hanau, 1831.

D'HAUTHUILLE, *Revue des revues de droit* II, p. 97-113, Bruxelles, 1839.

STÖLZEL, *Die Lehre von der operis novi nunciatio und dem interdictum quod vi aut clam*, § 1-49, Cassel, 1865.

HESSE, *Das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmen und andere Veränderungen an Grundstücken oder das interdictum quod vi aut clam und die operis novi nuntiatio*, p. 92-166, Leipzig, 1866.

Le même, *Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn* (*Nachbarrecht*) § 73-86, Iéna, 1880, 2de édition; 1re édition de 1861.

BURCKHARD, *Die operis novi nunciatio*, Erlangen, 1871 (continuation du commentaire de GLÜCK, *Serie der Bücher* 39 *und* 40, *Theil* 1).

La dénonciation d'un nouvel œuvre (*operis novi nuntiatio*) est l'acte en vertu duquel une personne lésée par des ouvrages nouveaux relatifs à une bâtisse s'oppose à ceux-ci, avec cet effet que les travaux doivent être provisoirement suspendus (1).

I. *Conditions*. 1° La dénonciation d'un nouvel œuvre suppose avant tout qu'un tiers ait entrepris des ouvrages nouveaux relatifs à une bâtisse (2). Il n'y a pas lieu à cette dénonciation si un tiers fait des travaux étrangers à une bâtisse, par exemple relativement à des plantations (3), ou bien s'il se borne à soutenir des bâtiments déjà existant (4). La dénonciation suppose également que l'ouvrage entrepris par le tiers soit inachevé, sinon elle est sans objet; elle ne saurait plus tendre à la suspension des travaux (5). Mais il est indifférent que le tiers élève une bâtisse nouvelle ou bien change ou

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 1, pr. — (2) D. *h. t.*, L. 1, § 12 initio.
(3) L. 1, § 12 i. f., cit. — (4) L. 1, § 13, cit.
(5) L. 1, § 1, cit.; D. 11, 8, *de mortuo infer.*, L. 3, pr. i. f.

détruise une bâtisse ancienne(6); peu importe aussi que le terrain sur lequel les travaux sont exécutés, soit privé ou public(7), propriété du dénonçant ou du tiers(8), situé en ville ou à la campagne(9).

2° Il faut que le dénonçant soit lésé par l'ouvrage prémentionné(10). Cette lésion existera surtout si le tiers exerce indûment une servitude sur le fonds du dénonçant(11) ou bien s'il trouble le dénonçant dans l'exercice d'une servitude à lui appartenant(12). Mais l'ouvrage entrepris par le tiers peut amener une lésion indépendamment de toute servitude; par exemple la bâtisse du tiers empiète sur notre immeuble(13), le tiers élève sur son fonds un bâtiment qui menace de s'écrouler sur notre héritage(14), il n'observe pas les prescriptions légales concernant les bâtisses(15), il bâtit sur un terrain public(16), etc. (17).

3° Le droit de dénoncer appartient au propriétaire de l'immeuble

(6) D. *h. t.*, L. 1, § 11 et 12 initio. — (7) L. 1 cit., § 14 i. f. et 17 i. f.

(8) D. *h. t.*, L. 5, § 8 et 9 initio, cf. § 10.

(9) D. *h. t.*, L. 1, § 14 initio. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 8, pr.

(10) Cf. D. *h. t.*, L. 1, § 16-17, L. 5, § 9.

(11) D. *h. t.*, L. 5, § 8, « Sed et si in ædes nostras quis immittit.., æquum est « nos operis novi nuntiatione jus nostrum nobis conservare », et § 9 initio.

(12) D. *h. t.*, L. 5, § 9, vis cum quis postea, quam jus suum deminuit, alterius « auxit, hoc est postea, quam servitutem ædibus suis imposuit, contra servi- « tutem fecit »; D. 8, 2, *de S. P. U.*, L. 15 i. f.; D. 8, 5, *si servit. vindic.*, L. 6, § 7. Toutefois, on ne peut recourir à la dénonciation pour un trouble apporté à l'exercice d'une servitude rurale; car le titulaire d'une semblable servitude n'a jamais que le droit de faire certains actes sur le fonds servant et non le droit de s'opposer à des actes du propriétaire de ce fonds (D. *h. t.*, L. 14. « Qui viam habet, « si opus novum nuntiaverit adversus eum, qui in via ædificat, nihil agit : sed « servitutem vindicare non prohibetur »). *Non obstat* D. 43, 25, *de remiss.*, L. un., § 3. « Jus habet opus novum nuntiandi, qui aut dominium aut servitutem habet »; ce passage doit être restreint aux servitudes personnelles ou urbaines. Voyez en ce sens VANGEROW, III, § 676, *Anm.*, n° I, 2°, a, et MAYNZ, II, § 283, note 43 initio.

(13) Cf. D. *h. t.*, L. 5, § 8, vis aut in loco nostro ædificet.., et § 9 initio.

(14) D. *h. t.*, L. 1, § 17 initio.

(15) D. *h. t.*, L. 1, § 17, vis aut si quid contra leges edictave principum, quæ ad « modum ædificiorum facta sunt, fiet.. », L. 5, § 9, vis publicam causam..... tuemur. Voyez encore le D. 11, 8, *de mortuo infer.*, L. 3, pr. « Si propius ædes « tuas quis ædificet sepulchrum, opus novum tu nuntiare poteris.. ».

(16) D. *h. t.*, L. 1, § 17 i. f. — (17) L. 1 cit., § 17 i. f., cf. § 18.

qu'il s'agit de protéger(18), à ceux qui ont sur cet immeuble un droit d'hypothèque(19), d'emphytéose(20) ou de superficie(21) ou bien une servitude personnelle(22), ainsi qu'au possesseur de bonne foi, qui est assimilé au propriétaire(23). Mais on n'est pas autorisé à dénoncer sur le fondement d'un simple rapport obligatoire, par exemple en qualité de fermier(24).

4° La dénonciation doit se faire en présence du nouvel œuvre (*in re præsenti*)(25). Mais elle n'a pas besoin de se faire au propriétaire voisin en personne; on dénonce valablement à une personne de

(18) D. *h. t.*, L. 1, § 19; D. 43, 25, *de remiss.*, L. un., § 3. Si l'immeuble est indivis entre plusieurs, chacun peut, dans son intérêt personnel, dénoncer à un tiers (D. *h. t.*, L. 5, § 6). Mais si l'un des copropriétaires entreprend un nouvel œuvre sur le fonds commun, le droit de dénoncer n'appartient pas à un autre copropriétaire, ni en cette qualité (D. *h. t.*, L. 3, § 1), ni comme propriétaire exclusif d'un autre immeuble qui souffre du nouvel œuvre (L. 3, § 2, cit.). Le motif est le suivant : la dénonciation faite à l'un des copropriétaires opère à l'égard de tous (D. *h. t.*, L. 5, § 5; cf. ci-après la note 30 du présent paragraphe); donc, dans l'espèce, elle agirait contre le dénonçant lui-même, ce qui ne se comprend pas. Le copropriétaire doit recourir à l'action *communi dividundo* ou solliciter un décret du magistrat (D. *h. t.*, L. 3, § 1 i. f. et 2 i. f.).

(19) D. *h. t.*, L. 9; D. 43, 25, *de remiss.*, L. un., § 5.

(20) Arg. D. *h. t.*, L. 3, § 3. — (21) L. 3, § 3, cit.

(22) L'usufruitier ne peut dénoncer en nom propre; il doit dénoncer au nom du nu propriétaire (D. *h. t.*, L. 1, § 20 initio; cf. D. 43, 25, *de remiss.*, L. un., § 4 initio). Il s'ensuit qu'il n'a en aucune façon le droit de dénoncer au nu propriétaire (D. *h. t.*, L. 2; D. 43, 25, *de remiss.*, L. un., § 4, vis Ipsi autem..... debebit). Voyez en ce sens VANGEROW, III, § 676, *Anm.*, n° I, 3° i. f., et MAYNZ, II, § 283, notes 43 et 45. STÖLZEL, cité, § 7, p. 44-49, BURCKHARD, cité, n° 22, et WINDSCHEID, II, § 466, note 5 i. f., accordent à l'usufruitier le droit de dénoncer en nom propre.

La règle relative à l'usufruit doit être étendue par analogie aux autres servitudes personnelles.

Mais il n'est pas permis de dénoncer sur le fondement d'une servitude prédiale. *Non obstat* D. 43, 25, *de remiss.*, L. un., § 3 et 4 i. f.; ces textes signifient seulement que le propriétaire du fonds peut dénoncer à raison d'une servitude qui lui compète; cf. ci-dessus note 12.

(23) En ce sens VANGEROW, III, § 676, *Anm.*, n° I, 3°, BURCKHARD, cité, n° 20, et WINDSCHEID, II, § 466, note 4 initio.

(24) Arg. D. *h. t.*, L. 3, § 3, vis movet, quod quasi inquilinus sum.. ». S'il s'agit d'un ouvrage élevé sur un terrain public, tout citoyen a la faculté de le dénoncer (D. *h. t.*, L. 3, § 4, L. 4). — (25) D. *h. t.*, L. 5, § 2-4 et 16.

sa famille, à l'entrepreneur ou aux ouvriers(26). La dénonciation n'est soumise à aucune forme (27).

II. *Effets.* 1° La dénonciation du nouvel œuvre produit cet effet que les travaux commencés doivent être provisoirement suspendus(28). Cette obligation a un caractère réel du côté du dénoncé; elle incombe au dénoncé et à ses successeurs même particuliers(29); comme le disent nos sources, la dénonciation a lieu *in rem* et non pas simplement *in personam*(30). Mais la dénonciation est purement personnelle au dénonçant; elle s'éteint par son décès et par l'aliénation qu'il fait de son immeuble(31); elle ne passe pas à ses successeurs même universels. Si, au mépris de la dénonciation, le dénoncé ou l'un de ses succeseurs universels ou particuliers poursuit l'ouvrage vis-à-vis du dénonçant, il est soumis à un interdit *de opere restituendo*(32), que les modernes ont appelé *interdictum demolitorium.* L'interdit ainsi acquis se transmet activement(33) et passivement(34) aux héritiers; mais si le dénoncé, après avoir continué les travaux, aliène l'immeuble, l'interdit se donne exclusivement contre lui et non contre l'acquéreur de l'im-

(26) D. *h. t.*, L. 1, § 5, L. 5, § 3, L. 10, L. 11. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 5, § 5 initio. L'on peut aussi dénoncer par un représentant (D. *h. t.*, L. 1, § 3, L. 7, § 1, L. 17, cf. L. 5, § 18, L. 13, pr. et § 1). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 5, pr. et § 1.

(27) Elle peut avoir lieu sans l'intervention de la justice (D. *h. t*, L. 1, § 2; *non obstat* D. *h. t.*, L. 16, L. 19 i. f.). Anciennement elle paraît avoir exigé la présence de témoins (arg. D. 43, 24, *quod vi aut clam*, L. 1, § 7; cf. D. *h. t.*, L. 8, § 1).

Voyez encore le D. *h. t.*, L. 5, § 7, 11-13, et D. 43, 21, *de rivis*, L. 3, § 8.

(28) D. *h. t.*, L. 1, pr. initio, et arg. L. 20, pr., § 1 initio et 4.

(29) D. *h. t.*, L. 8, § 7, « Quod si is cui opus novum nuntiatum erat decesserit « vel ædes alienaverit, non extinguitur operis novi nuntiatio.. », L. 23. Cf. D. 4, 7, *de alien. jud. mut. causa facta*, L. 3, § 3 cbn. avec § 2 et 4.

(30) D. *h. t.*, L. 10 initio, L. 23 i. f. La dénonciation opère aussi contre les copropriétaires du dénoncé (D. *h. t.*, L. 5, § 5 initio).

(31) D. *h. t.*, L. 8, § 6. « Morte ejus qui nuntiavit extinguitur nuntiatio, sicut « alienatione, quia his modis finitur jus prohibendi ».

(32) D. *h. t.*, L. 1, § 7 i. f., L. 8, § 7, L. 20, § 7, L. 22. Il faut en dire autant des copropriétaires du dénoncé, si les travaux sont continués par eux (D. *h. t.*, L. 5, § 5 i. f., L. 18, pr.; cf. ci-dessus note 30). — (33) D. *h. t.*, L. 20, § 6.

(34) du moins sous la forme d'une action *in factum* (D. *h. t.*, L. 20, § 8).

meuble(35). Le but de l'interdit est de faire rétablir l'état de choses primitif (36), aux frais du défendeur(37), sauf que les héritiers, actionnés du chef de leur auteur, doivent simplement souffrir que le demandeur fasse la destruction à ses propres frais(38). Pour réussir à l'interdit, le demandeur a seulement besoin de prouver que les travaux ont été continués malgré la dénonciation; on ne s'enquiert pas du point de savoir si les travaux ont été faits d'une façon légitime(39). Il faut d'ailleurs que la dénonciation du nouvel œuvre réunisse toutes les conditions indiquées ci-dessus sous le n° I, sinon elle est considérée comme non avenue et partant ne peut servir de base à un interdit *demolitorium*(40).

2° La dénonciation du nouvel œuvre impose aussi une obligation au dénonçant. Celui-ci doit, aussitôt après la dénonciation, agir au pétitoire et spécialement exercer l'action négatoire ou l'action confessoire, à l'effet de faire reconnaître son droit de s'opposer à l'ouvrage projeté(41); tel est le sens des lois romaines qui portent que la dénonciation du nouvel œuvre rend le dénoncé possesseur(42). Si le dénonçant agit effectivement au pétitoire et qu'il obtienne gain de cause, le dénoncé sera condamné d'une manière définitive à rétablir l'état de choses antérieur. Si au contraire le dénonçant succombe au pétitoire, la dénonciation du nouvel œuvre perd naturellement son efficacité.

III. *Extinction.* 1° Comme il vient d'être dit, la dénonciation du

(35) Arg. D. *h. t.*, L. 5, § 5, L. 18, pr. Cf. D. 4, 7, *de alien. jud. mut. causa facta*, L. 3, § 3 cbn. avec § 2 et 4. En ce sens STÖLZEL, cité, § 37, WINDSCHEID, II, § 466, note 12 i. f. Contra VANGEROW, III, § 676, *Anm.*, n° II, 2°, b, et BURCKHARD, cité, n° 37, p. 204-208. — (36) D. *h. t.*, L. 1, § 7, L. 20, pr.

(37) D. *h. t.*, L. 22 i. f. — (38) D. *h. t.*, L. 22, cf. L. 20, § 8.

(39) D. *h. t.*, L. 1, pr. initio, L. 20, § 2 i. f. et 3. « Ait prætor : ' quod factum « est, restituas '. Quod factum est, jubet restitui, neque interest, jure factum sit « an non : sive jure factum est sive non jure factum est, interdictum locum « habebit ».

L'interdit *demolitorium* est perpétuel (D. *h. t.*, L. 20, § 6 initio).

(40) Arg. D. *h. t.*, L. 20, pr. i. f. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 1, § 10.

(41) Arg. D. *h. t.*, L. 19 initio.

(42) D. *h. t.*, L. 1, § 6, L. 5, § 10, vis ceterum operis novi nuntiatione possesso- « rem eum faciemus, cui nuntiaverimus.. ». Voyez encore le surplus de ce dernier texte.

nouvel œuvre s'éteint tout d'abord si le dénonçant est débouté au pétitoire.

2° Elle s'éteint également si, en dehors de la poursuite au pétitoire, le dénoncé obtient en justice la main-levée de la dénonciation (*nuntiationis remissio*) (43). Cette main-levée se poursuit par une *cognitio extraordinaria* (44) et elle doit être accordée toutes les fois que l'une des conditions prémentionnées de la dénonciation du nouvel œuvre fait défaut (45). Si la main-levée est accordée, la dénonciation est réputée non avenue; le dénoncé peut achever l'ouvrage sans s'exposer à l'interdit *demolitorium* (46); mais le droit du dénonçant demeure intact et, malgré la main-levée, il lui est loisible d'agir au pétitoire (47). Si, en sens inverse, la main-levée est repoussée, la dénonciation subsiste; mais la décision du magistrat n'affecte pas le droit du dénoncé; celui-ci n'en peut pas moins réussir au pétitoire (48).

3° Lorsque le procès au pétitoire se prolonge au delà de trois mois (49), le dénoncé est autorisé à continuer provisoirement l'ouvrage, en promettant de rétablir l'état de choses antérieur s'il succombe au pétitoire (50); il doit fournir un fidéjusseur en sûreté de cette obligation (51). Le dénoncé dispose alors d'un interdit prohibi-

(43) D. *h. t.*, L. 1, pr. i. f. et § 9, L. 16.

(44) D. *h. t.*, L. 1, § 9, L. 5, § 17 i. f., L. 16, cf. L. 5, § 19.

(45) Arg. D. 43, 25, *de remiss.*, L. un., pr. cbn. avec § 1-5. Dans ces cas, le dénoncé peut se dispenser de demander la main-levée de la dénonciation et repousser éventuellement l'interdit *demolitorium;* cf. le n° II, 1° i. f., du présent paragraphe.

Voyez encore le D. 43, 25, *de remiss.*, L. un., § 2 i. f., et le D. *h. t.*, L. 5, § 18, cf. § 14.

(46) D. 43, 25, *de remiss.*, L. un., pr. i. f. et § 2 i. f.; D. *h. t.*, L. 1, pr. i. f., arg. L. 20, pr.

(47) D. *h. t.*, L. 19 initio, L. 16, L. 8, § 4 i. f.; D. 43, 25, *de remiss.*, L. un., pr. initio.

(48) ou bien continuer la bâtisse moyennant caution; cf. ci-après le n° III, 3°, du présent paragraphe.

(49) Du moins cette condition a été exigée par Justinien (C. 8, 10, *de ædif. priv.*, L. 14 (C. *h. t.*, L. un., Kriegel)). Dans l'ancien droit, il parait que la dénonciation du nouvel œuvre cessait de produire de l'effet aprés l'expiration d'une année et même qu'il n'était pas permis de la renouveler (L. 14 cit., pr. et § 1 (C. *h. t.*, L. un. initio, Kriegel)). — (50) D. *h. t.*, L. 5, § 17, L. 8, § 2 et 4, L. 21, pr.

(51) D. *h. t.*, L. 5, § 17 initio, L. 8, § 2, L. 20, § 1 initio, 9, 10, 12, 13 initio,

toire contre le dénonçant qui le trouble ultérieurement dans la continuation des travaux(52). Mais il continue l'ouvrage à ses risques et périls; il doit le démolir s'il succombe au pétitoire(53).

4° La dénonciation prend encore fin par la renonciation du dénonçant au bénéfice de la dénonciation(54).

et 5° elle s'éteint si le dénonçant décède ou aliène l'immeuble que la dénonciation avait pour but de protéger(55).

§ 220. *De la prohibition et de l'interdit Quod vi aut clam.*

D. 43, 24, *quod vi aut clam.*

Hasse, *Rheinisches Museum* IV, n° 1, Gœttingue, 1833.

Stölzel, *Die Lehre von der operis novi nunciatio und dem interdictum quod vi aut clam*, § 51-69, Cassel, 1865.

Hesse, *Das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmen und andere Veränderungen an Grundstücken oder das interdictum quod vi aut clam und die operis novi nuntiatio*, p. 1-91, Leipzig, 1866.

Le même, *Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn (Nachbarrecht)*, § 88-95, Iéna, 1880, 2de édition; 1re édition de 1859-1861.

I. *De la prohibition et de l'interdit Quod vi.* Si quelqu'un élève sur un fonds un ouvrage quelconque qui nous est nuisible, nous avons le droit de nous opposer aux travaux, avec cet effet qu'ils doivent être provisoirement suspendus.

A) *Conditions.* 1° Le droit d'opposition suppose un ouvrage fait sur le sol (*opus in solo factum*); il n'a pas lieu à raison de simples actes faits sur le fonds, par exemple si des fruits du fonds sont enlevés ou détruits(1). Mais la nature de l'ouvrage élevé sur le fonds

14 et 15; D. 46, 5, *de stipul. præt.*, L. 1, § 6. Une simple promesse suffit s'il s'agit d'un nouvel œuvre élevé sur un terrain public (L. 1, § 6, cit.; D. *h. t.*, L. 8, § 3). Cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 14, et D. *h. t.*, L. 20, § 13.

Voyez encore le D. *h. t.*, L. 12, et le D. 46, 5, *de stipul. præt.*, L. 2, § 1.

(52) D. *h. t.*, L. 20, § 9-16. La caution rend inutile la main-levée de l'opposition; elle constitue elle-même une main-levée (D. 43, 25, *de remiss.*, L. un., § 2 i. f.).

(53) D. *h. t.*, L. 8, § 4 i. f.

(54) D. *h. t.*, L. 1, § 10, à moins qu'il ne s'agisse d'un nouvel œuvre élevé sur un terrain public; dans ce cas, le pacte relatif à la continuation du nouvel œuvre est frappé de nullité (D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 14).

(55) D. *h. t.*, L. 8, § 6. Cf. ci-dessus le n° II, 1° initio, du présent paragraphe.

(1) D. *h. t.*, L. 1, § 4, L. 7, § 5, L. 20, § 4.

est indifférente; l'ouvrage peut être une bâtisse, une plantation, etc.(2). Il en est autrement de la dénonciation d'un nouvel œuvre; celle-ci concerne exclusivement les bâtisses(3).

2° L'ouvrage entrepris doit être nuisible à notre immeuble; la prohibition n'est donc pas admise contre celui qui laboure notre fonds de terre en bon père de famille(4).

3° L'auteur de l'opposition doit y avoir intérêt(5). Mais cet intérêt peut résulter d'un droit réel ou d'un droit de créance; le fermier a qualité pour interdire l'ouvrage(6). Nous constatons ici une nouvelle différence avec la dénonciation du nouvel œuvre, qui n'est jamais admise sur le fondemeut d'un simple rapport obligatoire(7).

4° L'intéressé doit s'être opposé à l'ouvrage(8). Cette opposition peut se faire d'une manière quelconque, par des voies de fait(9) ou par de simples paroles(10). Elle peut se faire à l'auteur de l'ouvrage ou à son représentant(11). Elle ne doit pas non plus se faire en présence de l'ouvrage, autre différence avec la dénonciation du nouvel œuvre(12).

B) *Effets*. L'effet de l'opposition est d'obliger celui à qui elle est faite, de suspendre la construction de l'ouvrage(13). Cette obligation incombe aussi à ses successeurs, même à titre particulier, mais seulement pour autant qu'ils ont connaissance de l'opposition(14); ici encore notre théorie se sépare de celle de la dénonciation du nouvel

(2) D. *h. t.*, L. 7, § 5-6, L. 11, pr., § 3, 4 et 7, L. 22, § 1.

(3) Cf. ci-dessus T. III, § 219, I, 1°. — (4) D. *h. t.*, L. 7, § 7, L. 18, pr.

(5) Cf. D. *h. t.*, L. 11, § 9-13; D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 12.

(6) D. *h. t.*, L. 11, § 14, L. 12, L. 13, pr. et § 3. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 11, § 8.

(7) Cf. ci-dessus § 219, I, 3°. — (8) D. *h. t.*, L. 1, § 5.

(9) D. *h. t.*, L. 20, § 1; D. 39, 1, *de oper. novi nuntiat.*, L. 5, § 10 initio. Parmi ces voies de fait nos sources relèvent le *jactus lapilli* (D. *h. t.*, L. 1, § 6, L. 20, § 1; D. 39, 1, *de oper. novi nuntiat.*, L. 5, § 10 initio; D. 8, 5, *si servit. vindic.*, L. 6, §1 i. f.). — (10) D. *h. t.*, L. 20, § 1.

(11) Arg. D. 39, 1, *de oper. novi nuntiat.*, L. 1, § 5. L'opposition se fait aussi valablement par un représentant (D. *h. t.*, L. 3, pr., L. 17).

(12) Cf. ci-dessus § 219, I, 4°.

(13) D. *h. t.*, L. 1, pr., cf. L. 5, § 8 et 14, L. 13, § 6.

(14) D. *h t.*, L. 20, § 3. Autrement l'imputation de violence, contenue dans l'interdit *Quod vi*, n'est pas justifiée.

œuvre(15). Si l'une des personnes précitées n'en continue pas moins l'ouvrage, elle est passible de l'interdit *Quod vi*(16). Une fois acquis, cet interdit se transmet à tous les successeurs universels ou particuliers de celui qui a continué les travaux(17), sans préjudice du droit de l'exercer encore contre ce dernier lui-même après l'aliénation de son immeuble(18). L'interdit *Quod vi* tend à faire rétablir l'état de choses primitif(19), aux frais du défendeur(20); toutefois, le défendeur qui n'a pas personnellement continué l'ouvrage, doit seulement le laisser détruire aux frais du demandeur(21) et, s'il a aliéné l'immeuble, son obligation se restreint à la restitution des frais de démolition(22). Comme à l'interdit *demolitorium* résultant de la dénonciation d'un nouvel œuvre(23), le demandeur à l'interdit *Quod vi* réussit par cela seul qu'il établit que l'ouvrage a été continué malgré son opposition régulière; la légitimité des travaux n'est pas prise en considération(24). — Pour le surplus, les effets de la prohibition varient sensiblement selon que l'auteur de

(15) Cf. ci-dessus § 219, II, 1° initio. L'opposition profite aux héritiers de l'opposant (D. *h. t.*, L. 13, § 5 i. f.); mais elle s'éteint par l'aliénation de l'immeuble (cf. D. *h. t.*, L. 11, § 9, et ci-dessus § 219, II, 1° initio).

(16) D. *h. t.*, L. 1, pr.; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 73, § 2 initio.

(17) D. *h. t.*, L. 5, § 13, L. 15, § 3, L. 16, § 2, v^is^ qui possidet nec fecit, patien- « tiam tantum debet ».

(18) D. *h. t.*, L. 16, § 2, v^is^ qui fecit, nec possidet, impensam.. debet ». Voyez encore le D. *h. t.*, L. 5, § 14, L. 6, L. 7, pr. et § 1 initio, L. 13, § 7 initio, L. 15, § 1 initio. Cf. ci-dessus § 219, II, 1° i. f. — (19) D. *h. t.*, L. 1, pr., L. 15, § 7.

(20) D. *h. t.*, L. 16, § 2. « In summa qui vi aut clam fecit, si possidet, patien- « tiam et impensam tollendi operis.. debet ».

(21) D. *h. t.*, L. 16, § 2, v^is^ qui possidet nec fecit, patientiam tantum debet ». Voyez encore le D. *h. t.*, L. 7, pr. et § 1, L. 13, § 7, L. 14, L. 15, § 1, et le D. 39, 3, *de aqua et aq. pluv. arc.*, L. 4, § 2 initio.

(22) D. *h. t.*, L. 16, § 2, v^is^ qui fecit nec possidet, impensam.. debet; D. 39, 3, *de aqua et aq. pluv. arc.*, L. 13. Voyez encore le D. *eod.*, L. 4, § 2, v^is^ colonum autem..... cogendum. Cf. ci-dessus § 219, II, 1° i. f.

(23) Ci-dessus § 219, II, 1° i. f.

(24) D. *h. t.*, L. 1, § 2, « Et parvi refert, utrum jus habuerit faciendi, an non : « sive enim jus habuit sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut « clam fecit : tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci », et § 3.

L'interdit *Quod vi* se prescrit par une année à partir de la cessation des travaux (D. *h. t.*, L. 15, § 4, cf. L. 1, pr. et L. 15, § 5-6); cf. ci-dessus § 219, note 39.

l'ouvrage a ou non la possession du fonds sur lequel il a exécuté les travaux. Dans le premier cas, la prohibition ne présente qu'un avantage tout momentané; les travaux doivent être provisoirement suspendus, sinon la démolition peut être exigée par l'interdit *Quod vi*. Mais la prohibition est considérée comme un trouble apporté à la possession de l'auteur de l'ouvrage et celui-ci peut la faire tomber aussitôt en recourant à l'interdit *Uti possidetis*(25). Pour ce motif, on n'a guère d'intérêt à s'opposer à un ouvrage entrepris sur un fonds par le possesseur lui-même; on dénoncera le nouvel œuvre, si on se trouve dans les conditions voulues; après quoi, on agira au pétitoire(26). La prohibition procure au contraire un avantage considérable dans le cas où les travaux sont exécutés par un non-possesseur. Alors celui-ci ne peut faire tomber l'opposition qu'en agissant au pétitoire par la revendication ou bien par les actions négatoire ou confessoire(27); jusque-là la prohibition subsiste(28). Elle présente ici un avantage marqué sur la dénonciation du nouvel œuvre(29).

II. *De l'interdit Quod clam*. Si quelqu'un a élevé sur un fonds un ouvrage quelconque qui nous est nuisible, sans nous en avertir d'une manière précise, alors qu'il s'attendait ou devait s'attendre à notre opposition, il est soumis à l'interdit *Quod clam*(30). Cet inter-

(25) D. 43, 17, *uti possid.*, L. 3, § 2. « Hoc interdictum (*scilicet Uti possidetis*) « sufficit ei, qui ædificare in suo prohibetur : etenim videris mihi possessionis « controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione ».

(26) D. 39, 1, *de oper. novi nuntiat.*, L. 5, § 10, vis At si in suo quid faciat, quod « nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria.. ».

(27) Arg. L. 5, § 10, cit. « Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro « ædificare vel in nostrum inmittere vel projicere vult, melius esse eum per prætorem vel per manum, id est lapilli ictum prohibere quam operis novi nuntiatione : *ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus*... Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, æquissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis uti ».

(28) Voyez cependant le D. *h. t.*, L. 3, § 5.

(29) Cf. ci-dessus § 219, II, 2°. Nous avons suivi ici VANGEROW, III, § 677, *Anm.*, n° III. Cf. WINDSCHEID, II, § 465, 3°, et note 18, où l'on trouve un résumé des opinions multiples qui ont été émises sur l'objet précis de la prohibition et de l'interdit *Quod vi aut clam*.

(30) D. *h. t.*, L. 3, § 7-8, L. 4, L. 5, pr., § 1-6, L. 18, § 1, L. 22, § 5; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 73, § 2 i. f. — (31) Arg. D. *h. t.*, L. 1, pr., L. 5, § 13.

dit est régi par les mêmes règles que l'interdit *Quod vi*(31). L'interdit *Quod vi aut clam* comprend donc deux interdits distincts (32).

§ 221. *Du dommage causé par la chose d'autrui.*

D. 39, 2, *de damno infecto et de suggrundis et projectionibus.*

Hesse, *Die cautio damni infecti*, Leipzig, 1841, 2de édition; 1re édition de 1838.
Le même, *Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn* (*Nachbarrecht*), § 1-19, Iéna, 1880, 2de édition; 1re édition de 1859-1861.
Groh, *Ueber die Kaution wegen zukünftigen Schadens*, Munich, 1854.
Burckhard, *Die cautio damni infecti*, Erlangen, 1875 (continuation du commentaire de Glück, *Serie der Bücher* 39 *und* 40, *Theil* II).

Nous avons parlé précédemment de la réparation du dommage causé par les esclaves ou les animaux d'autrui (1). Nous pouvons aussi éprouver un préjudice par une chose inanimée appartenant à autrui. Dans le cas où le fait dommageable résulte de la faute du propriétaire de la chose, nous avons le droit de réclamer une réparation par l'action Aquilienne(2). Mais, si aucune faute n'est imputable au propriétaire de la chose, de plein droit nous ne disposons d'aucune action en dommages et intérêts (3). Tel est le cas où le bâtiment du voisin nous a causé un dommage en s'écroulant sur notre immeuble(4), ou bien des terres du fonds voisin ont été portées dans notre maison

(31) Voyez encore le D. *h. t.*, L. 11, § 5.
(1) T. III, § 217.
(2) Cf. ci-dessus T. III, § 209, II et IV, et Maynz, II, § 282 initio.
(3) D. *h. t.*, L. 7, § 1. « Hoc edictum prospicit damno nondum facto, cum ceteræ « actiones ad damna, quæ contigerunt, sarcienda pertineant, ut in legis Aquiliæ « actione et aliis. De damno vero facto nihil edicto cavetur : cum enim animalia, « quæ noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxæ ea « dedamus, multo magis ea, quæ anima carent, ultra nos non deberent onerare, « præsertim cum res quidem animales, quæ damnum dederint, ipsæ extent, « ædes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare ».
Dans certains cas, on aurait pu admettre une faute de la part du propriétaire du bâtiment, surtout s'il l'avait laissé tomber en ruine. Mais cette idée ne paraît pas s'être fait jour chez les Romains (D. *h. t.*, L. 6 initio, L. 7, § 1, L. 44, pr. initio).
(4) D. *h. t.*, L. 6 initio.

par la violence des eaux(5), le radeau d'autrui entraîné par le courant du fleuve sur notre immeuble a détérioré celui-ci(6), nous avons été blessé par la tuile tombée du toit d'autrui(7), etc. Nous n'avons pas même le droit d'exiger du tiers l'enlèvement des choses portées sur notre immeuble(8). Nous pouvons seulement exercer un droit de rétention sur ces choses jusqu'à ce que nous ayons été indemnisé(9). Mais ces règles du droit civil romain furent modifiées d'une manière sensible par le préteur : celui-ci rendit, dans certains cas, le propriétaire indirectement responsable du dommage causé par sa chose, en l'obligeant de fournir à l'avance une *cautio damni infecti;* jusqu'à un certain point, il lui imposa même la responsabilité directe de ce dommage, indépendamment d'une caution préalable. Ce système fut surtout consacré pour les bâtiments ruineux. Pour rendre notre exposé plus précis, nous nous attacherons à cette espèce, en nous occupant successivement du cas où le bâtiment menace ruine et du cas où il s'est déjà écroulé; dans la première hypothèse, la responsabilité du voisin est indirecte; dans la seconde, elle est directe. Nous indiquerons ensuite les extensions du système.

I. *Le bâtiment du voisin menace ruine.* A) Si le bâtiment du voisin menace de s'écrouler par suite d'un vice accidentel, tout intéressé a le droit d'exiger du voisin la promesse de réparer éventuellement le dommage qui pourrait résulter de la chute du bâtiment ruineux(10). Cette promesse s'appelle *cautio damni infecti; infecti* vient de *in* négatif et de *factum;* le *damnum infectum* est donc à proprement parler le dommage qui n'a pas été causé; mais ici cette expression

(5) D. *h. t.*, L. 9, § 1 et 2 initio.

(6) D. *h. t.*, L. 9, § 3; D. 47, 9, *de inc. ruina naufr.*, L. 8.

(7) D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 5, § 2, vis aut si tegula ceciderit.. ».

(8) D. *h. t.*, L. 6 i. f.

(9) D. *h. t.*, L. 9, § 3; D. 47, 9, *de inc. ruina naufr.*, L. 8; D. 10, 4, *ad exhib.*, L. 5, § 4. — D. *h. t.*, L. 7, § 2, vis Unde quæritur..... cavere eum debere, L. 6 i. f.

Le tiers qui exerce son droit d'enlèvement, doit d'ailleurs enlever la totalité des choses portées sur notre immeuble, y compris celles qui ne présentent plus d'utilité (D. *h. t.*, L. 7, § 2, vis respondit, si dominus..... auferret; D. 10, 4, *ad exhib.*, L. 5, § 3).

(10) D. *h. t.*, L. 7, pr. initio, L. 19, § 1, L. 24, § 2.

désigne un dommage imminent, un *damnum impendens* (11), un *damnum nondum factum, quod futurum veremur* (12).

1° La condition objective de la *cautio damni infecti* est que le bâtiment du voisin menace de s'écrouler sur notre immeuble par suite d'un vice accidentel. Un vice naturel, notamment celui dérivant de la nature marécageuse du sol, n'est pas pris en considération (13).

2° Le droit de demander la caution appartient à tout intéressé (14), c'est-à-dire à quiconque a intérêt à la conservation de l'immeuble menacé, que ce soit en vertu d'un droit réel (15) ou d'un droit de créance (16). Chaque intéressé peut se faire fournir la caution dans la mesure de son intérêt (17).

3° La caution est due par le propriétaire du bâtiment ruineux (18), par ceux qui ont un droit réel sur ce bâtiment (19) ainsi que par le possesseur de bonne foi (20). Ces différentes personnes sont tenues alternativement, de telle sorte que si l'une d'elles fournit la caution, les autres sont libérées (21).

4° La *cautio damni infecti* est un moyen subsidiaire; il n'est permis de la réclamer qu'à défaut de tout autre moyen de se mettre à l'abri du dommage dont on est menacé. En effet, le but unique de la *cautio damni infecti* est de créer une obligation de réparer éventuellement ce dommage; dès lors, s'il est possible de se protéger autrement, la caution n'a pas de raison d'être (22).

(11) Paul, V, 10, § 1 initio. — (12) D. *h. t.*, L. 2.

(13) D. *h. t.*, L. 24, § 2 i. f. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 13, § 2.

(14) D. *h. t.*, L. 18, pr.

(15) D. *h. t.*, L. 5, § 2, L. 11, L. 13, § 8, L. 39, § 2, cf. L. 18, § 8 et 10.

(16) D. *h. t.*, L. 13, § 5, L. 18, § 7 et 9, L. 38, pr. Le possesseur de bonne foi n'a pas qualité pour réclamer la caution (D. *h. t.*, L. 11 i. f., L. 13, § 9). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 13, § 4. — (17) D. *h. t.*, L. 5, § 2, L. 27 initio. — (18) D. *h. t.*, L. 9, § 4.

(19) D. *h. t.*, L. 9, § 4-5, L. 10, L. 11 initio, L. 15, § 25-27, L. 19, pr., L. 22, pr.

(20) D. *h. t.*, L. 13, pr.

(21) D. *h. t.*, L. 9, § 4-5, cf. L. 10, L. 22, pr. Cependant, plusieurs copropriétaires du bâtiment ruineux sont obligés conjointement, chacun pour sa part et portion (D. *h. t.*, L. 27 i. f.).

(22) D. *h. t.*, L. 32 i. f. Applications : 1° D. *h. t.*, L. 13, § 6, L. 33, L. 34, 2° D. *h. t.*, L. 18, § 2, L. 20, 3° D. *h. t.*, L. 18, § 4, 4° D. *h. t.*, L. 32, cf. L. 39, pr., L. 43, § 1, et 5° D. *h. t.*, L. 18, § 7 et 9, L. 38, pr.
Le droit à la caution cesse encore dans les cas du D. *h. t.*, L. 13, § 7 et 11 i. f.

5° La *cautio damni infecti* consiste dans une promesse, faite par stipulation(23), de réparer le dommage qui pourrait résulter de la chute du bâtiment ruineux(24). Cette promesse ne doit être faite que pour un temps déterminé, qu'au besoin le magistrat fixe eu égard aux circonstances(25). Si le promettant est propriétaire ou possesseur de bonne foi du bâtiment ruineux, une simple promesse suffit(26); s'il n'a qu'un droit réel sur le bâtiment, il doit garantir sa promesse par un fidéjusseur(27).

B) L'effet de la *cautio damni infecti* est d'autoriser le stipulant à poursuivre éventuellement la réparation du dommage prévu par la stipulation. Il faut donc que le bâtiment ruineux se soit écroulé par suite du vice accidentel qui l'entachait; le stipulant ne peut invoquer la stipulation si la chute du bâtiment est due à un cas de force majeure(28) ou bien au fait d'un tiers(29). Il est en outre nécessaire que le bâtiment ruineux se soit écroulé dans le délai fixé par la stipulation(30). Ce délai expiré, la *cautio damni infecti* prend fin de plein droit(31), sauf la possibilité d'en exiger le renouvellement si l'on se trouve dans les conditions requises(32). L'action naissant de la caution est l'*actio ex stipulatu*(33), qu'il s'agisse de poursuivre le promettant ou ses fidéjusseurs; elle tend à la réparation intégrale du préjudice subi par la chute du bâtiment ruineux(34).

C) Si le débiteur de la *cautio damni infecti* ne la fournit pas dans le délai fixé par le magistrat, l'ayant droit à la caution obtient l'envoi en possession du bâtiment ruineux(35). Cet envoi en possession

(23) D. *h. t.*, L. 30, pr. initio, L. 18, § 16. — (24) D. *h. t.*, L. 28 initio.
(25) D. *h. t.*, L. 13, § 15, L. 14. — (26) D. *h. t.*, L. 7, pr. initio, L. 13, pr.
(27) D. *h. t.*, L. 7, pr. initio, L. 9, § 4-5, L. 10, L. 11, L. 15, § 25.
(28) D. *h. t.*, L. 24, § 3 et 5.
(29) D. *h. t.*, L. 24, § 7. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 24, § 6, 8 et 12, L. 25, L. 26.
(30) D. *h. t.*, L. 18, § 11. — (31) D. *h. t.*, L. 4, pr. initio.
(32) D. *h. t.*, L. 4, pr., L. 15, pr. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 15, § 1.
(33) D. *h. t.*, L. 18, § 16.
(34) D. *h. t.*, L. 28, L. 29. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 17, § 4. Cf. D. *h. t.*, L. 38, § 2, L. 39, § 4, L. 40, pr.
L'action se divise activement et passivement entre plusieurs intéressés (D. *h. t.*, L. 40, § 2-3; cf. ci-dessus *ad not.* 17 et note 21).
(35) D. *h. t.*, L. 4, § 1, L. 7, pr., vis Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem

produit les effets ordinaires : d'abord l'interdit *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*, dans le but d'entrer en possession du bâtiment ruineux, de s'y maintenir ou d'y rentrer(36), puis la détention de ce bâtiment après l'entrée, mais non la possession juridique(37), enfin un droit d'hypothèque sur l'édifice(38). Le but de l'envoi en possession est de contraindre l'adversaire à fournir la *cautio damni infecti*. S'il ne la fournit point dans un certain délai, le magistrat, après un examen préalable, accorde un second envoi en possession(39). C'est pourquoi l'on distingue une *missio in possessionem ex primo decreto* et une *missio in possessionem ex secundo decreto*. Le second envoi en possession met fin au différend(40); il fait succéder l'envoyé à tous les droits de son adversaire sur le bâtiment ruineux(41); l'envoyé acquiert donc, d'après les circonstances, la propriété(42) ou la possession de bonne foi(43) du bâtiment ruineux ou bien le droit réel de son adversaire sur l'édifice(44).

II. *Le bâtiment du voisin s'est déjà écroulé*. Si le bâtiment du voisin

« ejus rei, cujus nomine ut caveatur postulabitur, ire.. jubebo.. », L. 15, § 11-14, L. 38, § 1. D'après la loi *Rubria de Gallia cisalpina*, c. 20, il y avait immédiatement lieu à une action *in factum* en dommages et intérêts, comme si la *cautio damni infecti* avait été fournie.

(36) D. 43, 4, *ne vis fiat ei, qui in poss. miss. erit*, L. 1, pr., § 1-3 et 5 initio, L. 4, pr., § 1-2. Cf. D. *h. t.*, L. 7, pr., vis In eum, qui..... cautum fuisset, L. 15, § 36, L. 16, L. 17, § 3. — (37) D. *h. t.*, L. 15, § 20.

(38) D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 26. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 5, § 1, vis Et contra....., L. 7, pr., vis Ejus rei nomine....., L. 15, § 15 et 17 i. f., L. 40, § 4.

(39) D. *h. t.*, L. 4, § 4, L. 7, pr., vis et, cum justa causa esse videbitur, etiam pos« sidere jubebo.. », L. 15, § 21, 31 et 34, vis Proinde si....., cf. L. 4, § 5-6.

(40) D. *h. t.*, L. 15, § 33, L. 19, pr. — (41) D. *h. t.*, L. 15, § 26.

(42) D. *h. t.*, L. 15, § 16, 17 et 23, L. 44, § 1 initio. Dans l'ancien droit romain, cette propriété ainsi conférée par le magistrat ne pouvait être qu'une propriété bonitaire, qui se convertissait en propriété civile par l'usucapion (D. *h. t.*, L. 5, pr., L. 12 i. f., L. 15, § 16, L. 18, § 15 initio; D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 3, § 23 i. f.).

Voyez encore le D. *h. t.*, L. 12, L. 15, § 25, cf. L. 44, § 1.

(43) avec la faculté d'usucaper; c'est à cette hypothèse que doivent être rapportés en droit nouveau les textes du *Corpus juris* qui parlent d'usucapion; voyez la note précédente.

(44) D. *h. t.*, L. 15, § 26, cf. § 27. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 5, § 1, L. 15, § 17 initio et 18, L. 40, § 4.

s'est écroulé avant la prestation de la *cautio damni infecti*, mais que nous ayons été empêché par un juste motif de la réclamer en temps utile, le voisin est tenu de nous donner une caution pour le dommage déjà causé, *cautio de damno præterito*, à moins qu'il ne préfère abandonner le terrain sur lequel s'élevait le bâtiment, avec ses accessoires et les débris écroulés(45).

Ce système n'est pas restreint aux bâtiments défectueux. On suit des règles analogues pour le dommage dont nous sommes menacé ou que nous avons déjà subi par suite du vice, soit des arbres du voisin(46), soit du sol du voisin(47), soit des ouvrages qu'il exécute sur son immeuble(48).

§ 222. *De l'obligation d'exhiber.*

D. 10, 4, *ad exhibendum.* — C. 3, 42, *eod.*

EINERT, *Tractatus de actione ad exhibendum*, Leipzig, 1816.
BÜHLER, *Die actio ad exhibendum*, Leipzig, 1859.
DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das klassische und heutige Recht*, Gratz, 1872.

I. *Notions et conditions.* A) L'obligation d'exhiber a pour objet de se faire représenter une chose ou une personne, de manière à pouvoir en prendre inspection(1). Elle se poursuit en général par

(45) D. *h. t.*, L. 7, § 2, surtout à partir des mots : quod si dominus ædium, L. 8, L. 9, pr. Nous pouvons aussi exiger du voisin, par la voie d'un interdit, qu'il enlève les débris ou délaisse le bâtiment entier (D. *h. t.*, L. 7, § 2 i. f.), sans préjudice de la *cautio de damno præterito* dans le cas où le voisin opte pour l'enlèvement.

Voyez encore 1° le D. *h. t.*, L. 15, § 28, et le D. 43, 4, *ne vis fiat ei, qui in poss. miss. erit*, L. 4, § 3, 2° le D. *h. t.*, L. 44, pr. i. f., L. 15, § 32, 34 et 35, et 3° le D. *h. t.*, L. 4, § 7-10.

(46) D. *h. t.*, L. 24, § 9. — (47) D. *h. t.*, L. 24, § 2, cf. L. 15, § 3, L. 24, pr.

(48) D. *h. t.*, rubrique, L. 7, pr., L. 15, § 3 et 8, L. 19, § 1, L. 24, pr., § 2, 7 et 12, L. 30, L. 31, pr.

Au sujet de quelques règles propres à ces espèces, voyez 1° le D. *h. t.*, L. 20 initio, et le D. 8, 2, *de S. P. U.*, L. 18, 2° le D. *h. t.*, L. 7, pr., vis De eo opere..... satisdari jubebo, L. 15, § 2, 4 et 7, et 3° le D. *h. t.*, L. 7, pr., vis citis, L. 13, § 1, L. 15, § 2 et 6, L. 24, pr., L. 30, § 1.

(1) D. *h. t.*, L. 2, L. 9, § 5; D. 43, 5, *de tab. exhib.*, L. 3, § 8; D. 43, 29, *de hom.*

l'action *ad exhibendum*(2). Ses conditions sont les suivantes :

1° Celui qui prétend à l'exhibition d'une chose ou d'une personne, doit avoir un droit par rapport à elle, sinon rien ne justifie la demande d'exhibition(3). Mais le droit servant de base à l'obligation d'exhiber peut être réel(4) ou de créance(5), voire même être personnel, c'est-à-dire non patrimonial; le mari, le père de famille et le patron ont qualité pour réclamer respectivement l'exhibition de leur femme, de leur enfant sous puissance ou de leur affranchi(6). Il y a plus : en vertu d'une disposition spéciale, tout citoyen peut réclamer l'exhibition d'un homme libre détenu par un tiers(7); d'autres dérogations à la règle concernent l'exhibition de titres; nous en parlerons ci-après *sub litt.* B. Au reste, on n'exige pas la preuve complète du droit à raison duquel l'exhibition est réclamée; il suffit que le droit paraisse fondé(8). En effet, à l'action *ad exhibendum* le juge n'est pas appelé à statuer sur le fondement même du droit du demandeur; ce point doit être débattu dans un procès ultérieur.

2° Il faut qu'en vue de l'exercice du droit prémentionné, on ait intérêt à la représentation de la chose ou de la personne(9). Cet intérêt peut résulter des circonstances les plus diverses. Tantôt il s'agit de s'assurer de l'identité d'une personne ou d'une chose; l'un des esclaves de A a commis un délit à notre préjudice, mais nous ignorons quel est cet esclave; nous intenterons l'action *ad exhibendum* contre A pour qu'il nous représente tous ses esclaves; de cette façon

lib. exhib., L. 3, § 8; D. 50, 16, *de V. S.*, L. 22, L. 246, pr. Voyez cependant ci-après la note 17 du présent paragraphe. — (2) Cf. D. *h. t.*, L. 1, L. 3, § 9.

(3) D. *h. t.*, L. 19, « Ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest. Sed « quidam consuluit, an possit efficere hæc actio, ut rationes adversarii sui exhi- « berentur, quas exhiberi magni ejus interesset. Respondit non oportere jus civile « calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere « convenire. Nam illa ratione etiam studiosum alicujus doctrinæ posse dicere sua « interesse illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos « legisset, doctior et melior futurus esset », L. 3, § 11. — (4) D. *h. t.*, L. 3, § 3-4.

(5) D. *h. t.*, L 3, § 7 initio.

(6) D. 43, 30, *de lib. exhib.*, L. 1, pr. et § 1, L. 2; D. 43, 1, *de interd.*, L. 2, § 1 i. f.

(7) D. *h. t.*, L. 13, cf. L. 12, pr. Voyez le n° II du présent paragraphe.

(8) Cf. D. *h. t.*, L. 3, § 9 et 13. — (9) D. *h. t.*, L. 3, § 9 initio.

nous reconnaîtrons l'esclave coupable et nous recourrons à l'action noxale du chef de celui-là(10). Tantôt le demandeur à l'action *ad exhibendum* se propose d'examiner les qualités de plusieurs choses qui lui sont dues alternativement avec la faculté de choisir, comme dans le cas d'un legs alternatif; cet examen lui permettra de faire son choix en pleine connaissance de cause et il revendiquera ensuite la meilleure des choses(11). Tantôt encore notre chose se trouve combinée avec la chose principale d'un tiers de telle façon qu'il nous est impossible de la revendiquer; par l'action *ad exhibendum* nous exigerons que notre chose nous soit représentée dans son individualité, ce qui suppose sa séparation préalable de la chose principale; cette sépation écartera l'obstacle qui s'opposait à notre revendication(12). L'action *ad exhibendum* sert ainsi à préparer une action quelconque, réelle(13) ou personnelle(14), surtout la revendication(15). Parfois cependant elle devient une action principale et notamment, si l'exhibition n'a pas lieu par suite de la faute du défendeur, celui-ci est condamné à des dommages et intérêts(16); l'action *ad exhibendum* conduit alors au même résultat matériel que l'action qu'elle était appelée à préparer, et rend celle-ci inutile(17).

(10) D. *h. t.*, L. 3, § 7. Voyez encore le D. 43, 5, *de tab. exhib.*, L. 3, § 9.

(11) D. *h. t.*, L. 3, § 6; D. 33, 5, *de opt. v. elect. leg.*, L. 8, § 3. Cf. D. *h. t.*, L. 3, § 10, L. 12, § 2 i. f.

(12) D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 23, § 5, vis Item quæcumque..... vindicentur; D. *h. t.*, L. 6 initio, L. 7, § 1-2. Cf. D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 23, § 5, vis scilicet excepto eo..... necessaria est, et D. *h. t.*, L. 6 i. f., L. 7, pr.

Voyez encore 1° le D. *h. t.*, L. 5, § 3-5, L. 15, et 2° le D. 43, 30, *de lib. exhib.*, L. 3, pr. et § 1.

(13) D. *h. t.*, L. 1, L. 3, § 1, 3, 4 et 6, L. 6 initio, L. 12, § 2.

(14) D. *h. t.*, L. 3, § 5 et 7, L. 12, § 2; D. 43, 30, *de lib. exhib.*, L. 3, pr. et § 1.

(15) D. *h. t.*, L. 1.

(16) D. *h. t.*, L. 3, § 2, L. 5, § 2, L. 7, § 4-6, L. 9, pr., § 1-4, 7-8, L. 10, L. 11, pr.

(17) Il en est de même si l'action *ad exhibendum* fait recouvrer au demandeur la chose en nature, parce que son but réel était de lui permettre d'aller enlever sa chose sur le fonds d'autrui, malgré l'opposition du maître de ce fonds. Par exemple notre radeau a été porté sur l'immeuble d'autrui; comme le propriétaire de l'immeuble n'a pas pour cela la possession ou la détention du radeau, nous ne pouvons revendiquer contre lui; si néanmoins il ne nous permet pas d'aller enlever notre radeau, nous exercerons l'action *ad exhibendum* afin de pouvoir l'enlever (D. *h. t.*, L. 5, § 2-5, L. 9, § 1, L. 15).

3° Une dernière condition de l'obligation d'exhiber est que l'adversaire possède ou détienne la chose ou la personne dont l'exhibition est poursuivie (18); autrement la demande d'exhibition manque d'objet(19). L'obligation d'exhiber a donc un caractère réel; elle est inhérente à la détention de la chose ou de la personne et suit celle-ci entre les mains de tout détenteur; l'action *ad exhibendum* appartient à la catégorie des actions *in rem scriptæ*(20). Au possesseur est assimilé celui qui a cessé de posséder par dol(21).

B) L'obligation d'exhiber a une portée beaucoup plus large par rapport aux titres(22). Outre les cas de droit commun(23), elle a lieu dans les circonstances que voici :

1° Le détenteur d'un titre dressé en vue des intérêts d'une personne déterminée est obligé d'en faire l'exhibition à cette personne(24). Le principe s'applique surtout aux registres des banquiers et changeurs; les clients de ceux-ci peuvent réclamer l'exhibition des registres(25), qu'ils aient un différend avec le banquier ou le changeur ou bien avec un tiers(26). Pour l'intelligence de cette règle, il convient de faire remarquer qu'à Rome les banquiers et changeurs faisaient des comptes de toute nature pour les particuliers qui s'adres-

(18) D. *h. t.*, L. 3, § 15, L. 4, L. 5, pr. et § 1, L. 7, § 1-2, L. 8.

(19) Voyez cependant le D. *h. t.*, L. 5, § 3-5, L. 9, § 1, L. 15 (ci-dessus note 17).

(20) D. *h. t.*, L. 5, pr., L. 8.

(21) D. *h. t.*, L. 5, § 2 i. f., L. 7, § 4-6, L. 9, pr., § 1-4, L. 12, § 3, L. 14; C. *h. t.*, L. 5.

(22) D. 2, 13, *de edendo;* C. 2, 1, *eod.* — MITTERMAIER (M.), *Ueber die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden*, Heidelberg, 1835.

(23) D. 43, 5, *de tab. exhib.*, L. 3, § 5; D. 29, 3, *testam. quemadm. aper.*, L. 3; D. *h. t.*, L. 3, § 14, vis Servus, inquit,..... meum est; C. *h. t.*, L. 6. Voyez encore le D. 2, 13, *de edendo*, L. 9, pr., et le D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 5, L. 8, pr. (ci-dessus T. III, § 162, I i. f.).

(24) D. *h. t.*, L. 3, § 14. « Interdum æquitas exhibitionis efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Julianus tractat. Servus, inquit, uxoris meæ rationes meas conscripsit; hæ rationes a te possidentur : desidero eas exhiberi. Ait Julianus, si quidem mea charta scriptæ sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum : nam cum charta mea sit, et quod scriptum est meum est : sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri : in factum igitur mihi actionem competere ». Cf. C. *h. t.*, L. 7.

(25) D. 2, 13, *de edendo*, L. 4, pr., L. 9, § 2. — (26) D. *eod.*, L. 10, pr.

saient à eux à cette fin(27); leur ministère avait même un certain caractère public(28); il était soumis à des règles juridiques(29). De même le détenteur du testament d'une personne décédée doit le représenter à quiconque est gratifié par le testament(30).

2° En vertu d'une loi non glosée de Justinien, toute personne ayant intérêt à l'exhibition d'un titre peut réclamer cette exhibition, à moins que le détenteur ne jure que la représentation du titre lui ferait éprouver un dommage personnel(31).

3° Quant à l'obligation d'exhiber en justice des titres à son adversaire, elle est plus large encore. A la vérité, nous ne sommes pas tenu en principe d'exhiber des titres à la partie adverse; ce serait nous forcer à lui fournir des armes contre nous-même(32). Cependant, pareille obligation nous incombe non seulement dans les deux cas prémentionnés, mais en outre dans deux autres circonstances. En premier lieu le défendeur peut, au début du procès, exiger du demandeur la production de tous les titres servant de fondement à son action(33). En second lieu, celui qui réclame le payement d'une somme d'argent doit, à la demande du défendeur, produire ses livres de compte, afin de permettre à son adversaire d'établir à l'aide de ces livres les payements qu'il a effectués(34).

(27) D. *eod.*, L. 4, § 1, L. 6, § 3, L. 9, § 2. Cf. POTHIER, *Pand. Justinianeæ*, 2, 13, *de edendo*, n° 14. — (28) D. 2, 13, *de edendo*, L. 10, § 1.

(29) D. *eod.*, L. 12. Voyez encore 1° le D. *eod.*, L. 6, § 2, L. 9, § 3, 2° le D. *eod.*, L. 6, § 8-9, L. 7, et 3° le D. *eod.*, L. 4, § 2-4, L. 6, § 1 et 5, L. 9, § 1 et 4.

(30) D. 43, 5, *de tab. exhib.*, L. 1, pr., § 2-6, 10 et 11, L. 2, L. 3, pr., § 1-4, 7 et 10; C. 8, 7, *eod.*, L. un.; D. *h. t.*, L. 3, § 8. Celui qui a cessé de posséder par dol est également tenu (D. 43, 5, *de tab. exhib.*, L. 3, § 6, L. 4). Voyez encore le D. *eod.*, L. 5.

(31) C. 4, 21, *de fide instrum.*, L. 22. Justinien considère cette obligation d'exhiber comme un corollaire de celle de déposer en justice (L. 22 cit., § 3, (§ 1 i. f., Kriegel)); c'est pourquoi, il admet une exemption en faveur des personnes dispensées de la dernière obligation (L. 22 cit., § 8-9 (§ 4 initio, Kriegel)).

(32) C. 4, 20, *de testib.*, L. 7; C. 2, 1, *de edendo*, L. 4, cf. L. 1.

(33) D. 2, 13, *de edendo*, L. 1, § 3, cf. L. 1, § 5, L. 2.

(34) C. 2, 1, *de edendo*, L. 5, L. 6, L. 8. Ces deux dispositions semblent devoir être étendues par analogie au défendeur; celui-ci peut, au moment où il oppose une exception, être contraint d'exhiber les titres à l'appui de son exception, et s'il s'agit d'une exception portant sur la numération d'une somme d'argent, l'exhibi-

II. *Effets*. Lorsque l'obligation d'exhiber existe en vertu du droit commun, elle se poursuit par l'action *ad exhibendum* (35), alors même qu'il s'agit de titres (36). Mais lorsque l'obligation se fonde sur une disposition exceptionnelle, il y a lieu à des actions spéciales. Tels sont l'interdit *de tabulis exhibendis* pour l'exhibition d'un testament (37) et les interdits *de uxore exhibenda* (38), *de liberis exhibendis* (39), *de liberto exhibendo* (40) et *de homine libero exhibendo* (41); ces interdits se rapportent respectivement à l'exhibition de la femme mariée, des enfants sous puissance, d'un affranchi et d'un homme libre; le dernier appartient comme action populaire à tout citoyen (42). A défaut d'une action spéciale, on dispose d'une action *in factum*, notamment pour l'exhibition des titres autres que le testament (43). Comme nous l'avons déjà fait remarquer, ces diverses actions exhibitoires sont *in rem scriptæ;* c'est une conséquence du caractère réel de l'obligation d'exhiber (44). De plus, ce sont des actions arbitraires (45); l'*arbitrium* du juge porte sur l'exhibition de la chose ou de la personne (46); s'il n'est pas exécuté, le défendeur est condamné

tion de ses livres de compte peut être réclamée par le demandeur. Cf. C. 2, 1, *de edendo*, L. 1, et VANGEROW, III, § 708, *Anm.* initio, et n° II, 1° i. f.

Pour des privilèges du fisc voyez 1° le D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 2, § 2, cf. D. *eod.*, L. 2, § 1, et D. 2, 13, *de edendo*, L. 3, et 2° le D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 45, § 5.

(35) D. *h. t.*, L. 1, L. 3, § 3 et 9.

(36) D. 43, 5, *de tab. exhib.*, L. 3, § 5; D. 29, 3, *testam. quemadm. aper.*, L. 3; D. *h. t.*, L. 3, § 14, vis Servus, inquit.....meum est; C. *h. t.*, L. 6.

(37) D. 43, 5, *de tab. exhib.*, L. 1, pr., L. 3, § 7; D. *h. t.*, L 3, § 8; C. 8, 7, *de tab. exhib.*, L. un.

(38) D. 43, 30, *de lib. exhib.*, L. 2; C. 8, 8, *eod.*, L. 3.

(39) I. 4, 15, *de interd.*, § 1; D. *eod.*, L. 2, § 1 i. f.; D. 43, 30, *de lib. exhib.*, L. 1, pr. et § 1.

(40) GAIUS, IV, 162; I. 4, 15, *de interd.*, § 1; D. 43, 1, *eod.*, L. 2, § 1 i. f.

(41) I. 4, 15, *de interd.*, § 1; D. 43, 1, *eod.*, L. 2, § 1 i. f.; D. 43, 29, *de hom. lib. exhib.*, L. 1-2. — (42) D. *eod.*; L. 3, § 9, cf. § 10-13.

(43) D. *h t.*, L. 3, § 14; C. *h. t.*, L. 7. Cf. D. 2, 13, *de edendo*, L. 6, § 4, L. 13.

(44) n° I, A, 3°, du présent paragraphe. — (45) I. 4, 6, *de action.*, § 31.

(46) § 31 cit.; I. 4, 17, *de off. jud.*, § 3. Voyez encore 1° le D. *h. t.*, L. 9, § 5-7, L. 17, le D. 2, 13, *de edendo*, L. 6, § 6-7, L. 10, § 2, le D. 43, 5, *de tab. exhib.*, L. 3, § 8-9, et le C. *h. t.*, L. 7, 2° le D. *h. t.*, L. 11, § 1, et 3° le D. 2, 13, *de edendo*, L. 4, § 5, L. 5, L. 6, pr. Dans le cas de la note 17, l'*arbitrium* a pour objet l'enlèvement d'une chose de la part du demandeur.

à des dommages et intérêts(47) et, dans le cas où l'inexécution est due au dol ou à la faute lourde du défendeur, le demandeur est admis au serment *in litem*(48). Quant au caractère préparatoire des actions exhibitoires, il a été expliqué précédemment(49).

§ 223. *De l'obligation de faire des funérailles.*

D. 11, 7, *de religiosis et sumptibus funerum et ut funus ducere liceat.*
C. 3, 44, *de religiosis et sumptibus funerum.*

I. *Conditions.* 1° L'obligation de faire les funérailles d'une personne décédée incombe avant tout à celui à qui elle a été imposée par le *decujus*(1), pourvu qu'elle l'ait été d'une manière régulière; par exemple le testateur a chargé des funérailles un légataire, qui a accepté son legs(2).

2° A défaut de disposition spéciale de la part du *decujus*, les funérailles doivent être faites par les héritiers(3), en proportion de leurs parts héréditaires respectives; comme le disent nos sources, chacun doit supporter ses funérailles avec son propre patrimoine(4). Toutefois, s'il s'agit d'une femme mariée et dotée, celui qui profite de sa dot, doit contribuer aux funérailles(5) conjointement avec les héritiers de la femme, eu égard au montant respectif de la dot et de la succession(6); car il est juste que la dot de la femme supporte ses funérailles à côté de son hérédité(7). Par voie de conséquence, si la succession est insolvable, celui qui profite de la dot supporte la charge entière des funérailles(8). A défaut d'une succession solvable

(47) I. 4, 6, *de action.*, § 31 initio ; I. 4, 17, *de off. jud.*, § 3 i. f. ; D. *h. t.*, L. 9, § 8, L. 10, L. 11, pr. ; D. 2, 13, *de edendo*, L. 6, § 4, L. 8, L. 10, § 3 ; D. 43, 5, *de tab. exhib.*, L. 3, § 11-15. — (48) D. *h. t.*, L. 3, § 2 ; C. *h. t.*, L. 4.

(49) n° I, A, 2°, du présent paragraphe. Voyez encore le D. 2, 13, *de edendo*, L. 13, et le D. 43, 5, *de tab. exhib.*, L. 3, § 16 (§ 16-17, Kriegel).

(1) D. *h. t.*, L. 12, § 4 initio.

(2) D. *h. t.*, L. 12, § 4 initio, L. 14, § 2, cf. § 14.

(3) D. *h. t.*, L. 12, § 4 i. f., L. 14, § 17, L. 15; cf. C. *h. t.*, L. 3.

(4) D. *h. t.*, L. 14, § 13, vis de suo enim expedit mortuos funerari.., et § 1.

(5) D. *h. t.*, L. 16, L. 20, pr., L. 27, § 1, cf. L. 29, pr., L. 32, § 1.

(6) D. *h. t.*, L. 22-27, pr., L. 30, § 1. — (7) Cf. D. *h. t.*, L. 18-19.

(8) D. *h. t.*, L. 20, § 2. Voyez encore 1° le D. *h. t.*, L. 17, L. 20, § 1 initio, L. 29, § 1, L. 30, pr., et 2° le D. *h. t.*, L. 27, § 2.

et d'une dot, les funérailles incombent au père de famille(9) et, dans le cas où ce dernier aussi fait défaut ou bien est insolvable, c'est le mari qui doit pourvoir aux funérailles(10).

II. *Effets*. Les frais des funérailles doivent être proportionnés à la fortune et à la condition de la personne décédée(11). L'accomplissement des funérailles est protégé par les interdits *de mortuo inferendo*(12) et *de sepulcro ædificando*(13). Si quelqu'un procède aux funérailles sans y être obligé, il dispose contre le véritable obligé de l'action contraire de gestion d'affaires ou de l'*actio funeraria*, conformément à des explications antérieures(14).

§ 223bis. *De l'obligation de déposer en justice.*

D. 22, 5, *de testibus*. — C. 4, 20, *eod.*

I. Le droit classique ne reconnaissait une obligation de déposer en justice que dans les causes criminelles(1); Justinien l'étendit aux procès civils(2). Cependant :

A) Sont dispensés de l'obligation de déposer en justice :

1° les parents des parties aux six premiers degrés(3) et les parents du septième degré si ce sont des descendants au quatrième degré de l'auteur commun (*sobrini a sobrino nati*)(4),

2° les alliés des parties en ligne directe(5),

(9) D. *h. t.*, L. 20, § 1 i. f., L. 21, L. 31, pr., cf. L. 28 initio.

(10) D. *h. t.*, L. 28 i. f., voyez encore L. 31, § 1.

(11) D. *h. t.*, L. 12, § 5, L. 21. Voyez encore 1° le D. *h. t.*, L. 12, § 6, L. 13, L. 14, pr., § 1-2, et 2° le D. *h. t.*, L. 28, vis in quantum facere potest.

(12) D. 11, 8, *de mortuo infer. et sep. ædific.*, L. 1, pr., § 1-4; D. *h. t.*, L. 43. Cf. D. *h. t.*, L. 8, § 5, L. 9, L. 10.

(13) D. 11, 8, *de mortuo infer. et sep. ædific.*, L. 1, § 5-10.

Voyez encore 1° le D. *h. t.*, L. 38, et le D. 47, 12, *de sep. viol.*, L. 3, § 4, et 2° le C. 9, 19, *eod.*, L. 6, et Nov. 60, c. 1.

(14) T. III, § 192 i. f.

(1) Arg. C. *h. t.*, L. 16, pr. initio, L. 19, pr. initio (L. 19 initio, Kriegel), et D. *h. t.*, L. 4, L. 21, § 1, cf. L. 1, § 1.

(2) C. *h. t.*, L. 16, pr. initio, L. 19, pr. initio (L. 19 initio, Kriegel).

(3) D. *h. t.*, L. 4, voyez encore L. 21, § 1.

(4) L. 4 cit. Cf. PAUL, V, 15, § 2, et D. 38, 10, *de gradib.*, L. 10, pr. i. f.

(5) D. *h. t.*, L. 4 initio; D. 50, 16, *de V. S.*, L. 136, L. 146. Cf. PAUL, V, 15, § 2, et D. 38, 10, *de gradib.*, L. 10, pr. i. f.

3° leur époux(6) ou fiancé(7),

4° leur patron ou affranchi(8),

et 5° les personnes qui, comme les avocats, sont tenues au secret à raison de leur profession, du moins s'il s'agit de faits relatifs à leur profession(9).

B) D'un autre côté sont incapables de déposer enjustice, de telle sorte qu'ils ne peuvent pas même être admis s'ils se présentent volontairement :

1° les père et mère(10), les enfants(10) et les affranchis(11) des parties; la déposition de ces personnes n'inspire pas une confiance suffisante(12),

2° les mineurs âgés de moins de vingt ans(13),

et 3° les personnes frappées d'infamie à l'un des trois degrés (*infamia, vitæ turpitudo, levis nota*)(14).

Le juge ne peut entendre ces personnes qu'à titre de simple renseignement(15).

(6) Arg. D. *h. t.*, L. 4, L. 5. — (7) D. *h. t.*, L. 5.

(8) D. *h. t.*, L. 4 i. f.; C. *h. t.*, L. 12. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 4, vis item ne « liberto ipsius, liberorum ejus, parentium, viri uxoris, item patroni patronæ.., cbn. avec l'initium de la loi 4.

(9) D. *h. t.*, L. 25. « Mandatis cavetur, ut præsides attendant, ne patroni in « causa cui patrocinium præstiterunt testimonium dicant. Quod et in exsecutori- « bus negotiorum observandum est ». Les derniers mots de la loi paraissent viser les administrateurs des biens d'autrui, mandataires, tuteurs, curateurs, etc.

Ces exemptions sont seulement mentionnées par nos sources au point de vue des procès criminels, parce que, avant Justinien, l'obligation de déposer en justice se limitait à ces procès. Mais, en droit nouveau, elles s'étendent aux procès civils, comme cette obligation elle-même.

Voyez encore 1° le D. *h. t.*, L. 19, pr., et 2° le D. *h. t.*, L. 3, § 6, L. 8.

(10) Paul, V, 15, § 3; D. *h. t.*, L. 9; C. *h. t.*, L. 6.

(11) Paul, V, 15, § 3; C. *h. t.*, L. 12. Cf. D. *h. t.*, L. 3, § 5 initio.

(12) Cf. C. *h. t.*, L. 3, et D. *h. t.*, L. 6, L. 24.

(13) D. *h. t.*, L. 3, § 5 initio, L. 19, § 1, L. 20.

(14) Nov. 90, c. 1, pr. Tel paraît être le sens de cette constitution de Justinien. D'après le droit antérieur l'incapacité atteignait au moins les condamnés au criminel (D. *h. t.*, L. 3, § 5 initio, L. 15, pr., L. 21, pr.; D. 47, 10, *de injur.*, L. 5, § 9-10) et quelques autres personnes réputées infâmes ou suspectes (D. 1, 9, *de senator.*, L. 2; D. *h. t.*, L. 13, L. 20). Cf. D. *h. t.*, L. 2.

(15) Arg. D. *h. t.*, L. 21, § 2. Cf. D. *h. t.*, L. 2, et Nov. 90, c. 1, pr.

Les témoins produits par un plaideur peuvent encore être récusés par son

II. Les témoins sont cités par la partie qui veut les faire entendre(16). Ils déposent en personne devant le juge(17), après avoir prêté serment(18). La partie qui les a cités, est tenue de les indemniser(19).

§ 224. *Des pollicitations obligatoires.*

D. 50, 12, *de pollicitationibus.*

HERMANN, *De pollicitationibus*, Augsbourg, 1857.

I. En général, une simple pollicitation ou promesse unilatérale n'oblige pas le promettant(1); celui-ci est seulement obligé si sa promesse a été acceptée par celui à qui elle a été faite et qu'une convention se soit ainsi formée entre parties(2). Par exception à cette règle, certaines pollicitations sont obligatoires par elles-mêmes; la loi y attache une obligation :

1° Telle est d'abord la pollicitation faite à l'État ou à une commune(3); c'est une faveur personnelle. Mais, pour être valable, la pollicitation doit avoir une cause légitime(4), par exemple, le pollicitant a été élevé ou compte être élevé à une fonction publique(5), un bâtiment public a été détruit par un accident(6). Toutefois, une pol-

adversaire pour cause d'inimitié (C. *h. t.*, L. 17, pr. (L. 17 initio, Kriegel)); il est aussi admis à prouver que les témoins ont été corrompus (L. 17 cit., § 1 (L. 17 i. f., Kriegel)).

(16) Arg. C. *h. t.*, L. 11, pr. i. f., L. 19, pr. initio (L. 11, L. 19 initio, Kriegel).

(17) D. *h. t.*, L. 3, § 3 et 4 initio. Voyez toutefois le C. *h. t.*, L. 16, § 1 (L. 16, Kriegel). — (18) C. *h. t.*, L. 9 initio (L. 9, pr. initio, Kriegel).

(19) C. *h. t.*, L. 11, pr., L. 16, § 2 (L. 11, L. 16, § 1, Kriegel).

(1) PAUL, V, 12, § 9. Cf. ci-dessus T. II, § 92, II initio.

(2) Cf. D. *h. t.*, L. 3, pr. initio, et ci-dessus T. II, § 92, I initio.

(3) D. 39, 5, *de donat.*, L. 19, pr.; D. *h. t.*, L. 1, pr., § 4-5, L. 4, L. 6, § 3, L. 9, L. 11. Ces textes parlent seulement de la *res publica*, c'est-à-dire de l'État et des villes (DIRKSEN, *Manuale latinitatis*, v° *Respublica*). Mais il est difficile de ne pas étendre la règle aux simples villages. Voyez MAYNZ, II, § 200 initio, et WINDSCHEID, II, § 304, 1° initio. Contra SCHILLING, III, § 249 i. f.

Voyez encore le C. 1, 2, *de sacros. eccl.*, L. 15.

(4) D. 39, 5, *de donat.*, L. 19, pr.; D. *h. t.*, L. 1, § 1.

(5) D. *h. t.*, L. 1, § 1, L. 6, § 2, voyez encore L. 11.

(6) D. *h. t.*, L. 4, L. 7.

Voyez encore le D. *h. t.*, L. 6, § 1, et le D. 50, 4, *de muner.*, L. 16, § 1.

licitation qui ne repose pas sur un juste motif, devient valable après coup si le promettant lui donne un commencement d'exécution(7). La pollicitation valable à l'un des deux titres prémentionnés oblige le promettant à la pleine exécution de sa promesse(8) et cette obligation passe à ses héritiers(9).

2° Est encore obligatoire le vœu (*votum*), c'est-à-dire la promesse faite à la divinité(10); cette promesse est presque toujours conditionnelle. La faveur des vœux explique pourquoi l'on n'exige pas une acceptation de la promesse de la part d'une autorité religieuse. Le vœu est absolument valable pour le promettant(11) et pour ses héritiers(12).

3° Enfin est obligatoire la pollicitation de services et de cadeaux faite par un affranchi à son patron(13) à l'occasion de son affranchissement(14), si elle est garantie par le serment de l'affranchi(15). C'est un privilège du patron.

(7) D. *h. t.*, L. 1, § 2, 3 et 5, voyez encore le § 4. Le fait de donner des instructions verbales ou écrites pour l'exécution de l'ouvrage promis ne constitue pas un commencement d'exécution de la promesse (D. *h. t.*, L. 5).

(8) D. *h. t.*, L. 13, pr., L. 8. Le pollicitant peut encore moins répéter ce qu'il a déjà donné (D. *h. t.*, L. 3, § 1; D. 44, 1, *de except.*, L. 23). Mais les conditions et charges de la pollicitation doivent être observées (D. *h. t.*, L. 10, L. 13, § 1). Voyez encore 1° le D. *h. t.*, L. 1, pr., et 2° le D. *h. t.*, L. 1, § 6.

(9) D. *h. t.*, L. 6, § 1 i. f., L. 9 initio, L. 14 initio. Par équité, si la pollicitation dépourvue de cause légitime a reçu un commencement d'exécution et que depuis la promesse le pollicitant soit devenu pauvre, il peut se soustraire à l'exécution ultérieure de son obligation, en abandonnant le cinquième de ses biens à l'État ou à la commune (D. *h. t.*, L. 9 i. f.). De même, si la pollicitation s'est validée seulement par un commencement d'exécution et que le pollicitant décède avant d'en avoir achevé l'exécution, ses héritiers se libèrent par l'abandon d'un dixième ou d'un cinquième de la succession, selon que ce sont ou non des descendants du défunt (D. *h. t.*, L. 6, pr. initio, L. 9, vis ob id vero..... rescripserunt, L. 14, vis Sed si quis....., L. 15). Voyez encore le D. *h. t.*, L. 11.

(10) D. *h. t.*, L. 2, pr. initio et § 1 initio. Néanmoins, les enfants sous puissance ne sont liés par leurs vœux que s'ils les ont faits avec le consentement de leur père de famille (L. 2, § 1, cit.). — (11) D. *h. t.*, L. 2, pr. initio, cf. pr. i. f. et § 2 initio.

(12) D. *h. t.*, L. 2, § 2 i. f.

(13) *Loi romaine des Visigoths*, GAIUS, II, 9, § 4 initio. Cf. D. 38, 1, *de oper. libert.*, L. 7, § 1. — (14) L. 7 cit., pr. et § 2.

(15) *Loi romaine des Visigoths*, GAIUS, II, 9, § 4; D. 38, 1, *de oper. libert.*, L. 7, pr., § 1-3. L'affranchi doit faire la promesse de vive voix à son patron; *verbis contrahitur obligatio* (D. 42, 2, *de confess.*, L. 6, § 3; arg. *loi romaine des Visigoths*, GAIUS, II, 9, § 4 initio). Mais des termes solennels ne sont pas requis (§ 4 i. f., cit.).

II. On cite encore à tort d'autres pollicitations obligatoires.

1° A cette catégorie appartiendrait la promesse publique, c'est-à-dire la promesse faite publiquement à la généralité des personnes ' qu'on payera quelque chose à celui qui fera une prestation déterminée ' (16); par exemple, je promets une récompense à celui qui découvrira l'auteur d'un délit(17), me rapportera un objet perdu, me procurera un emploi, ou bien sortira vainqueur d'un concours; sous le dernier rapport, je puis promettre une récompense à l'auteur du meilleur ouvrage littéraire, scientifique ou artistique sur un objet déterminé ou à celui qui prendra le premier drapeau sur l'ennemi(18). Il n'y a pas de pollicitation obligatoire dans l'espèce. Sans doute, si un tiers fait la prestation en vue de laquelle la récompense a été promise, le promettant est pleinement tenu(19). Mais son obligation se fonde sur un contrat et notamment sur un contrat réel innomé; le tiers a fait une prestation en vue de la récompense et avec le consentement du promettant; il y a lieu à l'action *præscriptis verbis* à

(16) VON BÜLOW, *Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechts* I, n° 11, p. 271-280, Brunswick, 1817.

IHERING, *Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. u. deutschen Privatrechts* IV, n° 1, p. 93-106, Iéna, 1861.

REGELSBERGER, *Civilrechtliche Erörterungen, Erstes Heft, Die Vorverhandlungen bei Verträgen*, § 41-48, p. 196-227, Weimar, 1868.

TZSCHIRNER, *De indole ac natura promissionis popularis*, « *Auslobung* » *quam vocant*, Berlin, 1869.

(17) Cf. D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 15, v^is^ Quod si solutum quidem nihil est, « sed pactio intercessit ob indicium, hoc est ut, si indicasset adprehensusque « esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. Et quidem « conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed « habet in se negotium aliquid : ergo civilis actio oriri potest, id est præscriptis « verbis. Nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus « aliquis arguatur ».

Cette loi suppose une convention conclue par le maître de l'esclave avec un tiers déterminé; elle ne concerne donc pas les promesses publiques.

(18) D. *h. t.*, L. 10. Voyez d'autres indications dans REGELSBERGER, cité, § 41, p. 197, note.

(19) Cf. D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 15 i. f. Lorsque plusieurs tiers font la prestation, sauf disposition contraire contenue dans la promesse, la récompense se partage entre eux s'ils ont fait la prestation en même temps; dans le cas contraire, le premier venu l'emporte. Cf. VANGEROW, III, § 603, *Anm.* 2, n° 6.

l'effet d'obtenir la récompense(20). Qu'on n'objecte pas que la promesse s'adressait à une personne incertaine; cette circonstance n'exclut pas le consentement entre le promettant et le tiers auteur de la prestation(21). A notre avis, il faut même aller plus loin : si, à la suite de la promesse publique, un tiers a fait des sacrifices de temps ou d'argent en vue de la prime promise, le promettant est déjà obligé conditionnellement envers le tiers, pour le cas où les efforts de celui-ci aboutiraient; le promettant ne peut plus se rétracter et son obligation conditionnelle se transmet activement et passivement aux héritiers des parties. Mais ici encore le fondement de l'obligation est un contrat et spécialement un contrat réel innomé; le tiers qui a commencé à déployer son activité en vue de gagner la récompense promise, a accepté d'une manière non douteuse la promesse publique; or les contrats conditionnels sont irrévocables et transmissibles aux héritiers(22). Cette solution est d'ailleurs réclamée par l'équité; les tiers dont les sacrifices de temps ou d'argent ont été provoqués par la promesse publique, ont légitimement dû compter sur la récompense promise pour le cas de réussite et ils seraient déçus non seulement s'ils avaient fait ces sacrifices en pure perte, mais en outre si, comme le prétendent beaucoup d'auteurs, le promettant avait le droit de se dégager envers eux en les indemnisant simplement de leurs travaux déjà effectués(23). Il va de soi que tant que les tiers

(20) Cf. D. 19, 5, *de præscr. verb.*, L. 15 i. f., passage transcrit à la note 17. Mais, précisément pour ce motif, la récompense n'est pas due à celui qui n'a pas eu connaissance de la promesse; celui-là n'a pu vouloir contracter avec le promettant (VANGEROW, III, § 603, *Anm.* 2, nº 6 i. f.).

(21) Cf. ci-dessus T. II, § 92, et note 65.

Voyez en ce sens TZSCHIRNER, cité, § 5-7 et § 9-11, surtout le § 11, et WINDSCHEID, II, § 308, note 3 i. f.

Contra DE SAVIGNY, cité, II, § 61, p. 90-91, REGELSBERGER, cité, § 41, p. 197-198, et VANGEROW, III, § 603, *Anm.* 2, nº 1 i. f.

(22) Cf. ci-dessus T. II, § 97, IV, A, 1º, *b*.

(23) L'obligation conditionnelle que nous venons de défendre, est admise en fait par BÜLOW, cité, UNTERHOLZNER, cité, I, § 26, nº I i. f., REGELSBERGER, cité, § 46, 47 et 48, nº 2, et VANGEROW, III, § 603, *Anm.* 2, nºs 4 et 5. Mais ces auteurs sont très divisés en ce qui concerne la justification théorique de l'obligation. Par contre DE SAVIGNY, cité, II, § 61, p. 90-91, IHERING, cité, MOMMSEN, *Erörterungen* II, § 18, p. 135-140, TZSCHIRNER, cité, § 11, et WINDSCHEID, II, § 308, 1º, et note 7, n'accordent qu'une simple indemnité pour le passé.

demeurent inactifs, l'auteur de la promesse publique la retire avec une liberté entière comme toute autre pollicitation, sauf à le faire publiquement. Ainsi simple pollicitation, contrat conditionnel, contrat devenu pur et simple par suite de l'accomplissement de la condition, voilà les trois phases par lesquelles peut passer la promesse publique et, à aucun de ces trois points de vue, elle ne présente des particularités(24).

2° On prétend encore que la pollicitation d'une dot est obligatoire; mais cette opinion manque de fondement(25).

Si un tiers se borne à accepter la promesse publique et à notifier son acceptation au promettant, sans rien faire pour mériter la récompense, à notre avis il se forme aussi une convention conditionnelle; mais celle-ci n'est en droit romain qu'un simple pacte dépourvu de force civile. Cf. TZSCHIRNER, cité, § 11, et WINDSCHEID, II, § 308, 1°, et notes 3 et 5.

(24) *Quid* si un marchand qui offre publiquement ses marchandises, promet une prime si ses marchandises sont défectueuses? On ne saurait considérer ces promesses comme faites dans l'intention sérieuse de s'obliger; le marchand est donc libre de ne pas traiter avec un tiers qui offre d'acheter sous le bénéfice de la déclaration prémentionnée. Le marchand n'est lié que si la promesse de la prime a été ajoutée d'une façon spéciale à un marché déterminé (VANGEROW, III, § 603, *Anm.* 2, n° 7 i. f.).

Il faut en dire autant de la promesse publique d'une prime à celui qui l'emporterait sur le promettant dans un concours (VANGEROW, l. c.).

Enfin, l'on doit distinguer de la promesse publique l'annonce d'un marché, faite publiquement, par affiche par exemple (j'offre de vendre ma marchandise, de louer ma maison ou des services de tiers, à un prix fixe). Cette promesse est une offre proprement dite si elle est accompagnée de l'intention de traiter avec une personne quelconque. Mais, en principe, ce n'est pas une offre véritable; elle n'a d'autre but que de provoquer les offres des tiers et l'auteur de l'annonce a le droit de refuser de contracter avec les personnes qui se présentent; cf. ci-dessus T. II, § 92, note 67 i. f.

(25) On l'appuie sur le C. 5, 11, *de dotis promissione vel nuda pollicitatione*, L. 6. « Ad exactionem dotis, quam semel præstari placuit, qualiacumque sufficere « verba censemus, sive scripta fuerint sive non, etiamsi stipulatio in pollicita- « tione rerum dotalium minime fuerit subsecuta ». Mais le mot *pollicitatione* qui se rencontre ici, désigne la convention dotale et non la promesse unilatérale de la dot (cf. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 43, § 1, et C. 8, 37 (38, Kriegel), *de contr. et committ. stipul.*, L. 5); le but unique de la loi est de dispenser de la forme de la stipulation. En ce sens UNTERHOLZNER, cité, II, § 544, n° III, BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, Erlangen, 1863-1867, T. II, § 75, ARNDTS, § 397, *Anm.* 2, MAYNZ, II, § 200, note 2, et WINDSCHEID, II, § 495, note 2.

Contra PUCHTA, *Pand.*, § 415, note b, et *Vorles.* II, *eod.*, et SINTENIS, III, § 132, et *Anm.* 33.

TITRE III.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

I. 3, 29, *quibus modis obligatio tollitur*. — D. 46, 3, *de solutionibus et liberationibus.*
C. 8, 42 (43, édition Kriegel), *eod.*

CHAPITRE I. — NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

§ 225. *Division des causes d'extinction des obligations.*

Le droit romain divise toutes les causes d'extinction des obligations en deux groupes : les obligations s'éteignent de plein droit, *ipso jure*, ou bien par voie d'exception, *per exceptionem*, ou d'après l'expression moderne *ope exceptionis*(1). Les causes d'extinction de la première catégorie sont celles qui opèrent d'elles-mêmes; par cela seul que le fait libératoire est intervenu, l'obligation a cessé d'exister; il n'est pas nécessaire que le débiteur invoque sa libération en justice ou autrement. Opèrent de cette façon le payement(2), la remise de la dette par acceptilation et même, s'il s'agit d'obligations consensuelles, la remise de la dette par simple convention libératoire(3), la novation(4), la confusion(5), le cas fortuit(6), l'accomplissement d'une condition ou l'expiration d'un terme résolu-

(1) Cf. GAIUS, III, 168, D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 2 initio, et D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 3, § 1 initio.

(2) Cf. ci-dessus T. I, § 10 initio. Voyez aussi le § 6, I initio, et le § 11, II, 3° initio. — (3) Ci-après § 228 et 229, II initio. — (4) § 236 initio.

5) § 237, 2° initio. — (6) Ci-dessus T. I, § 17.

toire(7), le concours de deux causes lucratives(8), etc.(9). Les causes d'extinction de la seconde catégorie sont celles qui éteignent seulement l'obligation lorsque le débiteur a opposé le fait libératoire au moyen d'une exception dirigée contre l'action du créancier; jusque-là l'obligation subsiste. Opèrent ainsi la remise de la dette par simple convention toutes les fois que la dette est non consensuelle(10), la compensation(11), la prescription(12), etc. A notre avis, la raison de cette distinction est que certains faits libératoires ne se rapportent pas à l'obligation qu'il s'agit d'éteindre ou s'y rapportent seulement d'une manière indirecte (compensation, prescription) ou bien encore sont plutôt fondés sur le droit des gens qu'en droit civil (remise simplement conventionnelle d'une dette non consensuelle)(13). En ce qui concerne l'importance de la division, l'on doit partir du principe que l'obligation éteinte de plein droit est un néant; elle n'existe plus en aucune façon, pas plus que si elle n'avait jamais existé; elle ressemble à l'obligation qui dès le principe est nulle de plein droit ou inexistante (*obligatio ipso jure nulla vel reprobata*). Par contre, l'obligation éteinte par voie d'exception conserve son existence juridique tant que le débiteur n'a pas opposé son exception; mais il dépend de lui de l'anéantir au moyen de l'exception si le créancier en poursuit le payement; elle est analogue à l'obligation qui, dès l'instant de sa formation, est inefficace (*obligatio inanis vel inefficax*), comme l'obligation résultant d'uue convention surprise par dol ou extorquée par violence morale(14). De là les différences suivantes entre les deux groupes de causes d'extinction des obligations :

1° Une obligation éteinte de plein droit n'est pas susceptible de revivre en vertu d'une convention spéciale; c'est un néant, qui ne peut être rappelé à l'existence; tout ce que les parties peuvent faire, c'est de créer une obligation nouvelle, qui n'a rien de commun avec

(7) Ci-dessus T. II, § 97, IV, B, 2° initio, et *a*, et § 98, III, 2°, *b*.
(8) Ci-après § 240. — (9) Cf. § 226, 13°-15°.
(10) § 227, 2°-3, et § 229, II initio. — (11) § 231, 6°. — (12) § 239, II.
(13) Arg. D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 3, § 1 initio. C'est en partie l'explication de PUCHTA, *Vorles.* II, § 286. Cf. MOLITOR, cité, II, n° 957 initio.
(14) Cf. ci-dessus T. II, § 100, III initio.

l'ancienne(15). Mais il est au pouvoir des parties de faire renaître une obligation simplement éteinte par voie d'exception, tant que le débiteur n'a pas usé de son exception; car à la rigueur la dette subsiste; le débiteur dispose seulement d'une exception à laquelle il lui est loisible de renoncer; moyennant cette renonciation, la dette existe de nouveau dans toute sa plénitude(16). Néanmoins, la renonciation ne nuit pas aux cautions qui étaient également libérées par voie d'exception; cette libération constituait pour elles un droit acquis; le débiteur ne peut le leur enlever(17). D'autre part, si le débiteur a usé de son exception, il n'est plus possible de faire revivre la dette; dès ce moment elle est complètement anéantie.

2° Sous la procédure formulaire, les causes d'extinction des obligations qui opéraient de plein droit, pouvaient être invoquées devant le juge indépendamment de toute insertion dans la formule, peu importe que l'action fût de bonne foi ou de droit strict. En effet, la formule donnait seulement au juge l'ordre de condamner le défendeur si le demandeur établissait le fondement de son action, c'est-à-dire, dans les actions personnelles, sa qualité de créancier; or, si le défendeur parvenait à prouver que son obligation s'était éteinte de plein droit, le demandeur n'était point créancier; son action manquait de base, tout comme dans le cas où il n'avait jamais été créancier; dès lors le juge devait absoudre le défendeur en vertu de la rédaction générale, sans qu'il eût besoin d'y être autorisé d'une manière spéciale. Quant aux causes d'extinction des obligations qui opéraient par voie d'exception, elles ne devaient pas davantage être insérées dans la formule d'une action de bonne foi(18). La formule d'une pareille action ordonnait toujours au juge d'apprécier le

(15) D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 2, vis Idem dicemus et in bonæ fidei contractibus, « si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti : non enim « ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum con- « tractum.. ». Voyez encore le même texte, vis Sed si pactum..... contumelia.

(16) L. 27, § 2, cit., vis Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret : prius « pactum, per posterius elidetur, non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio « per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus jus continetur, in « pactis factum versatur.. ».

(17) D. 2, 14, *de pact.*, L. 62, cf. L. 27, § 2 initio. Voyez sur ce point ci-dessus T. I, § 33, II, et note 27. — (18) I. 4, 6, *de action.*, § 30 initio.

différend d'après les règles de la bonne foi, *ex fide bona;* le défendeur était donc de plein droit autorisé à invoquer l'exception du dol; il faisait valoir sa libération à l'aide de cette exception (19). Par contre, le défendeur à une action de droit strict ne pouvait invoquer devant le juge une cause d'extinction de l'obligation opérant par voie d'exception que s'il avait eu soin de faire introduire une exception de dol dans la formule (20); car celle-ci ne contenait pas l'ordre de juger d'après la bonne foi et partant le juge avait seulement le droit d'avoir égard à l'exception de dol s'il y était autorisé d'une manière spéciale (21). En résumé, on faisait valoir très différemment les deux sortes de causes d'extinction des obligations dans les actions de droit strict, tandis qu'il n'y avait pas de différence entre elles au point de vue des actions de bonne foi. La chute de la procédure formulaire a fait disparaître toute diversité.

On allègue souvent une autre différence. Les causes d'extinction des obligations qui agissent au moyen d'une exception, présentent, dit-on, ceci de particulier que certaines d'entre elles, et notamment la prescription de la dette, laissent subsister une obligation naturelle; les obligations éteintes de plein droit ne vaudraient jamais comme obligations naturelles (23). Cette différence n'existe pas réellement. A priori, on comprend très bien que des obligations éteintes de plein droit soient aussi reconnues par la loi comme dettes naturelles, et en fait quelques-unes subsistent à ce dernier titre; nous nous bornerons à citer le cas du créancier déchu de sa créance pour s'être emparé de vive force de la chose due; il perd sa créance de plein droit, puisque la loi la lui enlève, et néanmoins il reste créancier naturel (24).

(19) D. 18, 5, *de rescind. vendit.*, L. 3, vis bonæ fidei judicio exceptiones pacti insunt.., D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 21 i. f., et D. 30, *de leg. I*, L. 84, § 5 initio.

(20) I. 4, 6, *de action.*, § 30, vis Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci « opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur.. ».

(21) Cf. ci-dessus T. I, § 48, 1° i. f,

(22) I. 4, 6, *de action.*, § 30, vis Sed nostra constitutio..... quascumque.

(23) Voyez en ce sens MAYNZ, II, § 287 i. f.

(24) Arg. D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 19, pr.; voyez encore le D. 4, 5, *de cap. min.*, L. 2, § 2 initio (ci-dessus T. I, § 47, III, 6°, 7° et 8°). En notre sens PUCHTA, *Pand.*, § 286, et MOLITOR, cité, II, n° 957 i. f.

En définitive, la division dont il s'agit est pratiquement peu importante sous Justinien (25).

§ 226. *Énumération des différentes causes d'extinction des obligations.*

En particulier, les causes d'extinction des obligations sont les suivantes :

1° le payement(1), auquel se rattachent la dation en payement(2), le dépôt(3) et l'abandon(4) de la chose due,

2° la remise de la dette,

3° la compensation,

4° la novation,

5° la confusion,

6° la prescription,

7° la disparition de l'intérêt du créancier à l'exécution de l'obligation(5); le concours de deux causes lucratives est en réalité une application de cette cause d'extinction des obligations(6),

8° la survenance d'une impossibilité physique ou juridique de remplir l'obligation(7),

9° l'accomplissement d'une condition ou l'expiration d'un terme résolutoire(8),

10° la transaction (9),

11° le serment extrajudiciaire prêté à la suite d'une convention(10),

12° le jugement d'absolution injustement rendu en faveur du débiteur(11),

(25) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 66, et arg. D. *eod.*, L. 112, D. 50, 16, *de V. S.*, L. 55 initio, et D. 40, 12, *de liber. causa*, L. 20, § 3.

(1) Cf. ci-dessus T. I, § 3-11. — (2) § 6, I. — (3) § 11, II, 1°-3° et 4° initio.

(4) § 11, II, 4°.

(5) D. 17, 1, *mand.*, L. 8, § 6, vis et eatenus..... aliquid, cessat mandati actio. Cf. ci-dessus T. II, § 89 et 100, IV, 1°. — (6) ci-après § 240.

(7) Cf. ci-dessus T. II, § 91 et 100, IV, 3°-4°. Il se peut aussi qu'après coup l'objet de l'obligation cesse d'être suffisamment déterminé; l'obligation s'éteindra encore de ce chef; ci-dessus T. II, § 109, IV, 2°.

(8) Cf. ci-dessus T. II, § 97, IV, B, 2° initio, et *a*, et § 98, III, 2°, *b*.

(9) Cf. T. III, § 179-180. — (10) Cf. § 182. — (11) Cf. T. I, § 47, V.

13° l'extinction de l'obligation principale ; elle entraîne celle des obligations accessoires (12),

14° dans certains cas, la renonciation ou le décès de l'une des parties; notamment plusieurs conventions sont dissoutes de cette manière, du moins pour l'avenir (13),

enfin 15° la loi, qui prive parfois un créancier de son droit à titre de peine; c'est ce qui a lieu :

a) si le créancier s'empare de vive force de la chose due; ce fut un décret de Marc Auréle qui introduisit cette règle (14),

b) si le créancier ne déclare pas sa créance au moment où il est appelé à la tutelle ou à la curatelle du débiteur (15),

c) si le créancier qui a poursuivi le débiteur, corrompt le juge ou le représentant du débiteur (16),

d) si un magistrat investi d'une juridiction statue d'après une règle nouvelle et arbitraire et que plus tard, à l'occasion de la poursuite d'une créance, cette règle soit rétorquée contre le magistrat (17) ou le plaideur qui en a profité (18), soit par le plaideur qui en a souffert (18), soit par un tiers (19),

et *e*) dans quelques cas de cession prohibée qui ont été indiqués précédemment (20).

Parmi ces nombreuses causes d'extinction des obligations, il nous reste seulement à considérer la remise de la dette (§ 227-229), la compensation (§ 230-233), la novation (§ 234-236), la confusion (§ 237-238), la prescription (§ 239) et le concours de deux causes lucratives (§ 240).

(12) D. *h. t.*, L. 43 initio.

(13) Cf. ci-dessus T. II, § 101-102, § 126, 1°, § 131, 1° et 7°, et T. III, § 140, § 152, 4°, § 158, III et IV, et ci-après § 181, II, A, 1°, et pour les obligations naissant de délits ci-après § 203, 1°.

(14) D. 48, 7, *ad leg. Jul. de vi priv.*, L. 7; D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 12, § 2, L. 13. — (15) Nov. 72, c. 4 initio.

(16) D. 3, 6, *de calumn.*, L. 1, § 3; D. 12, 5, *de condict. ob turp. v. inj. caus.*, L. 2, § 2; C. 7, 49, *de pœna jud., qui male judic.*, L. 1. Cf. POTHIER, *Pand. Justinianeæ*, 3, 6, *de calumn.*, n° 1, note *b*, et n° 4, notes *g* et *h*.

(17) D. 2, 2, *quod quisque jur. in al. stat.*, L. 1, pr. et § 1. — (18) L. 1, § 1, cit.

(19) D. *eod.*, L. 3, § 2.

(20) T. I, § 67, II i. f., et note 48, § 69, V, E, 3°.

Au sujet de la persistance d'une obligation naturelle dans plusieurs de ces cas de perte légale de la créance, voyez ci-dessus T. I, § 47, III, 8°.

CHAPITRE II. — DE LA REMISE DE LA DETTE.

§ 227. *Règles générales.*

On peut remettre une dette par convention ou par legs. Dans le second cas, il y a un legs de libération; son examen rentre dans la théorie des legs. Nous n'avons donc à nous occuper ici que de la remise conventionnelle. Elle suppose l'acceptation du débiteur; la déclaration unilatérale du créancier est insuffisante; elle ne libère pas le débiteur, car il s'agit pour celui-ci d'acquérir un droit et en général une manifestation de volonté est nécessaire à cette fin (1). Il s'ensuit que le créancier a la faculté de revenir sur la remise tant qu'elle n'a pas été acceptée. Le principe fondamental du droit romain sur la remise conventionnelle de la dette est que, pour éteindre l'obligation de plein droit, la remise doit être consentie de la manière dont la dette a été contractée, c'est-à-dire par les mêmes actes conçus en sens contraire (2). Si la remise de la dette a été consentie autrement, l'obligation n'est éteinte que par voie d'exception; mais, comme nous l'avons expliqué (3), en droit nouveau le résultat pratique de la remise n'est guère différent; le débiteur n'en est pas moins libéré. Appliquons maintenant le principe prémentionné aux divers modes de formation des obligations. Les unes se forment par le seul consentement des parties; ce sont celles qui naissent d'un contrat consensuel, d'un pacte confirmé, voire même d'un pacte simple; on peut les appeler obligations consensuelles (4). D'autres se forment par des paroles ou bien encore, au point de vue de l'ancien droit romain, par l'écriture; telles sont l'obligation verbale naissant de la stipulation (5) et l'obligation littérale fondée sur les *nomina trans-*

(1) D. *h. t.*, L. 91 initio. *Non obstat* D. 22, 3, *de probat*, L. 26; le débiteur avait ici tacitement accepté la remise. En ce sens MOLITOR, cité, II, n° 1015.

(2) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 153, « Fere quibuscumque modis obligamur, isdem « in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, isdem in contra- » rium actis amittimus.. », L. 35 initio, L. 100. — (3) § 225.

(4) Cf. I. 3, 22, *de consensu obligatione*, rubrique.

(5) I. 3, 15, *de verborum obligatione*.

cripticia(6). D'autres enfin résultent d'un contrat réel, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi.

1° Les obligations consensuelles se remettent de plein droit par le simple consentement des parties, de même qu'elles se forment par ce consentement(7). Toutefois, cette remise suppose que la convention que l'on veut résilier, n'ait encore reçu aucune exécution, donc, dans le cas d'une vente, qu'il n'y ait eu ni tradition de la marchandise, ni payement du prix(8); ou du moins, si la convention a déjà reçu une certaine exécution, les parties doivent commencer par rétablir l'état de choses antérieur(9). La raison en est que la seule convention relative à la résiliation de la convention primitive ne crée pas une obligation civile de restituer les prestations reçues(10); c'est un simple pacte(11).

(6) Cf. GAIUS, III, 128 initio, et I. 3, 21, *de litterarum obligatione*, rubrique.

Nous négligeons les obligations verbales résultant de la *dotis dictio*, du *receptum* des banquiers et de la promesse jurée de l'affranchi envers son patron, ainsi que l'obligation littérale formée par les *chirographa* et *syngraphæ*; cf. ci-dessus T. I, § 71, 1°, T. II, § 77, 2°, § 78, II, et T. III, § 224, I, 3°. Au moins l'obligation naissant de la promesse jurée de l'affranchi se remet de plein droit par une acceptilation (D. 46, 4, *de acceptil.*, L. 13, pr.).

(7) I. *h. t.*, § 4 initio; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 35 i. f.; D. *h. t.*, L. 80 i. f., L. 95, § 4; D. 17, 2, *pro socio*, L. 65, § 3 initio.

La règle est applicable aux obligations naissant de pactes confirmés ou simples, comme à celles résultant de contrats consensuels (D. *h. t.*, L. 95, § 4). En ce sens MAYNZ, II, § 295, notes 4 et 20. Contra MOLITOR, cité, II, n° 1019 initio. Mais la remise d'un droit d'hypothèque n'opère que par voie d'exception (D. 2, 14, *de pact.*, L. 17, § 2).

Il y a ici un *mutuus consensus in dissolvenda conventione* et non un *mutuus dissensus*, comme le disent aussi faussement que possible le D. *h. t.*, L. 80 i. f., le D. 17, 2, *pro socio*, L. 65, § 3 initio, et beaucoup d'interprètes du droit romain.

(8) I. *h. t.*, § 4; D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 6 initio, L. 58 initio; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 6, § 2 i. f.; D. 18, 5, *de rescind. vendit.*, L. 3 initio, L. 5, § 1.

(9) D. 2, 14, *de pact.*, L. 58, v^is^ Nec quicquam interest..... eo nomine præstares. — (10) L. 58 cit., v^is^ Illud plane.....

(11) Mais la résiliation produira ses pleins effets si après coup les parties restituent volontairement les prestations reçues (D. 2, 14, *de pact.*, L. 58, v^is^ Aristoni hoc amplius..... admittit).

On suit les mêmes règles pour la résiliation partielle d'une convention consensuelle (D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 6, v^is^ Unde illud æque.....). Quant aux changements que les parties apportent à leur convention primitive, voyez ci-dessus T. III, § 185, I.

2° De son côté, l'obligation verbale naissant de la stipulation se remet de plein droit au moyen d'une stipulation contraire de la part du débiteur; cette stipulation s'appelle acceptilation(12); sa théorie sera exposée au paragraphe suivant. De même, dans l'ancien droit romain, l'obligation littérale fondée sur les *nomina transcripticia* se remettait de plein droit par une inscription contraire sur le livre de caisse, *codex vel tabulæ accepti et expensi;* le créancier inscrivait, sous la rubrique des *accepta*, la somme d'argent qui faisait l'objet de la dette, *acceptum referebat*, quoique en réalité elle ne lui eût pas été payée; c'était une véritable acceptilation littérale(13). L'inscription se faisait du consentement du débiteur; en général, celui-ci inscrivait la somme sur son propre registre sous la rubrique des *expensa*(14). Si, au lieu de recourir à l'acceptilation verbale ou littérale, le créancier avait remis la dette au moyen d'une simple convention, la dette n'était éteinte que par voie d'exception.

3° Quant aux obligations qui ne sont ni consensuelles, ni verbales, ni littérales, directement on ne peut les remettre de plein droit; car on ne comprend pas qu'on les remette de la manière dont elles se sont formées, par exemple qu'on remette par une prestation, *re*, l'obligation naissant du prêt(15). Dès lors, de quelque façon qu'elle ait été consentie, la remise éteint seulement la dette par voie d'exception(16). Mais il existe un moyen indirect de remettre la dette de plein droit : c'est de la convertir au préalable en une obligation verbale par la novation et de remettre ensuite cette obligation verbale par l'acceptilation(17). Ainsi, vous me devez 1000 en vertu d'un *mutuum*; je vous la remettrai de plein droit en stipulant de vous les 1000 que vous me devez du chef du *mutuum*, et en vous remettant

(12) I. *h. t.*, § 1 initio; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 35; D. *h. t.*, L. 80, vis Et cum verbis..... fit. — (13) Cf. PLINE, *Epist.* II, 4.

(14) Cf. ci-dessus T. II, § 78, I, A.

(15) GAIUS, III, 170 initio; I. *h. t.*, § 1, vis Quo genere..... verbis dissolvi; D. 46, 4, *de acceptil.*, L. 8, § 3.

(16) I. 4, 13, *de except.*, § 3; D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 9; cf. D. 46, 4, *de acceptil.*, L. 8, pr. Exception : D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 2, vis Sed si pactum conventum « tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut injuriarum.. ».

(17) GAIUS, III, 170 i. f.; I. *h. t.*, § 1, vis Sed id..... dissolvi.

ensuite par acceptilation les 1000 stipulés. Ce procédé peut même être appliqué à l'ensemble des dettes d'une personne envers une autre(18). Comme il importait alors de ne pas omettre certaines dettes dans la stipulation qui servait à nover, le jurisconsulte Aquilius Gallus rédigea une formule de stipulation qui indiquait d'une manière minutieuse toutes les causes possibles d'obligation; elle reçut d'après son auteur le nom de stipulation Aquilienne (19); l'obligation verbale qu'elle produit, se remet ensuite par une acceptilation ordinaire (20).

Il résulte de cet exposé que la remise conventionnelle d'une dette se fait par acceptilation ou par une simple convention; examinons maintenant de plus près ces deux modes de remise (§ 228-229).

§ 228. *De l'acceptilation.*

D. 46, 4, *de acceptilatione.* — C. 8, 43 (44, édition Kriegel), *de acceptilationibus.*

L'acceptilation (*acceptilatio*(1)) est une remise de dette accordée par stipulation sur le fondement d'un payement fictif(2). Le débiteur y demande au créancier s'il a été payé, et celui-ci répond affirmativement; *Habesne acceptum quod tibi promisi? — Habeo*(3). L'acceptilation est une stipulation renversée; les rôles des parties, tels qu'ils sont fixés dans la stipulation ordinaire, sont intervertis; ici ce n'est pas le créancier qui interroge et le débiteur qui répond; au contraire le débiteur interroge et le créancier répond. L'interversion s'explique aisément; c'est le débiteur qui se propose d'acquérir un droit en vertu de l'acceptilation; dès lors il devait nécessairement remplir le rôle de stipulant. L'acceptilation descend de l'ancien payement *per æs et libram* dont il a été question ailleurs(4);

(18) D. 46, 4, *de acceptil.*, L. 18, pr.

(19) I. *h. t.*, § 2; D. 46, 4, *de acceptil.*, L. 18, § 1; D. 2, 15, *de transact.*, L. 4.

(20) I. *h. t.*, § 2 initio; D. 46, 4, *de acceptil.*, L. 18, § 1 initio; D. 2, 15, *de transact.*, L. 4.

Voyez encore le D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, §2.

(1) d'*acceptum ferre*. — (2) Cf. GAIUS, III, 169, I. *h. t.*, § 1 initio, et D. *h. t.*, L. 1.

(3) Cf. GAIUS, III, 169 i. f., I. *h. t.*, § 1 initio, et D. *h. t.*, L. 7, L. 8, § 4 i. f., L. 9.

(4) T. I, § 3, 2°.

à l'occasion de ce payement, un *libripens* pesait devant cinq témoins le lingot de métal que présentait le débiteur ; le pesage terminé, le créancier déclarait le débiteur libéré(5). On détacha cette déclaration du payement et on en fit l'acceptilation(6). L'acceptilation est dominée par le principe qu'elle constitue un payement fictif(7), ainsi qu'il résulte des termes mêmes de cette convention libératoire. En conséquence :

1° Comme le payement réel, elle doit se faire purement et simplement, sans condition ni terme, à peine de nullité(8).

2° L'acceptilation partielle d'une dette est nulle si elle se rapporte à une obligation absolument indivisible, tout comme le payement partiel d'une semblable obligation est une impossibilité(9).

3° Dans le cas d'une obligation solidaire, l'acceptilation consentie à l'un des débiteurs solidaires par le créancier commun(10) ou par l'un des créanciers solidaires au débiteur commun(11) profite aux autres débiteurs ou nuit aux autres créanciers, encore à l'instar du

(5) Cf. Gaius, III, 174.

(6) C'est d'une façon analogue que la stipulation ordinaire fut démembrée de l'ancien contrat réel *per æs et libram ;* cf. ci-dessus T. II, § 77, 1° initio.

On commença sans doute par reconnaître une remise consistant en un payement fictif *per æs et libram* devant cinq témoins et un *libripens* (cf. Gaius, III, 173 initio et 174) ; plus tard on renonça à cette fiction de payement solennel et on se contenta de l'acceptilation pure et simple. Ce qui vient à l'appui de cette conjecture, c'est qu'encore à l'époque de Gaius, il existait une remise de dette accompagnée d'un payement fictif *per æs et libram* et faite devant cinq témoins et un *libripens ;* ce mode de remise s'était maintenu pour certaines dettes non verbales et partant soustraites à l'acceptilation, savoir pour les obligations contractées *peræs et libram* et pourl'obligation d'exécuter soit un jugement de condamnation, soit un legs *per damnationem* de choses fongibles déterminées par le nombre ou par le poids (Gaius, III, 173 i. f. et 175). Ce n'est qu'en droit nouveau que la remise d'une dette *per æs et libram* s'est complètement perdue.

(7) Gaius, III, 169 initio ; I. *h. t.*, § 1 initio ; D. 34, 3, *de liber. leg.*, L. 7, § 1 i. f.

(8) D. *h. t.*, L. 4, L. 5 ; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 77. Cela n'empêche pas la validité d'une acceptilation pure et simple d'une dette conditionnelle ou à terme (L. 77 cit., vis Nonnumquam tamen.....).

(9) D. *h. t.*, L. 13, § 1. Cf. I. *h. t.*, § 1 i. f., et D. *h. t.*, L. 9, L. 10. Anciennement l'acceptilation partielle d'une dette quelconque était douteuse (Gaius, III, 172).

(10) D. *h. t.*, L. 13, § 7, L. 16. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 11, § 1.

(11) D. *h. t.*, L. 13, § 12.

payement et contrairement à la règle générale que les conventions n'ont d'effet qu'entre parties(12).

L'acceptilation remet la dette tantôt de plein droit, tantôt par voie d'exception. Elle la remet de plein droit si elle s'applique à une obligation verbale ou consensuelle; dans le dernier cas, elle vaut comme toute autre convention libératoire(13). Elle remet par voie d'exception les obligations qui ne sont ni verbales, ni consensuelles(14).

§ 229. *De la remise de la dette par simple convention.*

I. *Notions et conditions.* A) La remise d'une dette par simple convention (*pactum ne petatur*(1) ou *de non petendo*(2), *pactum conventum*(3), *pactum*(4) ou *conventio*(5) tout court) n'exige que le consentement des parties(6). Elle peut donc aussi se faire tacitement(7).

1° Il y a remise tacite de la dette si le créancier remet au débiteur le titre de créance(8). De cette manière il se dépouille de la preuve de son droit; dès lors on doit admettre qu'il a aussi voulu renoncer à son droit. Il va de soi que la preuve de la remise du titre incombe au débiteur, et le créancier peut combattre cette preuve en établissant, soit que la remise du titre n'a pas été volontaire(9), soit qu'elle

(12) Voyez cependant, pour une différence entre l'acceptilation et le payement, GAIUS, III, 171.

Si l'acceptilation a été surprise par dol ou extorquée par violence morale, le créancier n'en perd pas moins sa créance. Mais il dispose de l'*actio doli vel quod metus causa* pour demander la rescision de l'acceptilation (D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 1, § 7, L. 38; D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 21, § 4 (cf. ci-dessus T. II, § 95, note 40 initio); voyez encore le D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 28 initio).

(13) D. 18, 5, *de rescind. vendit.*, L. 5, pr.; D. *h. t.*. L. 23.

(14) Cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 9. Voyez cependant le D. *h. t.*, L. 8, pr., Nous nous référons pour le surplus au § 27, 2° et 3°.

(1) I. 4, 13, *de except.*, § 3 initio. — (2) Cf. GAIUS, IV, 119 i. f.

(3) I. 4, 13, *de except.*, § 3. — (4) § 3 i. f., cit.

(5) D. 2, 14, *de pact.*, L. 2, § 1 i. f. — (6) L. 2 cit., pr. — (7) L. 2 cit., pr. i. f.

(8) D. 2, 14, *de pact.*, L. 2, § 1. « et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, « videtur inter nos convenisse ne peterem, profuturamque ei conventionis excep- « tionem placuit »; D. 34, 3, *de liber. leg.*, L. 3, § 1-2. Voyez encore le D. 30, *de leg. I*, L. 84, § 7. — (9) C. *h. t.*, L. 15.

a eu lieu dans un but autre que celui de libérer le débiteur(10). Au reste, nous avons vu ailleurs(11) que la remise du titre de créance peut aussi impliquer un payement et même qu'en principe elle a cette signification; la présomption d'une convention libératoire est seulement subsidiaire. — Un cas analogue est celui où le créancier détruit ou biffe volontairement le titre de créance(12).

2° Parfois la remise d'une quittance contient aussi une remise de dette, à savoir s'il résulte des circonstances que la quittance a été remise au débiteur, non pas dans l'attente d'un payement, mais dans l'intention de libérer le débiteur. C'est ce qui arrivera surtout si le créancier, n'ayant reçu qu'un payement partiel, n'en donne pas moins au débiteur une quittance pour l'import intégral de la dette(13). Ici également le débiteur supporte la charge de la preuve(14). En principe, la remise de la quittance atteste le payement; si le créancier établit que le payement n'a pas été effectué lors de la remise de la quittance, on présumera que la quittance a été remise dans l'attente du payement, à moins que le débiteur n'établisse la remise de la dette(15).

3° Il se peut encore que la restitution du titre d'hypothèque ou de la chose engagée soit accompagnée de l'intention de remettre la dette. Mais cette intention a besoin d'être établie d'une façon spéciale; en général la dette subsiste et il y a seulement renonciation à l'hypothèque(16).

(10) Arg. D. 22, 3, *de probat.*, L. 24. Cf. C. *h. t.*, L. 14. — (11) T. I, § 9, 2°.

(12) Arg. D. 22, 3, *de probat.*, L. 24. « Si chirographum cancellatum fuerit, « licet præsumptione debitor liberatus esse videtur, in eam tamen quantitatem, « quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte « debitor convenitur ».

(13) C. *h. t.*, L. 21, « Interest multum, utrumne spe futuræ numerationis susce- « pisse te quod instrumento continetur scripsisti, an accepta minore quantitate « tantum quantum lectio probat in scriptura conferri placuit. Nam superiori qui- « dem casu residui petitio debiti manet integra, posteriori vero consensu transac- « tionis finitis stare convenit », L. 6. — (14) Arg. L. 6 cit.

(15) Cf. C. *h. t.*, L. 23.

(16) D. 2, 14, *de pact.*, L. 3. « Postquam pignus vero debitori reddatur, si pecu- « nia soluta non fuerit, debitum peti posse dubium non est, nisi specialiter con- « trarium actum esse probetur »; C. 8, 25 (26, Kriegel), *de remiss. pign.*, L. 7.

La restitution de la chose engagée n'implique même en principe qu'une renon-

4° Enfin, l'engagement pris par le créancier de ne pas poursuivre le débiteur en justice, le *pactum ne petatur* ou *de non petendo* proprement dit, qui était si usuel à Rome, implique encore en thèse générale une remise de dette; en renonçant à son action, le créancier entend se dépouiller de sa créance(17). Cela n'empêche que l'engagement prémentionné ne soit souvent limité quant aux personnes(18) ou quant à sa durée(19), comme il sera expliqué ci-après(20).

B) La remise de la dette peut être consentie par un représentant du créancier et notamment par son mandataire(21). Ce pouvoir appartient même au mandataire chargé de l'administration de tous les biens du créancier(22); il est réputé un corollaire du droit d'un pareil mandataire de recevoir des payements(23). Mais le mandataire *ad litem* n'a pas qualité pour remettre la dette(24).

C) Si la convention libératoire a été surprise par dol ou extorquée par violence morale, elle n'éteint pas moins la créance, conformément à la théorie générale du dol et de la violence morale(25); mais le créancier dispose de l'*actio doli vel quod metus causa* pour faire rescinder la remise de la dette(26).

ciation au gage et non une renonciation à l'hypothèque proprement dite. *Non obstat* C. 8, 25 (26, Kriegel), *de remiss. pign.*, L. 9; dans l'espèce de cette loi, l'hypothèque est déclarée éteinte parce que le créancier y avait renoncé d'une manière spéciale.

(17) Arg. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 55 initio, D. 50, 17, *de R. J.*, L. 66, L. 112, et D. 40, 12, *de liber. causa*, L. 20, § 3. — (18) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 8.

(19) I. 4, 13, *de except.*, § 10 initio. Cf. Maynz, II, § 295, n° III, p. 577-578.

(20) au n° II, 2°, du présent paragraphe. Au sujet d'autres remises tacites de dettes voyez I° le D. 22, 3, *de probat.*, L. 26 (ci-après § 233, note 1 initio), 2° le D. 22, 1, *de usur.*, L. 17, § 1, et le D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 54, 3° le D. 22, 1, *de usur.*, L. 13, pr., et le C. 4, 32, *eod.*, L. 5, L. 8; pour les deux derniers cas cf. ci-dessus T. I, § 61, note 7, et 4° D. 2, 14, *de pact.*, L. 44; D. 26, 7, *de admin. et peric. tut.*, L. 59. — (21) D. 2, 14, *de pact.*, L. 10, § 2 i. f., L. 11, L. 12.

(22) L. 12 cit. — (23) L. 12 i. f., cit.

(24) D. 2, 14, *de pact.*, L. 13, pr. Voyez encore 1° le D. *eod.*, L. 14, 2° le C. 2, 3, *eod.*, L. 22, et le D. 2, 14, *eod.*, L. 28, § 1 i. f., et 3° le D. *eod.*, L. 37.

(25) Cf. ci-dessus T. II, § 94, II, 1°, et § 95, II.

(26) D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 1, § 7; arg. D. *eod.*, L. 38, et D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 21, § 4. Cf. D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 28 initio. Toutefois, comme l'action de dol est subsidiaire, si la remise surprise par dol a seulement éteint la dette par voie d'exception, le créancier qui a conservé ici son ancienne action, doit s'en

II. *Effets*. La remise simplement conventionnelle d'une dette éteint celle-ci de plein droit ou par voie d'exception, d'après les circonstances; elle éteint de plein droit les obligations consensuelles(27) et par voie d'exception toutes les autres obligations(28). L'exception que la remise de dette confère au débiteur, est l'exception de dol(29), appelée encore *exceptio pacti conventi*(30); le dol du créancier consiste à poursuivre une créance à laquelle il a renoncé(31). Par application des principes généraux sur les conventions(32), la remise de la dette produit de l'effet entre les parties et leurs héritiers(33) mais non à l'égard des tiers tels que les codébiteurs solidaires ou les cocréanciers solidaires des parties; en général, les premiers ne profitent pas de la remise(34) et la remise ne nuit point aux seconds(35). C'est une différence marquée avec l'acceptilation; celle-ci n'est pas sou-

tenir à elle et repousser l'exception déduite du pacte libératoire par la réplique de dol. Cf. D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 1, § 7, et MOLITOR, cité, I, n° 113 initio.

De même si, par suite des manœuvres frauduleuses du débiteur, le créancier s'est désisté de son action déjà intentée et que partant le défendeur ait été absous, le créancier doit recourir à son ancienne action, qui subsiste rigoureusement, et repousser l'exception de chose jugée par la réplique de dol (D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 25. Cf. I. 4, 13, *de except.*, § 5). Contra D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 20, § 1, et cependant les 20 et 25 citées sont extraites du même livre 11 *ad edictum* du jurisconsulte Paul. Il faut admettre que la loi 25 corrige la loi 20, § 1, et cette conjecture est d'autant plus vraisemblable que, dans la loi 20, § 1, Paul se borne à rapporter l'opinion de Julien; la loi 25 contient son appréciation personnelle. On s'est vainement efforcé de concilier entre eux ces deux passages; voyez entre autres MOLITOR, cité, I, nos 113 et 114 initio.

(27) I. *h. t.*, § 4; D. *h. t.*, L. 95, § 4.

(28) I. 4, 13, *de except.*, § 3. Cf. ci-dessus § 227.

(29) D. 44, 4, *de doli mali et metus except.*, L. 2, § 4 et 6.

(30) I. 4, 13, *de except.*, § 3, D. 44, 4, *de doli mali et metus except.*, L. 2, § 4, encore *exceptio pacti* (D. 2, 14, *de pact.*, L. 10, § 2 initio). Cf. GAIUS, IV, 119 initio.

(31) Cf. ci-dessus T. II, § 94, III i. f. L'*exceptio pacti conventi* peut aussi être considérée comme distincte de l'*exceptio doli* (D. 44, 4, *de doli mali et metus except.*, L. 2, § 4). Cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 10, § 2.

(32) Cf. ci-dessus T. II, § 102 et 111 initio.

(33) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 8 i. f.; D. 22, 3, *de probat.*, L. 9.

(34) D. 2, 14, *de pact.*, L. 23.

(35) D. *eod.*, L. 27, pr. Quant à l'hypothèque, comme elle est un accessoire de la dette, elle s'éteint avec celle-ci; donc la convention libératoire peut être invoquée par les tiers détenteurs de la chose hypothéquée (D. 20, 6, *quib. mod. pignus solv.*, L. 5, pr.).

mise à la même règle, parce qu'elle repose sur un payement fictif(36). Le principe énoncé n'est pas absolu :

1° La remise consentie à l'un des codébiteurs solidaires par le créancier commun peut être invoquée par ses codébiteurs s'ils jouissent d'un recours contre le débiteur libéré(37); car autrement la remise ne profiterait pas même à ce dernier; il serait soumis à un recours de la part de ses coobligés après que ceux-ci auraient dû payer le créancier(38). La remise accordée au débiteur principal profitera donc au fidéjusseur(39); mais la libération du premier ne sera d'aucune utilité pour le second(40); s'il s'agit de codébiteurs solidaires principaux, tout dépendra du recours(41). En ce qui concerne la remise consentie par l'un des créanciers solidaires au débiteur commun, elle ne peut jamais être opposée aux autres créanciers(42). Pour le surplus nous renvoyons à la théorie de la solidarité, à l'occasion de laquelle cette question a été examinée d'une manière complète(43).

2° Il va de soi que les parties sont libres de restreindre les effets de la remise à leur propre personne ou à la personne de l'une d'elles(44). Ainsi restreinte du côté du débiteur, la convention libératoire ne profite qu'à celui-ci à titre personnel et non à ses héritiers(45), encore moins à ses codébiteurs, alors même qu'ils disposent d'un recours contre lui(46). Si la remise est limitée du côté du créancier, elle ne peut être opposée qu'à ce dernier et non à ses héritiers(47). Enfin, si elle est limitée des deux côtés, elle ne peut être

(36) Voyez ci-dessus T. III, § 228, 3°.

(37) D. 2, 14, *de pact.*, L. 21, § 5, L. 25, pr. — (38) D. *eod.*, L. 32.

(39) D. *eod.*, L. 21, § 5, L. 32 initio. Voyez cependant le D. *eod.*, L. 24, L. 32 i. f.

(40) D. *eod.*, L. 21, § 5 initio, L. 23; D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 32, § 1. Voyez cependant le D. 2, 14, *de pact.*, L. 24. — (41) D. *eod.*, L. 25, pr.

(42) D. *eod.*, L. 21, § 5 initio, L. 27, pr. (cf. ci-dessus T. I, § 52, note 50 i. f.); arg. D. *h. t.*. L. 93, pr. *Non obstat* D. 4, 8, *de recept.*, L. 34, pr.; cf. ci-dessus T. I, § 52, notes 43 et 44 i. f. — (43) T. I, § 52, IV, 2°.

(44) D. 2, 14, *de pact.*, L. 25, § 1, L. 57, § 1.

(45) D. *eod.*, L. 17, § 3, L. 19, § 1, L. 21, pr., L. 25, § 1, L. 57, § 1.

(46) D. *eod.*, L. 22, L. 25, § 1 cbn. avec le pr. Elle ne profite pas non plus aux tiers détenteurs de la chose hypothéquée en sûreté de la dette (cf. D. 20, 6, *quib. mod. pignus solv.*, L. 5, pr.) — (47) D. 2, 14, *de pact.*, L. 57, § 1.

opposée que par le débiteur au créancier; elle est sans effet à l'égard des héritiers des deux parties comme à l'égard des codébiteurs solidaires(48). En réalité, dans les trois hypothèses, il y a moins remise de dette que concession d'un délai de payement jusqu'au décès, soit du débiteur, soit du créancier, soit du débiteur ou du créancier. Mais ces différentes restrictions ne se présument point, car elles dérogent au droit commun; elles supposent une convention spéciale. La remise ne sera personnelle du côté du débiteur que s'il résulte de la convention ou des circonstances que le créancier a seulement voulu renoncer à son action contre le débiteur et non contre ses héritiers et ses coobligés. De même, elle ne sera personnelle du côté du créancier que si celui-ci a renoncé à la poursuite pour lui et non pour ses héritiers. La circonstance que le créancier s'est engagé à ne pas poursuivre le débiteur, sans mentionner les héritiers respectifs des parties et les coobligés, n'empêche pas la remise de produire ses effets ordinaires; elle n'établit nullement la volonté des parties de ne contracter que pour elles-mêmes; la désignation qu'elles ont faite de leur personne, est une simple mention des cocontractants(49). A raison des effets divers attachés à la remise d'une dette, on distingue des pactes libératoires *in rem* et des pactes libératoires *in personam*(50), soit du côté du débiteur seulement, soit du côté du créancier seulement, soit du côté des deux parties(51). — Il est aussi loisible aux parties de restreindre la remise à un certain temps(52); dans ce cas encore, il y a plutôt concession d'un délai de payement(53).

(48) Voyez encore ci-dessus T. I, § 52, IV, 2°, *ad not.* 41, et le D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 1, vis Quod si sine persona sua.....

(49) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 8, vis Utrum autem in rem.....; arg. D. 22, 3, *de probat.*, L. 9. — (50) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 8 initio.

(51) D. *eod.*, L. 7, § 8 initio, L. 57, § 1. Cette division n'est pas irréprochable, car elle met sur la même ligne la règle et l'exception.

(52) I. 4, 13, *de except.*, § 10 initio; D. 44, 1, *de except.*, L. 3, vis Temporales atque dilatoriæ..... ageretur; D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, § 1 initio.

(53) En sens opposé, la remise consentie à l'un des codébiteurs solidaires par le créancier commun profite même aux codébiteurs ne jouissant pas d'un recours, si le débiteur libéré a stipulé pour eux comme leur représentant (D. 2, 14, *de pact.*, L. 25, § 2, L. 26, cbn. avec L. 10, § 2). Cf. WINDSCHEID, II, § 295, note 4.

CHAPITRE III. — DE LA COMPENSATION.

D. 16, 2, *de compensationibus*. — C. 4, 31, *eod.*

KRUG, *Die Lehre von der Compensation*, Leipzig, 1833.
BRINZ, *Die Lehre von der Compensation*, Leipzig, 1849.
LAIR, *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et le droit français ancien et moderne*, p. 1-56 et 72-94, Paris, 1862.
DESJARDINS, *De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne*, p. 1-162, Paris, 1864.
DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte*, Heidelberg, 1868, 2de édition ; 1re édition de 1854.
SCHWANERT, *Die Compensation nach römischem Recht*, Rostock, 1870.
EISELE, *Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht*, Berlin, 1876.

§ 230. *Notion et historique.*

La compensation (*compensatio*) est l'extinction de deux dettes lorsque, deux personnes étant réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre et de la même chose, l'une invoque sa créance exigible et liquide pour se libérer de sa dette(1); *compensatio est debiti et crediti inter se contributio*(2). La compensation repose sur l'idée ou la fiction d'un payement réciproque(3); le créancier qui réclame le payement, est censé avoir été payé par le défendeur et avoir aussitôt, en acquit de sa propre dette, restitué la chose reçue(4). La compensation a pour but et pour avantage d'éviter ces deux traditions; comme elles ne modifient en rien la situation des parties, elles sont parfaitement inutiles(5). Malgré ce caractère bienfaisant, la compensation déroge à la rigueur du droit; strictement, le débiteur est tenu de payer ce qui fait l'objet de son obligation; sa créance réciproque étant tout à fait indépendante de sa dette, doit rester sans influence sur celle-ci; il doit la poursuivre par voie d'action séparée(6). Aussi la compensation ne pénétra-t-elle que lentement dans le droit romain :

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 2. — (2) D. *h. t.*, L. 1. — (3) Cf. C. *h. t.*, L. 4, vis pro soluto.
(4) Cf. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 76, « ' Dedisse ' intellegendus est etiam is, qui per- « mutavit vel compensavit », et D. 40, 12, *de liber. causa*, L. 19.
(5) Cf. D. *h. t.*, L. 3. « Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra « potius non solvere quam solutum repetere ».
(6) Arg. D. *h. t.*, L. 18, pr., vis æquitate compensationis, C. *h. t.*, L. 5 initio,

1° A l'orgine, elle était seulement reconnue dans deux cas particuliers, contre les banquiers qui poursuivaient leurs clients en justice(7) et contre l'acheteur de l'ensemble des biens d'un insolvable (*bonorum emptor*) s'il actionnait un débiteur de l'insolvable(8). Ces deux espèces étaient soumises à des règles assez variées(9).

2° Mais de bonne heure, sans doute dès la fin de la république, on admit que toutes les obligations de bonne foi seraient compensables entre elles, à la condition d'être nées de la même cause(10), par exemple du même contrat de société. Le défendeur à l'action de bonne foi se prévalait de sa créance réciproque au moyen d'une exception de dol, qui n'avait pas besoin d'être insérée dans la formule(11).

3° En vertu d'un rescrit de Marc Aurèle, qui ne faisait que consacrer une doctrine déjà soutenue auparavant(12), le principe de la compensation fut étendu aux obligations de droit strict nées de la même cause(13). Mais ici, en vertu d'une règle générale(14), le défen-

L. 6 initio, et C. 5, 21, *rer. amot.*, L. 1, pr. (L. 1 initio, Kriegel). Cf. D. 26, 7, *de admin. et peric. tut.*, L. 36 initio.

(7) GAIUS, IV, 64. — (8) GAIUS, IV, 65.

(9) La première espèce était caractérisée par l'expression *cum compensatione agere* (GAIUS, IV, 64 initio), la seconde par les mots *cum deductione agere* (GAIUS, IV, 65 initio) — Le banquier ne pouvait réclamer que le reliquat qui lui était dû par son client; il était tenu de faire la compensation à l'avance (GAIUS, IV, 64); il lui était relativement facile de se conformer à cette obligation, puisqu'il s'agissait d'opérations bien précises et annotées sur ses registres. S'il demandait plus qu'il ne lui revenait, il perdait le procès pour cause de *plus petitio* (GAIUS, IV, 68 initio). D'ailleurs, il était seulement tenu de compenser avec ses créances celles de son client qui avaient le même objet (GAIUS, IV, 66 initio) et qui étaient exigibles (GAIUS, IV, 67 i. f.). — Quant à l'acheteur des biens d'un insolvable, il avait le droit de réclamer l'intégralité de sa créance, mais en offrant de déduire les créances réciproques du défendeur contre l'insolvable (GAIUS, IV, 65, cf. 68 i. f.); on déduisait même les créances réciproques ayant un autre objet (GAIUS, IV, 66 i. f.) ou non encore échues (GAIUS, IV, 67 initio). Cette règle était commandée par l'équité; à son défaut, le débiteur de l'insolvable aurait dû payer intégralement sa dette et n'aurait reçu comme créancier réciproque que le tantième constituant le prix de vente des biens de l'insolvable.

(10) GAIUS, IV, 61-63; I. 4, 6, *de action.*, § 30 initio; THÉOPHILE, *eod.*

(11) Cf. I. 4, 6, *de action.*, § 30 initio, et THÉOPHILE, *eod.* Voyez ci-dessus T. I, § 48, 1° i. f. — (12) D. *h. t.*, L. 4, L. 5, L. 10, § 3, L. 15.

(13) I. 4, 6, *de action.*, § 30, vis Sed et..... inducebatur; THÉOPHILE, *eod.*

(14) Cf. ci-dessus T. I, § 48, 1° i. f.

deur ne disposait d'une exception de dol pour compenser que s'il l'avait fait insérer dans la formule de l'action de droit strict; autrement le juge ne pouvait avoir égard à la compensation(15). A partir de cette réforme, la compensation était possible entre autres à la *condictio indebiti*(16).

4° A la fin de la période classique, on réalisa un progrès nouveau. On permit de compenser entre elles des obligations de bonne foi ou de droit strict nées de causes différentes(17).

5° Enfin avec la procédure formulaire disparut la différence qui existait, au point de vue de la compensation, entre les actions de bonne foi et les actions de droit strict. Dans le nouveau droit romain, la compensation peut être opposée librement à une action quelconque, puisqu'il n'y a plus de formules(18).

(15) Textes de la note 13.

(16) Voyez encore le D. *h. t.*, L. 4, L. 5, L. 10, § 3, L. 15.

(17) PAUL, II, 5, § 3; C. *h. t.*, L. 8. Cf. C. *h. t.*, L. 11, I. 4, 6, *de action.*, § 30, vis In bonæ fidei..... inducebatur, et THÉOPHILE, *eod.* C'est par inadvertance que Justinien (I. 4, 6, *de action.*, § 39), en copiant trop fidèlement Gaius (IV, 61), exige encore, comme condition de la compensation, l'identité de la cause des dettes réciproques; déjà Théophile (I. 4, 6, § 39) redresse cette erreur.

Il paraît aussi certain que, dès la fin de la période classique, on pouvait compenser à une action réelle (laquelle n'est ni de bonne foi, ni de droit strict), si la formule de l'action contenait l'exception de dol.

Fallait-il la mention de cette exception dans la formule, à l'effet de pouvoir compenser à une action de bonne foi sur le fondement d'une autre cause? Nous ne le pensons pas; la formule générale de l'action de bonne foi, si on l'entendait largement, autorisait le juge à prononcer la compensation de dettes issues de causes différentes (arg. I. 4, 6, *de action.*, § 30, vis In bonæ fidei..... condemnari debeat, et THÉOPHILE, *eod.*). Contra VANGEROW, III, § 618, *Anm.* I, n° II initio.

Y avait-il des différences matérielles entre la compensation opposée en vertu d'une exception de dol insérée dans la formule et la compensation abandonnée à l'appréciation du juge? On a soutenu que l'exception de dol insérée dans la formule supposait la connaissance de la créance réciproque de la part du demandeur (VANGEROW, III, § 618, *Anm.* 1, n° II initio) et qu'elle avait pour effet de débouter complètement le demandeur de son action (KRUG, cité, § 18, 2°, p. 50-51). Mais aucune de ces opinions n'est justifiée; voyez contre la seconde VANGEROW, III, § 618, *Anm.* 1, n° II, p. 352-353.

(18) Cf. I. 4, 6, *de action.*, § 30 et 39, et THÉOPHILE, *eod.*

D'après quelques interprètes (BRINZ, cité, § 13-24. — SCHEURL, *Beiträge* I, n° 7, p. 149-173), à aucune époque du droit romain et alors même qu'il s'agissait d'actions de droit strict, le défendeur n'aurait vraiment fait valoir la compensa-

§ 231. *Conditions de la compensation.*

La compensation exige le concours des conditions suivantes :

1° La créance réciproque opposée en compensation doit être valable(1). On ne peut compenser ni avec une créance inexistante, telle qu'une créance conditionnelle(2), ni avec une créance inefficace à raison d'une exception péremptoire appartenant au débiteur(3); dans le second cas, comme dans le premier, on n'est pas vraiment créancier(4). Mais on peut opposer en compensation toute espèce de créances valables, des créances civiles ou simplement naturelles(5), des créances plus faibles ou plus fortes que celle dont le payement est poursuivi(6), des créances payables à un autre endroit(7), etc. Seulement, si les dettes réciproques sont d'imports différents, la compensation n'opère que jusqu'à concurrence de la plus faible(8) et,

tion par une exception de dol; cette exception aurait seulement été admise après que le demandeur aurait refusé de compenser et alors elle aurait eu pour résultat de le faire débouter entièrement de son action. De plus, pendant la période intermédiaire entre Gaius et Paul, l'exception de dol ainsi comprise se serait perdue; on aurait forcé le demandeur à toute action de droit strict de faire à l'avance la compensation dans sa demande, comme les banquiers en avaient déjà l'obligation auparavant; ci-dessus note 9 du présent paragraphe (arg. PAUL, II, 5, § 3, vis « si « pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas,.. compensare vel deducere « debes; si totum petas, plus petendo causa cadis », et D. *h. t.*, L. 4, L. 21). Mais nos sources nous apprennent expressément que Marc Aurèle permit de compenser dans les actions de droit strict au moyen d'une exception de dol (I. 4, 6, *de action.*, § 30, vis Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci opposita doli « mali exceptione compensatio inducebatur.. »; THÉOPHILE, *eod.*). Quant au droit classique postérieur, aucun texte n'oblige le demandeur à une action de droit strict de compenser à l'avance dans la demande; le D. *h. t.*, L. 4, L. 21, n'impose nullement cette obligation, et le passage des Sentences de Paul, outre la possibilité d'une interpolation de la part des compilateurs visigoths, peut très bien s'entendre du cas où le demandeur a volontairement compensé dans la demande (cf. D. *h. t.*, L. 22, et C. *h. t.*, L. 5). Voyez en ce sens DERNBURG, cité, § 21-22, et VANGEROW, III, § 618, *Anm.* 1, n° II, p. 354-357.

(1) D. *h. t.*, L. 14. — (2) Voyez encore le C. *h. t.*, L. 2 initio.

(3) D. *h. t.*, L. 14. — (4) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 66, L. 112.

(5) D. *h. t.*, L. 6, « Etiam quod natura debetur, venit in compensationem ». Voyez cependant ci-dessus T. I, § 47.

(6) I. 4, 6, *de action.*, § 30 initio et 39; D. *h. t.*, L. 11; C. *h. t.*, L. 4, L. 5.

(7) D. *h. t.*, L. 15. — (8) Textes de la note 6.

dans le cas où la créance réciproque du défendeur est payable à un autre endroit que celle du demandeur, il faut tenir compte de l'intérêt qu'avait chaque débiteur ou créancier de faire ou de recevoir le payement hors du lieu de la poursuite, et diminuer ou majorer de ce chef le montant des créances(9); en effet, par suite de la compensation, les deux payements sont censés s'effectuer au lieu de la poursuite. La compensation est même susceptible d'être opposée à une action réelle(10); en définitive les actions réelles poursuivent aussi une obligation; le défendeur est tenu de réparer la lésion du droit réel qui sert de base à l'action(11).

2° Les deux dettes qu'il s'agit de compenser, doivent exister entre les mêmes personnes, c'est-à-dire entre le demandeur et le défendeur(12). C'est une conséquence du principe que la compensation repose sur l'idée d'un payement réciproque intervenu entre le demandeur et le défendeur. Cette condition de la compensation a une double portée.

a) Elle signifie en premier lieu que le défendeur n'a pas le droit d'opposer en compensation les créances d'un tiers contre le demandeur(13); il ne peut compenser qu'avec ses propres créances contre le demandeur. A poursuit B; B ne peut pas se prévaloir des créances

(9) D. *h. t.*, L. 15, pr., « Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum : is « petit a me quam ei debeo pecuniam : quæro, an hoc quoque pensandum sit, quanti « mea interfuit certo loco dari. Respondit : si Titius petit, eam quoque pecuniam, « quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet », § 1 sed cum sua « causa, id est ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit eo loco quo convenerit « pecuniam dari ». Cette loi permet seulement d'avoir égard à l'intérêt qu'a le *demandeur* de payer sa dette au lieu convenu. Mais il est rationnel de tenir aussi compte de l'intérêt du *défendeur* à recevoir le payement de sa créance au lieu convenu et de procéder de même pour la créance faisant l'objet de la poursuite (arg. D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2, pr. et § 8, L. 3, et C. 3, 18, *ubi conven. qui certo loco*, L. un.). En ce sens DERNBURG, cité, § 58, 5°, p. 502-503. Cf. EISELE, cité, § 26, p. 321-322, et WINDSCHEID, II, § 350, 3°, et note 7.

(10) I. 4, 6, *de action.*, § 30, vis Sed nostra constitutio..... sive in rem; C. *h. t.*, L. 14, pr.

(11) Mais la compensation ne se comprend ici que par rapport à la condamnation pécuniaire prononcée à raison de la chose ou de ses accessoires (D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 48, L. 65, pr.) ; cf. ci-après le n° 3 i. f. du présent paragraphe.

Voyez encore le C. *h. t.*, L. 2 i. f.

(12) C. *h. t.*, L. 9; D. *h. t.*, L. 16, pr. — (13) C. *h. t.*, L. 9; D. *h. t.*, L. 18, § 1 initio

de X contre A(14). — Entre autres le représentant d'une personne, s'il est actionné en nom propre, n'est pas autorisé à compenser avec une créance de son principal contre le demandeur; cette créance du principal est celle d'un tiers. La règle s'applique au mandataire, au tuteur et au curateur(15). Mais, si le représentant est actionné en cette qualité, il lui est permis d'opposer en compensation ses créances personnelles contre le demandeur; la circonstance qu'il est poursuivi comme représentant, ne saurait le priver de la faculté de compenser avec ses propres créances. — En principe, le codébiteur solidaire actionné par le créancier commun ne peut pas non plus compenser avec la créance de son coobligé solidaire contre le demandeur(16); c'est encore la créance d'un tiers. Cependant, le défendeur peut opposer en compensation ce qui est dû par le demandeur au codébiteur solidaire, en tant que lui-même a un recours contre ce dernier(17); donc, le fidéjusseur compense valablement avec la créance du débiteur principal(18), mais le débiteur principal ne peut compenser avec celle du fidéjusseur; par rapport aux débiteurs solidaires principaux, le droit de compenser dépend du recours(19). De plus, la compensation régulièrement opposée par l'un des débiteurs solidaires profite aux autres(20). Nous nous référons sur ce point à la théorie de la solidarité(21).

b) En second lieu, le défendeur n'a pas le droit d'opposer en compensation ses créances contre un tiers(22); la créance réciproque du défendeur doit exister vis-à-vis du demandeur. A poursuit B; B ne peut se prévaloir de ses créances contre X. — En conséquence, si le représentant d'une personne exerce une poursuite en nom propre, le défendeur ne peut compenser avec une créance contre le principal du demandeur(23); cette créance existe à l'égard d'un tiers. Si le représentant poursuit en cette qualité, le défendeur ne peut pas davan-

(14) alors même que X consentirait à la compensation (D. *h. t.*, L. 18, § 1 i.f.).
(15) Arg. D. *h. t.*, L. 23. — (16) D. 45, 2, *de duob. reis*, L. 10.
(17) D. *h. t.*, L. 4, L. 5; arg. D. 45, 2, *de duob. reis*, L. 10.
(18) D. *h. t.*, L. 4, L. 5.
(19) D. 45, 2, *de duob. reis*, L. 10. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 9, § 1.
(20) Arg. D. 20, 4, *qui potiores*, L. 4. — (21) T. I, § 52, IV, 3°.
(22) D. *h. t.*, L. 16, pr. — (23) Arg. D. *h. t.*, L. 16, pr., L. 23.

tage compenser avec une créance qui lui compète vis-à-vis du demandeur en son nom personnel(24); le demandeur agissant au nom d'autrui n'est pas personnellement en cause. — De même, si l'un des créanciers solidaires poursuit le débiteur commun, en principe celui-ci ne peut pas opposer en compensation la créance qu'il a contre le cocréancier solidaire(25); c'est une créance contre un tiers. Mais la règle souffre exception dans les limites du recours auquel le demandeur est soumis de la part de son cocréancier solidaire; dans ces limites, il doit subir la compensation(26). De plus, la compensation valablement opposée par le débiteur à l'un des créanciers solidaires nuit aux autres créanciers(27). Ce point a aussi été développé dans la théorie de la solidarité(28). — Enfin, un débiteur cédé ne peut opposer au cessionnaire les créances qu'il a acquises contre le cédant après la notification de la cession; ces créances existent également vis-à-vis d'une tierce personne. Il en est autrement des créances acquises par le cédé contre le cédant avant la notification de la cession(29); en ce qui concerne la compensation opposée au cédant avant cette notification, elle libère le cédé envers le cédant et envers le cessionnaire(30). Nous nous référons à la théorie de la cession des créances(31).

3° Les deux dettes qu'il s'agit de compenser doivent avoir le même objet(32); il faut que le défendeur qui veut compenser, puisse payer sa dette avec la chose faisant l'objet de sa créance réciproque contre le demandeur. C'est seulement sous cette condition qu'il est possible de concevoir le payement réciproque sur lequel repose la com-

(24) D. *h. t.*, L. 23. « Id quod pupillorum nomine debetur si tutor petat, non « posse compensationem objici ejus pecuniæ, quam ipse tutor suo nomine adver- « sario debet ». — (25) Arg. D. 45, 2, *de duob. reis*, L. 10.

(26) Arg. D. *h. t.*, L. 9, pr. « Si cum filio familias aut servo contracta sit socie- « tas et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus, quamvis, « si ageremus, dumtaxat de peculio præstaretur ».

(27) Arg. D. 20, 4, *qui potiores*, L. 4.

(28) ci-dessus T. I, § 52, IV, 3°. Pour un cas analogue voyez le D. *h. t.*, L. 9, pr., cf. L. 19. — (29) Arg. D. *h. t.*, L. 4, L. 5.

(30) Cf. D. 18, 4, *de H. v. A. V.*, L. 23, § 1. — (31) T. I, § 69, V, B, 1°, *a*.

(32) GAIUS, IV, 66, v^is^ in conpensationem hoc solum..... qualitatisque sit; PAUL, II, 5, § 3.

pensation. D'après cela sont compensables entre elles les dettes génériques de même genre, espèce et qualité, par exemple deux dettes d'argent(33), deux dettes de blé de même espèce et qualité(34), deux dettes de vin de même espèce et qualité(34), etc. Nous supposons que le défendeur qui veut compenser, a le choix au moins par rapport à l'une des dettes; si dans l'une et l'autre le choix appartient au demandeur, la compensation est exclue; le demandeur ayant le droit de choisir des choses différentes comme créancier et comme débiteur, les deux dettes n'ont pas le même objet. Par contre, en général on ne peut pas compenser entre elles, soit deux dettes de blé d'espèces ou de qualités différentes, soit deux dettes de vins de crus ou de qualités différentes; pour le vin, une simple diversité des années de récolte rend la compensation impossible, car elle influe sur la qualité du vin. Mais il est évident que la différence des qualités n'exclut pas la compensation si c'est le défendeur qui est créancier des choses de la meilleure qualité et débiteur de la qualité inférieure(35). On ne peut pas davantage compenser une dette d'argent avec une dette de blé ou de vin. Ces règles relatives aux dettes de choses fongibles s'appliquent par analogie aux dettes qui portent sur des choses déterminées seulement quant à leur genre, par exemple sur un cheval en général(36). — Mais *quid* de la compensation d'une dette générique avec une dette qui porte sur un corps certain faisant partie du même genre? A doit à B un cheval en général, tandis que B doit à A un cheval déterminé. Tout dépend du point de savoir si le défendeur a le choix du cheval dû *in genere*. Si ce choix lui appartient, il est admis à compenser; en optant pour le cheval dû *in specie* à l'autre obligation, il peut faire en sorte que les deux dettes aient un objet identique. Pour le motif inverse, la faculté de compenser lui est refusée dans le cas où le choix ne lui

(33) GAIUS, IV, 66, v^is^ veluti pecunia cum pecunia conpensatur...

(34) GAIUS, IV, 66, v^is^ triticum cum tritico..... si ejusdem naturæ qualitatisque sit ». Il résulte de ce texte que certains jurisconsultes romains se contentaient de l'identité du genre; mais l'opinion de leurs adversaires est la plus rationnelle et doit être admise dans la législation de Justinien.

(35) DERNBURG, cité, § 57, p. 485.

(36) Cf. DERNBURG, l. c., et MOLITOR, cité, II, n° 995.

compète pas. En conséquence, si B actionne A en payement du cheval dû *in genere*, d'ordinaire A jouira du droit de compenser, à raison du choix qui lui appartiendra comme débiteur d'un genre; mais si A poursuit B en payement du cheval déterminé qui lui est dû, le plus souvent B ne pourra compenser, faute d'avoir le choix par rapport à sa créance générique(37). Un cas analogue est celui où une dette alternative se trouve en présence d'une dette qui porte exclusivement sur l'une des choses comprises dans la première(38). — Rien ne s'oppose à la compensation de deux obligations de faire qui ont le même objet; cette identité d'objet n'existe pas si la considération de la personne du débiteur a été la cause déterminante de l'une des dettes (39). Mais une dette d'argent comme telle est incompensable avec une obligation de faire; celle-ci n'est point une dette d'argent; le créancier a droit à la prestation elle-même qui forme l'objet de sa créance; c'est seulement l'inexécution de l'obligation qui la convertit en une dette pécuniaire(40). — Enfin, les obligations d'un corps certain et celles de faire deviennent compensables avec des dettes d'argent si, faute d'avoir été exécutées, elles ont donné lieu à des dommages et intérêts; dans ce cas elles ont été transformées en dettes d'argent. C'est pourquoi il est possible de compenser à une action réelle, même quant à l'objet principal de la demande(41).

4° La créance que le défendeur oppose en compensation, doit être exigible; comme la compensation suppose un payement réciproque, vouloir compenser avec une créance à terme, c'est réclamer du

(37) Cf. DERNBURG, cité, § 57, p. 485-486.

(38) Arg. D. *h. t.*, L. 22. « Si debeas decem aut hominem, utrum adversarius « volet, ita compensatio hujus debiti admittitur, si adversarius palam dixisset, « utrum voluisset ». Il va de soi que la compensation est possible après que la partie qui a le choix dans la dette alternative, a opté pour la chose faisant l'objet exclusif de l'autre obligation (L. 22 cit.). Cf. DERNBURG, cité, § 57, p. 490.

(39) DERNBURG, cité, § 57, p. 487-488. Cf. MOLITOR, cité, II, n° 996.

(40) Cf. DERNBURG, cité, § 57, p. 486-487.

(41) DERNBURG, cité, § 58, p. 492-493; cf. MOLITOR, cité, II, n° 996 i. f. Voyez encore DERNBURG, cité, § 58, p. 493-500.

On peut encore compenser entre elles des dettes portant sur des quotes-parts d'une même chose; ces quotes-parts sont d'une nature parfaitement identique (MOLITOR, cité, II, n° 996 initio).

demandeur le payement avant l'échéance(42). Toutefois, le défendeur peut compenser avec une créance à terme si le délai dont jouit le demandeur pour acquitter sa dette, lui a été accordé à titre de faveur par la loi ou par le juge; par exemple, le demandeur actuel a été condamné dans un procès antérieur et le délai de quatre mois accordé pour l'exécution du jugement n'est pas encore expiré(43), ou bien le juge l'a admis, eu égard à sa position, à payer en plusieurs fois avec des délais modérés(44). Un pareil délai, appelé terme de grâce, repose sur une simple considération d'humanité; il n'a d'autre but que de venir au secours du débiteur qui est censé n'avoir pas les moyens de se libérer immédiatement. Or, si ce débiteur fait valoir une créance réciproque contre son adversaire, il lui est possible de payer sa dette à l'aide de cette créance, et le terme de grâce qui lui a été accordé, perd sa raison d'être (45).

5° La créance opposée en compensation par le défendeur doit être liquide, c'est-à-dire que son existence et son montant doivent être certains, ou du moins la créance doit être d'une liquidation facile(46); elle aura ce dernier caractère si elle est de nature à pouvoir être vérifiée dans un délai qui ne soit pas hors de proportion avec celui réclamé par la vérification de la demande originaire; ce point est abandonné à l'appréciation du juge(47). Il ne suffit pas, pour écarter la compensation, que la créance réciproque du défendeur soit contestée; autrement, il aurait toujours dépendu du demandeur de rendre la compensation impossible(48). Mais pourquoi la compensa-

(42) D. *h. t.*, L. 7, pr. — (43) Arg. C. 7, 54, *de usur. rei judic.*, L. 2 initio.

(44) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 21. Cf. ci-dessus T. I, § 6, II, 1°, et ci-après § 249.

(45) D. *h. t.*, L. 16, § 1. « Cum intra diem adjudicati exsecutionem datum judi-
« catus Titio agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem illi judicatus est, compen-
« satio admittetur : aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humani-
« tatis gratia tempus indulgere solutionis ».

(46) C. *h. t.*, L. 14, § 1 initio; I. 4, 6, *de action.*, § 30, vis eas compensationes,
« quæ jure aperto nituntur.. ; THÉOPHILE, I. 4, 6, § 30 et 39.

(47) C. *h. t.*, L. 14, § 1 i. f. Cf. D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 46, § 4, qui se rapporte à une règle propre à l'ancien droit romain (C. Théod. 11, 30, *de appell.*, L. 41).

(48) On n'en a pas moins soutenu l'opinion contraire en s'appuyant sur le C. *h. t.*, L. 14, § 1 initio; mais ce passage doit être complété par la disposition finale du § 1 de la loi 14. En ce sens MOLITOR, cité, II, n° 999 initio, DERNBURG, cité, § 66, p. 563-566, VANGEROW, III, § 618, *Anm.* 2, n° 1, MAYNZ, II, § 291, 4°, et WINDSCHEID, II, § 350, 5°, et note 13 initio. Contra KRUG, cité, § 89-91.

tion exige-t-elle une liquidité absolue ou relative de la créance réciproque du défendeur? Comme nous l'expliquerons ci-après(49), la compensation opposée avec succès opère rétroactivement jusqu'au jour de la coexistence des deux dettes; il eût été peu naturel d'admettre la libération rétroactive du défendeur à raison d'une créance complètement incertaine ou bien plus incertaine que sa propre dette. En ce qui concerne l'effet du jugement qui n'admet pas le défendeur à compenser, il faut distinguer si le jugement repousse la compensation pour défaut de liquidité ou pour défaut de fondement de la créance réciproque du défendeur. Dans la première hypothèse, rien n'empêche le défendeur de faire encore valoir sa créance par voie d'action séparée. Dans la seconde, il ne peut plus agir en payement de sa créance; son action serait repoussée par l'exception de chose jugée, car elle renouvellerait le même débat(50).

6° Enfin, les obligations réciproques existant entre deux personnes sont seulement éteintes par la compensation si l'un des débiteurs étant poursuivi en payement de sa dette, oppose en compensation sa créance réciproque(51); la coexistence de deux dettes compensables est insuffisante. En effet, la compensation a été admise dans l'intérêt du débiteur; elle a pour but de lui permettre de se libérer à l'aide de sa créance; or chacun est libre de renoncer à un droit établi en sa faveur. Si donc le débiteur poursuivi s'abstient volontairement de compenser, il sera condamné au payement de sa dette et sa créance réciproque subsistera avec tous ses accessoires(52); en n'opposant pas la compensation, il s'est borné à renoncer à celle-ci et nullement à sa créance(53). S'il a omis de compenser faute de connaître sa créance réciproque, il n'a pas même voulu renoncer au bénéfice de la compensation; en acquittant sa dette compensable, il

(49) § 232.

(50) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 7 (L. 8, Kriegel), § 2; D. *h. t.*, L. 7, § 1; D. 27, 4, *de contr. tut. et ut. act.*, L. 1, § 4. Voyez encore le C. *h. t.*, L. 14, § 1, vis si inve- « nerint (*scilicet judices*) eas (*compensationes*) majorem et ampliorem exposcere « indaginem, eas.. alii judicio reservent.. ».

(51) D. *h. t.*, L. 2; D. 27, 4, *de contr. tut. et ut. act.*, L. 1, § 4 initio; D. 40, 7, *de statulib.*, L. 20, § 2; C. *h. t.*, L. 8, L. 10.

(52) D. 27, 4, *de contr. tut. et ut. act.*, L. 1, § 4 initio.

(53) Voyez cependant le D. 22, 3, *de probat.*, L. 26.

a fait un payement indu par erreur et il dispose, pour le répéter, de la *condictio indebiti*(54). Le défendeur ayant la faculté de ne pas compenser, peut à plus forte raison, s'il a acquis contre le demandeur plusieurs créances compensables, opposer en compensation l'une d'elles à son choix(55).

§ 232. *Effets de la compensation.*

I. La compensation a pour effet d'éteindre les deux dettes rétroactivement, à partir du jour où elles ont commencé à coexister comme dettes compensables(1). Cette rétroactivité se fonde sur la considération suivante. Depuis le jour de la coexistence des deux dettes compensables, chacun des débiteurs avait droit à la compensation; chacun avait acquis une exception péremptoire contre l'action de l'autre; à vrai dire, ils n'étaient plus réciproquement obligés(2); dès lors, si plus tard l'un oppose la compensation, il ne fait qu'exercer un droit qui lui appartenait dès l'instant de la coexistence des deux dettes, et les deux débiteurs doivent être considérés comme libérés à dater de cet instant. Puisque les deux dettes sont éteintes rétroactivement jusqu'au jour de leur coexistence, elles sont depuis ce jour dépourvues de tout effet; notamment, si elles étaient productives d'intérêts, les intérêts auront cessé de courir(3), et aucun des débiteurs n'aura pu être en demeure(4), ni encourir la peine stipulée pour le cas d'inexécution de son obligation(5), etc. Si les deux dettes

(54) D. *h. t.*, L. 10, § 1; arg. D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 30.

(55) D. *h. t.*, L. 5.

(1) C. *h. t.*, L. 4. « Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto « compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte « debetur.. ».

(2) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 66. » Desinit debitor esse is, qui nanctus est excep- « tionem justam nec ab æquitate naturali abhorrentem »; arg. D. 40, 12, *de liber. causa*, L. 20, § 3.

(3) D. *h. t.*, L. 11; C. *h. t.*, L. 4 i. f., L. 5; C. 8, 42 (43, Kriegel), *de solut.*, L. 7.

(4) Arg. D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 40, vis non enim in mora est is, a quo pecunia « propter exceptionem peti non potest.. ».

(5) Arg. D. 5, 3, *de heredit. petit.*, L. 37, § 1 i. f. Voyez en ce sens, sur les deux derniers points, KRUG, cité, § 25, p. 71, MOLITOR, cité, II, n° 1005, 2°, DERNBURG, cité, § 70 i. f., VANGEROW, III, § 618, *Anm.* 1, n° III, 3° initio, et MAYNZ, II, § 292, et note 12. Contra BRINZ, cité, § 6, p. 16-18.

sont d'imports différents, ces effets de la compensation ne se produisent que jusqu'à concurrence de la dette la plus faible; celle-ci est éteinte d'une manière absolue, mais la plus forte seulement pour le montant de la plus faible(6).

II. Nos sources caractérisent l'effet de la compensation en disant qu'elle a lieu de plein droit, *ipso jure*(7). On a discuté à perte de vue sur la portée de cette expression. Nous l'entendons en ce sens que, dès le moment où commencent à coexister les deux dettes compensables, chacun des débiteurs a droit à la compensation; aucun d'eux n'est plus réellement obligé(8). Mais il existe de nombreuses opinions divergentes :

1° Jusqu'au commencement de ce siècle, on enseignait d'une manière tout à fait générale que par cela seul qu'il s'était formé deux dettes réciproques entre deux personnes, elles s'éteignaient par compensation; celle-ci n'aurait pas eu besoin d'être opposée par l'un des débiteurs; la compensation aurait été un mode d'extinction des obligations opérant de plein droit et non par voie d'exception. A ce principe se rapporterait la maxime ' la compensation a lieu de plein droit'. Mais la doctrine d'après laquelle la compensation éteindrait de plein droit les dettes réciproques, est inconciliable avec nos sources(9).

(6) C. *h. t.*, L. 4 i. f., L. 5; arg. D. *h. t.*, L. 11, et C. 8, 42 (43, Kriegel), *de solut.*, L. 7.

(7) D. *h. t.*, L. 21, vis placuit inter omnes id quod invicem debetur ipso jure « compensari.. », L. 10, pr. initio, L. 4 initio ; C. *h. t.*, L. 4 initio, L. 14, pr.; I. 4, 6, *de action.*, § 30 i. f.

(8) C'est le motif que nous avons donné de la rétroactivité de la compensation au n° I initio du présent paragraphe.

En substance notre explication est celle de BRINZ, *Jahrbücher des gem. deutschen Rechts* de Bekker et Muther I, n° 2, p. 23 sq., Leipzig, 1857, et *Lehrb.* II, § 287 initio, 2de édition (cf. le même, *Compensation*, § 1-24), de DESJARDINS, cité, nos 28-30, et de WINDSCHEID, II, § 349, 4°, et note 10.

(9) Nous nous dispensons de la refuter en détail; voyez seulement : 1° le D. *h. t.*, L. 2. « Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, *si paratus est compensare* », 2° le D. 27, 4, *de contr. tut. et ut. act.*, L. 1, § 4, « Præterea si tutelæ judicio quis convenietur, reputare potest id quod in « rem pupilli impendit : *sic erit arbitrii ejus, utrum compensare an petere velit « sumptus..* », et le 3° D. 45, 2, *de duob. reis*, L. 10. « Si duo rei promittendi socii « non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet ».

Aussi ne rencontre-t-elle plus guère de défenseurs de nos jours(10).

2° D'après l'opinion maintenant dominante, la règle ' la compensation a lieu de plein droit ferait allusion à la rétroactivité de la compensation opposée; si, dit-on, l'un des débiteurs se prévaut de la compensation, les deux dettes sont éteintes, non pas par voie d'exception, mais de plein droit depuis le moment de leur coexistence(11). Ce point de vue est manifestement forcé; considérée en elle-même, la règle ' la compensation a lieu de plein droit ' n'éveille aucune idée de rétroactivité et il est fort peu naturel d'admettre que la compensation opposée par voie d'exception deviendrait après coup une cause d'extinction opérant de plein droit.

3° Enfin, selon certains interprètes(12), la compensation opèrerait de plein droit en ce sens qu'elle aurait lieu conformément aux principes mêmes du droit, abstraction faite des relations existant entre parties et de l'appréciation du juge. Mais, ainsi entendue, la maxime dont il s'agit exprimerait une idée assez triviale; elle n'expliquerait aucun des effets de la compensation ; par contre, dans la manière de voir à laquelle nous avons donné la préférence, la maxime rend compte de la rétroactivité de la compensation. L'explication proposée ne s'appuie d'ailleurs sur aucun témoignage de nos textes(13).

(10) Voyez cependant RIESS, *De compensatione jure Romanorum*, § 3, p. 14-24, Berlin, 1858, et ASHER, *Die Compensation im Civilprocess des classischen römischen Rechts*, p. XVIII-XXIV, et § 16-19, p. 34-55, Berlin, 1863. Ce système a passé dans le Code Napoléon, art. 1290.

(11) Voyez en ce sens KRUG, cité, § 9-11, 20, 23-26, 30 et 31, UNTERHOLZNER, cité, I, § 256 initio, MÜHLENBRUCH, II, § 472, et note 1, PUCHTA, *Pand.*, § 290, et *Vorles.* II, *eod.*, MOLITOR, cité, II, n° 1005, KOCH, cité, II, § 168, KELLER, § 272 i. f., SINTENIS, II, § 104, et *Anm.* 60, NAMUR, II, § 357, **1** et **2**. Cf. MAYNZ, II, § 292.

(12) DERNBURG, cité, § 33-38. — PILETTE, *Revue historique de droit français et étranger* VII, p. 141-155, Paris, 1861. - LAIR, cité, p. 79-91. — VANGEROW, III, § 618, *Anm.* 1, n° III. — DEMANGEAT, II, p. 714-716. — ORTOLAN, III, n° 2199. — Cf. RUDORFF, *zu Puchta's Pandekten*, § 290, note n.

(13) D'après BRINZ, cité, § 1-24, qui abandonna plus tard cette opinion (ci-dessus note 8), UBBELOHDE, *Ueber den Satz* : ipse jure compensatur, Gœttingue, 1858, KELLER, § 272, p. 521-522, et ACCARIAS, II, n° 912, 3°, la règle ' la compensation a lieu de plein droit ' signifierait seulement que le défendeur peut compenser sans opposer une exception formelle, c'est-à-dire insérée dans la formule,

§ 233. *Des cas où la compensation est exclue.*

Malgré le concours des conditions ordinaires de la compensation, celle-ci est exlue :

1° si le débiteur y a renoncé d'une manière expresse ou tacite, après avoir acquis une créance réciproque ou bien par anticipation. La faculté de compenser est établie dans l'intérêt du débiteur et chacun peut renoncer à un droit introduit en sa faveur(1),

2° si quelqu'un est poursuivi en restitution d'une possession injuste(2), c'est-à-dire acquise *vi*, *clam* ou *precario*(3), peu importe que la restitution soit réclamée par une action réelle ou par une action personnelle telle que l'interdit possessoire ou l'action du contrat. Cette règle se fonde sur la considération d'équité que le spolié doit avant tout être rétabli dans sa possession ; *spoliatus ante omnia restituendus est*(4). Ainsi, le possesseur violent d'un immeuble ne peut compenser sa dette du chef des fruits consommés, en invoquant une créance pécuniaire contre le demandeur, quoique, d'après le droit commun, ces deux dettes d'argent soient compensables entre elles(5),

3° si un dépositaire est actionné en restitution de la chose déposée(6), alors même que sa créance réciproque résulterait du dépôt. A raison de la confiance qu'implique le dépôt, la chose déposée doit

(1) La circonstance que le débiteur s'est abstenu une ou plusieurs fois de compenser n'implique pas une renonciation tacite à la compensation ; mais elle peut contenir une remise de dette (D. 22, 3, *de probat.*, L. 26). L'engagement de payer en espèces ne constitue pas non plus en principe une renonciation à la compensation. Voyez, sur la renonciation à la compensation, DERNBURG, cité, § 59, 1°, p. 505-511, et § 60, 2°, p. 517-519.

(2) C. *h. t.*, L. 14, § 2. « Possessionem autem alienam perperam occupantibus « compensatio non datur ». Autrement dans le droit antéjustinien (D. *h. t.*, L. 10, § 2). — (3) Cf. D. 43, 17, *uti possid.*, L. 1, § 9.

(4) Pour ce motif, le spoliateur est seulement empêché de compenser vis-à-vis du spolié (arg. D. 43, 17, *uti possid.*, L. 1, § 9, L. 2). Cf. DERNBURG, cité, § 59, 2°, p. 512, et WINDSCHEID, II, § 350, note 25.

(5) Voyez sur cette exception DERNBURG, cité, § 59, 2°, p. 511-513.

(6) C. 4, 34, *depos.*, L. 11, pr., § 1-2 (L. 11, Kriegel) ; C. *h. t.*, L. 14, § 1 i. f. ; I. 4, 6, *de action.*, § 30 i. f. Cf. PAUL, II, 12, § 12.

être restituée en tout état de cause(7). En conséquence, si la chose déposée périt par le dol ou la faute lourde du dépositaire et que partant celui-ci soit devenu débiteur de dommages et intérêts, c'est-à-dire d'une somme d'argent, il ne peut compenser avec une créance pécuniaire contre le déposant(8). Le dépositaire irrégulier, qui est de plein droit débiteur de choses fongibles, n'est pas non plus admis à opposer en compensation une créance de choses fongibles de même espèce et qualité(9),

4° si quelqu'un est poursuivi en payement d'une dette alimentaire; par sa nature, cette dette exige un payement effectif, sinon elle manquerait son but(10),

et 5° par rapport à certaines créances de l'État et des communes. Telles sont :

a) les créances de l'État et des communes qui ont pour objet soit des impôts(11), soit d'autres prestations destinées à un service public(12),

b) la créance naissant d'une vente de biens de l'État(13),

(7) C. 4, 34, *depos.*, L. 11, pr. i. f. (L. 11 initio, Kriegel). Cf. ci-dessus T. III, § 142, I, 2° initio.

(8) La compensation est aussi exclue à l'*actio judicati* exercée par le déposant contre le dépositaire condamné; le dépôt n'en reste pas moins la vraie cause de la dette (arg. D. 46, 2, *de novat.*, L. 29).

(9) Enfin, les intérêts légaux ou conventionnels dus par le dépositaire régulier ou irrégulier ne sont pas compensables; ils ont leur cause première dans le dépôt. Contra, pour les intérêts conventionnels, DERNBURG, cité, § 60, p. 514-515.

C'est à tort qu'on a voulu étendre l'exclusion de la compensation au commodat; si le C. 4, 23, *de commod.*, L. 4, écarte la compensation, c'est que les dettes réciproques du commodataire et du commodant n'ont pas le même objet.

Au sujet de l'exception relative au dépôt voyez DERNBURG, cité, § 60, 1°, p. 513-516, cbn. avec § 58, p. 499-500.

(10) Tel étant le motif pour lequel la compensation est exclue, l'exclusion n'existe pour les aliments déjà échus que si le payement de ces aliments doit servir à acquitter des dettes antérieures relatives à l'alimentation de l'ayant droit.

Nos sources sont muettes sur notre exception, qui est admise par DERNBURG, cité, § 60, 3°, p. 519-520, et WINDSCHEID, II, § 350, 7°, e. Contra KRUG, cité, § 78, p. 206, DESJARDINS, cité, n° 27, 1°, p. 116-117, et SINTENIS, II, § 104, *Anm.* 50.

(11) D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 46, § 5 initio. — C. *h. t.*, L. 3.

(12) D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 46, § 5 i. f.; D. *h. t.*, L. 20. — C. *h. t.*, L. 3. — Cf. D. *h. t.*, L. 17. — (13) D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 46, § 5 i. f.; C. *h. t.*, L. 7 i. f.

et *c*) les créances résultant soit de prêts d'argent faits par des communes(14), soit de legs faits en leur faveur(15).

Enfin, une créance fiscale quelconque est incompensable avec une créance réciproque du débiteur du fisc contre un autre département fiscal (*statio fisci*)(16).

Dans quelques-uns de ces cas, la compensation est exclue vis-à-vis de l'État et des communes parce qu'elle entraverait les services publics; dans d'autres, elle ne peut se justifier(17).

§ 233bis. *Des demandes reconventionnelles.*

Une institution analogue à la compensation est celle des demandes reconventionnelles (*mutuæ petitiones*(1); *reconventiones* d'après la terminologie moderne). On appelle ainsi les actions que, dans le cours d'un premier procès, le défendeur intente réciproquement contre le demandeur et devant le même juge(2). Le défendeur recourra à ces actions dans plusieurs hypothèses : d'abord, s'il ne peut compenser parce que sa créance réciproque contre le demandeur n'a pas le même objet que sa dette ou bien n'est pas liquide, ensuite, si la compensation ne lui procurerait qu'une satisfaction partielle par le motif que sa créance réciproque est plus élevée que sa dette; dans la dernière espèce, la compensation débouterait seulement le demandeur de son action, sans donner lieu à sa condamnation pour l'excédent de la créance du défendeur. Il se peut aussi que le défendeur ait intérêt à ne pas compenser afin d'empêcher l'extinction rétroactive de sa créance en vertu de la compensation; par exemple sa créance est productive d'intérêts, tandis que sa dette ne l'est point. D'autre part, la demande reconventionnelle présente un avantage marqué sur la poursuite réciproque qu'exercerait le défendeur contre le demandeur après le jugement du premier procès. En effet, elle permet au défendeur de porter sa prétention réciproque devant le même juge, alors même qu'en principe celui-ci est incom-

(14) C. *h. t.*, L. 3 initio. — (15) L. 3 i. f., cit. — (16) C. *h. t.*, L. 1.

(17) Voyez DERNBURG, cité, § 61, et WINDSCHEID, II, § 350, 7°, c et d, et note 25.

(1) D. 17, 1, *mand.*, L. 38, pr. initio; D. 50, 13, *de var. et extraord. cognit.*, L. 1, § 15. — (2) Cf. C. 7, 45, *de sent. et interloc.*, L. 14, et Nov. 96, c. 2.

pétent par rapport à elle *ratione loci vel ratione summæ;* tel est du moins le droit de Justinien; on admet que le demandeur s'est soumis à l'avance à la juridiction du juge devant lequel il a poursuivi son adversaire, pour le cas où ce dernier élèverait une prétention réciproque(3). Il faut cependant que le juge soit compétent *ratione materiæ*(4). En ce qui concerne les conditions de la demande reconventionnelle, celle-ci devait, à l'époque classique, être produite *in jure* pour que le magistrat pût la comprendre dans la formule(5); sous Justinien, la demande reconventionnelle doit être faite dans les vingt jours à dater de la citation en justice(6). Mais elle ne doit pas avoir pour objet une réclamation fondée sur la même cause que l'action originaire(7). La demande reconventionnelle suspend la décision du premier procès jusqu'au jugement de la reconvention, afin que la compensation puisse s'établir le cas échéant; mais cette compensation est dépourvue d'effet rétroactif.

(3) C. 7, 45, *de sent. et interloc.*, L. 14. Cf. D. 5, 1, *de judic.*, L. 22, et D. 2, 1, *de jurisd.*, L. 11, § 1.

(4) Arg. C. 3, 13, *de jurisd. omn. judic.*, L. 3.

Cf. LAIR, cité, p. 63-69, 73-74 et 96-98, DESJARDINS, cité, nº 42, p. 178-184, nº 43, p. 184-185, et nº 46, p. 187-190, et MAYNZ, II, § 291, Observation, et notes 30 et 34.

(5) *Non obstat* D. *h. t.*, L. 18, pr., où les mots *post litis contestationem, si vice mutua conveniatur* doivent s'entendre de la poursuite plutôt que de l'intentement de la demande reconventionnelle. Cf. MAYNZ, II, § 291, note 31.

(6) Nov. 96, c. 2. Ce délai expiré, le défendeur ne peut plus même agir par action séparée avant la fin du procès (Nov. 96, c. 2, § 1 i. f.).

Cf. LAIR, cité, p. 62-63, 95-96 et 99, DESJARDINS, cité, nº 40, p. 166-174, nº 41, p. 175-178, et nº 46, p. 191-102, et MAYNZ, II, § 291, Observation, *ad not.* 31 et i. f.

(7) SÉNÈQUE, *de benef.* VI, 5-6. *Non obstat* C. 7, 45, *de sent. et interloc.*, L. 14, vis in eodem negotio; ces mots signifient ' dans le procès entre les mêmes parties '. Cf. LAIR, cité, p. 60-61 et 96-98, DESJARDINS, cité, nº 40, p. 170, et nº 46, p. 190-191, et MAYNZ, II, § 291, Observation, et notes 32 et 33.

CHAPITRE IV. — DE LA NOVATION.

D. 46, 2, *de novationibus et delegationibus*. — C. 8, 41 (42, édition Kriegel), *eod.*

LIEBE, *Die Stipulation und das einfache Versprechen*, § 14-26, Brunswick, 1840.
FEIN, *Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation*, § 11-15, Iéna, 1850.
VON SALPIUS, *Novation und Delegation nach römischem Recht*, Berlin, 1864.
SALKOWSKI, *Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht*, Leipzig, 1866.
GIDE, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, p. 1-228 et 379-480, Paris, 1879.

§ 234. *Notion et espèces.*

La novation (*novatio*(1)) est la substitution d'une obligation à une autre; *novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio*(2). La novation est objective ou subjective :

1° La novation objective consiste dans un changement apporté à la dette elle-même. Ce changement peut concerner la chose due(3), la cause de la dette (vous me devez 1000 du chef d'un prêt; je stipule de vous ces 1000)(4), sa modalité (vous me devez 1000 sous condition ou à terme; je les stipule de vous purement et simplement, ou *vice versa*)(5) ou bien encore ses accessoires (vous me devez 1000 sur hypothèque ou sous la garantie d'un fidéjusseur; je les stipule de vous sans ces sûretés, ou *vice versa*)(6).

2° La novation subjective consiste dans un changement des personnes qui interviennent dans l'obligation. On peut, sous ce rapport, faire l'un des trois changements suivants : substituer un débiteur nouveau à l'ancien(7), substituer un créancier nouveau à l'ancien(8),

(1) de *novare*, changer (cf. D. *h. t.*, L. 1, pr. i. f.). — (2) Cf. D. *h. t.*, L. 1, pr.
(3) C. *h. t.*, L. 8, pr. initio (L. 8 initio, Kriegel); D. *h. t.*, L. 9, § 2 i. f., cf. L. 9, § 2 initio.
(4) D. *h. t.*, L. 2, L. 8, § 1 initio; D. 17, 2, *pro socio*, L. 71, pr.; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 15 i. f.
(5) I. *h. t.*, § 3 i. f. (§ 3, Kriegel); D. *h. t.*, L. 5, L. 8, § 1; C. *h. t.*, L. 8, pr. initio (L. 8 initio, Kriegel). Voyez toutefois ci-après le § 235, 1° et 2° initio.
(6) I. *h. t.*, § 3 i. f. (§ 3, Kriegel); C. *h. t.*, L. 8, pr. initio (L. 8 initio, Kriegel).
(7) I. *h. t.*, § 3 initio; D. *h. t.*, L. 8, § 5 initio, L. 11, pr.
(8) C. *h. t.*, L. 1 initio, L. 6.

ou bien changer à la fois le débiteur et le créancier(9). Ces changements s'opèrent en général par une délégation (*delegatio*). Toute délégation suppose trois personnes : un déléguant, un délégué et un délégataire, lequel profite de la délégation. D'abord, le débiteur originaire peut déléguer un tiers au créancier originaire, c'est-à-dire donner à un tiers le mandat de s'obliger à sa place envers le créancier(9); ce dernier est le délégataire. Ensuite, le créancier originaire peut déléguer son débiteur originaire à un tiers, en d'autres termes donner au débiteur le mandat de s'obliger vis-à-vis d'un tiers(10); ici c'est le tiers qui est le délégataire. Mais, comme nous l'établirons plus loin(11), la seule délégation, exécutée par le délégué, n'implique pas novation. — On donne le nom d'*expromissio* à la novation qui remplace un débiteur par un autre; la promesse du nouveau débiteur exclut l'ancien de l'obligation; *expromittere* signifie littéralement *promettre quelqu'un dehors*(12).

Il va de soi que la novation peut être en même temps objective et subjective.

Les interprètes du droit romain distinguent encore une novation privative et une novation cumulative; la première éteindrait l'obligation originaire; la seconde la laisserait subsister, en y ajoutant une obligation nouvelle. Les partisans de cette distinction entendent par novation un changement quelconque apporté à une dette. Mais cette notion, comme la division qui s'y rapporte, manque d'intérêt pratique; nous les citons donc pour mémoire(13).

(9) D. *h. t.*, L. 11, pr.

(10) C. *h. t.*, L. 1. Le mot délégation s'applique encore à tout autre mandat par lequel on charge quelqu'un de conclure un acte juridique avec un tiers (D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 5, § 8), donc aussi au mandat de poursuivre un débiteur pour compte du mandant ou comme cessionnaire de sa créance (D. 15, 1, *de pec.*, L. 51 i. f.). Cf. SALPIUS, cité, § 1-22, GIDE, cité, p. 379-480, MAYNZ, II, § 293, et note 5, et MOLITOR, cité, II, nos 1045-1047. — (11) § 235, 3°.

(12) Cf. D. 16, 1, *ad sctum. Vell.*, L. 22, D. 17, 1, *mand.*, L. 45, § 4, D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 53 i. f., et D. 42, 1, *de re judic.*, L. 4, § 3. La novation objective s'appelle aussi *expromissio* (cf. D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 20, et D. 39, 5, *de donat.*, L. 19, § 4).

(13) Cf. MOLITOR, cité, II, nos 1028 initio et 1029, et MAYNZ, II, § 294, Observation initio.

Une novation d'une nature spéciale est celle qui, d'après le droit classique, résultait de la *litis contestatio* et du jugement de condamnation (14). A la différence de la novation ordinaire, qui se fonde sur une convention, la novation prémentionnée avait lieu en dehors d'une convention, en vertu d'un quasi-contrat (15); c'est pourquoi on a encore distingué une novation volontaire et une novation nécessaire (16). Mais, en droit nouveau, la *litis contestatio* et le jugement de condamnation ne produisent plus de novation (17).

§ 235. *Conditions de la novation.*

Les conditions de la novation sont les suivantes :

1° Il faut une ancienne dette valable, sinon la novation manque d'objet (1). En conséquence, s'il n'existait en aucune façon une dette ancienne, la novation est nulle. Autre chose est de savoir si la convention des parties ne vaut pas comme convention propre; elle vaudra à ce titre si les contractants ont eu l'intention commune de conclure une semblable convention, ce qui suppose qu'ils ont connu l'absence d'une dette ancienne; s'ils l'ont ignorée, leur seule volonté a été de faire une novation et celle-ci est nulle (2). Pareillement, si l'obligation ancienne tout en existant était inefficace, la novation est frappée de la même inefficacité (3), à moins que le promettant n'ait connu le vice de l'obligation originaire; dans cette dernière hypothèse, il a voulu confirmer l'ancienne dette et la remplacer par une nouvelle (4). Puisque la novation exige une obligation ancienne,

(14) GAIUS, III, 180. — (15) D. *h. t.*, L. 29 initio. — (16) Cf. L. 29 initio, cit.

(17) Cf. ci-après § 235, 2° i. f., et § 236 i. f. Voyez aussi MOLITOR, cité, II, n°s 1027 et 1028, et MAYNZ, II, § 294, Observation i. f.

(1) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 91, § 6, vis neque hominem qui non est neque pecuniam « quæ non debetur stipulari (*scilicet novari*) possumus ».

(2) D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 62. « Fideicommissum in stipulatione deductum tametsi non debitum fuisset, quia tamen a sciente fidei explendæ causa promissum esset, debetur »; D. 38, 1, *de oper. libert.*, L. 47.

(3) D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 20; D. 44, 1, *de except.*, L. 14; D. 44, 4, *de doli mali et metus except.*, L. 17, § 2.

(4) Cf. D. *h. t.*, L. 12 initio.

Ces règles s'appliquent à la novation subjective comme à la novation objective (D. 39, 5, *de donat.*, L. 2, § 4). Mais *quid* si, A étant réellement créancier de B,

si celle-ci est conditionnelle, la novation aura le même caractère conditionnel; car la condition ajoutée à l'ancienne dette en suspend l'existence. Si elle se réalise, la dette ancienne arrivera à l'existence et sera aussitôt remplacée par la nouvelle. Si la condition défaillit, une dette ancienne fera défaut et la novation sera impossible(5). La novation est également défaillie si le corps certain qui fait l'objet de la dette ancienne, périt accidentellement pendant que la condition est encore en suspens, peu importe que la condition s'accomplisse plus tard; en effet, la perte fortuite de la chose éteint aussitôt l'ancienne dette, qui n'a plus d'objet; cette dette n'existe plus même comme dette conditionnelle et partant la novation est dépourvue d'objet(6). Les parties ne pourraient-elles pas convenir qu'une obligation conditionnelle sera remplacée immédiatement par une obligation pure et simple? Cette convention ne rencontre aucun obstacle; mais elle ne constitue pas une novation; car elle crée une obligation en remplacement d'une autre qui n'existe pas encore. A la novation d'une dette conditionnelle ressemble celle d'une dette future; par exemple, je stipule de A les 1000 que je lui donnerai plus tard en prêt ou que je stipulerai ultérieurement de X(7). — Si la novation exige une ancienne dette valable, toutes les autres circonstances

celui-ci lui délègue C, contre lequel il a une créance nulle ou inefficace? L'obligation qui existait entre A et B, sera valablement remplacée par une obligation entre A et C; rien ne s'oppose à cette novation (D. *h. t.*, L. 12, vis Si quis..... suum recepit, L. 13 initio; D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 9, § 1, vis Si quis..... indotatam uxorem habere; D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 46, § 2, L. 78, § 5 initio). Seulement, si C s'est obligé par erreur, il aura contre B l'*actio mandati contraria* et la *condictio indebiti* à l'effet d'obtenir sa libération vis-à-vis de A ou le remboursement de ce qu'il lui a déjà payé; car il s'est obligé indûment et par erreur au lieu et place de B (D. *h. t.*, L. 12 i. f., L. 13 i. f.; D. 12, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*, L. 9, § 1, vis Itaque adversus..... solverit; D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 78, § 5 i. f.).

Cf. sur cette question MAYNZ, II, § 293, 1° initio, et Observation.

(5) D. *h. t.*, L. 8, § 1 initio, L. 14, § 1 initio.

(6) Arg. D. *h. t.*, L. 14, § 1 i. f., cbn. avec D. 4, 5, *de cap. min.*, L. 2, pr. Il en est autrement si la chose périt par la faute du débiteur; dans ce cas l'obligation conserve un objet; elle porte sur les dommages et intérêts.

Voyez encore le D. 46, 4, *de acceptil.*, L. 21.

(7) D. *h. t.*, L. 8, § 2.

relatives à celle-ci sont indifférentes(8). La dette qu'il s'agit de nover peut être à terme, car le terme ne suspend que l'exigibilité de l'obligation et non son existence(9). On peut aussi nover une obligation naturelle(10).

2° Il faut une convention qui crée une nouvelle dette valable(11); c'est de l'essence de la novation. — Si la nouvelle dette n'est pas valable, il n'y a pas de novation et l'ancienne dette subsiste(12). En ce qui concerne la novation d'une obligation pure et simple par une obligation conditionnelle, son efficacité dépend de la condition. Celle-ci s'accomplissant, la dette nouvelle arrivera à l'existence et éteindra aussitôt l'ancienne(13). Si la condition défaillit, la novation sera également défaillie, faute de dette nouvelle, et l'ancienne dette continuera d'exister(14). Cette dernière règle s'applique aussi au cas où le corps certain qui fait l'objet de la dette primitive, périt par accident *pendente condicione;* cette perte éteint aussitôt l'ancienne dette et rend toute novation impossible(15). Ainsi, selon que la condition

(8) D. *h. t.*, L. 1, § 1, L. 2. — (9) D. *h. t.*, L. 5 initio, L. 8, § 1 initio.

(10) D. *h. t.*, L. 1, § 1 initio.

Voyez encore 1° le D. *h. t.*, L. 34, § 2, L. 32, L. 26 i. f., et les I. *h. t.*, § 2, 2° le D. *h. t.*, L. 4, et 3° le C. 4, 2, *si certum pet.*, L. 6, pr. (L. 6 initio, Kriegel).

(11) I. *h. t.*, § 3ª initio (§ 3, Kriegel); D. *h. t.*, L. 1, § 1 i. f., L. 14, pr. initio.

(12) Arg. I. *h. t.*, § 3 initio.

(13) GAIUS, III, 179 initio; I. *h. t.*, § 3 i. f. (§ 3, Kriegel); D. *h. t.*, L. 8, § 1 i. f., L. 14, pr. initio.

(14) GAIUS, III, 179 initio; I. *h. t.*, § 3 i. f. (§ 3, Kriegel). Servius Sulpicius avait enseigné que la novation d'une dette pure et simple par une dette conditionnelle éteignait immédiatement et *pendente condicione* la dette originaire; à son avis, celle-ci était remise d'une manière tacite et partant ne pouvait plus même être poursuivie *deficiente condicione.* Mais cette remise tacite n'était pas justifiée; aussi l'opinion de Servius Sulpicius était-elle déjà repoussée à l'époque de Gaius (GAIUS, III, 179, vⁱˢ Sed videamus.....). Il en est autrement si une convention spéciale est intervenue à cet égard, comme il sera dit ci-après. En ce sens VANGEROW, III, § 619, *Anm.* 1, n° 2, et MAYNZ, II, § 293, 2°, et § 294, avec la note 9. Contra MOLITOR, cité, II, n° 1036 i. f., du moins pour la novation objective.

(15) D. *h. t.*, L. 14, pr., vⁱˢ Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pen-« dente condicione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tem-« pore, quo condicio impletur », L. 31, pr. initio.

Si la perte est imputable au débiteur, elle laisse subsister la dette ancienne et avec elle la possibilité de la novation.

de la novation s'accomplit ou non, c'est la nouvelle ou l'ancienne dette qui est due. De là la conséquence que *pendente condicione* l'ancienne dette ne peut être poursuivie; comme le créancier n'y a droit que pour autant que la condition défaillit, il s'est engagé implicitement à ne pas en réclamer le payement *pendente condicione;* il a accordé au débiteur un délai de payement pour cette période(16). Rien n'empêche de convenir qu'une obligation pure et simple sera remplacée sur-le-champ par une obligation conditionnelle; seulement cette convention n'a pas le caractère d'une novation. Au reste, étant donnée une nouvelle dette, la novation est possible, que la nouvelle dette soit pure et simple ou à terme(17), civile ou naturelle(18), etc. — Comme la dette nouvelle créée par la novation

(16) D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 80, L. 83; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 36. Cf. D. 12, 6, *de condict. indeb.*, L. 60, § 1.

A raison de la concession de ce délai de payement, si lors de la novation le débiteur était en demeure par rapport à l'ancienne dette, sa demeure est purgée, et si la chose qui fait l'objet de cette dette, périt accidentellement *pendente condicione,* l'ancienne obligation s'éteint et la novation est rendue impossible en vertu du principe énoncé ci-dessus *ad not.* 15; voyez encore le T. I, § 23, I, 3° (D. 46, 3, *de solut.*, L. 72, § 1-3; D. *h. t.*, L. 14, pr. i. f.; D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 17). Contra D. *h. t.*, L. 31, pr., et D. 45, 1, *de V. O.*, L. 56, § 8. Le D. *h. t.*, L. 31, pr., s'occupe d'une novation entre les mêmes personnes; il admet que la demeure du débiteur persiste malgré la novation conditionnelle et partant que si la chose due périt par accident *pendente condicione*, le débiteur reste tenu et que la novation s'opère par l'accomplissemeut subséquent de la condition. Le D. 45, 1, *de V. O.*, L. 56, § 8, se réfère à une expromission conditionnelle; d'après sa décision, l'expromission laisse également subsister la demeure de l'ancien débiteur; si la chose due périt par accident *pendente condicione*, l'ancien débiteur est encore obligé à cause de sa demeure; par contre, le cas fortuit a éteint l'expromission conditionnelle du nouveau débiteur, de telle sorte que l'ancien peut immédiatement être poursuivi. Les auteurs reconnaissent l'antinomie entre les lois romaines; mais ils sont partagés sur la solution de la question au point de vue des principes généraux. Voyez en notre sens Molitor, cité, II, n° 1036, p. 469, Mommsen, *Beiträge* III, § 35, p. 332-335, et Vangerow, III, § 619, *Anm.* 2. Cf. Maynz, II, § 294, notes 3 et 9. Contra Römer, *Die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht*, p. 207 sq., 261 sq., 322 sq. et 327 sq., Tubingue, 1863, et en partie aussi Salkowski, cité, § 17, p. 462-486, et Kniep, *Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation*, § 4-9 et 10, III, p. 49-120 et 122, Wismar et Ludwigslust, 1860.

(17) D. *h. t.*, L. 5 i. f., L. 8, § 1 i. f.

(18) Par application de cette règle, comme le pupille peut s'obliger naturelle-

résulte d'une convention, la novation exige dans tous les cas le consentement des parties qui sont appelées à figurer dans l'obligation nouvelle. Si donc il s'agit de substituer un débiteur nouveau à l'ancien, le débiteur nouveau et le créancier doivent consentir à la novation(19). Quant à l'ancien débiteur, son consentement est inutile; la novation peut même se faire contre son gré, car son opposition est dépourvue d'intérêt(20). Mais en fait il intervient presque toujours dans la novation, en déléguant quelqu'un au créancier(21), et le plus souvent le délégué est son propre débiteur(22). Une délégation de la dernière espèce permet de remplacer deux obligations par une seule. Je dois 1000 à A; de mon côté j'ai une créance de 1000 contre X; je délègue X à A, dans l'intention de le libérer s'il s'oblige à ma place envers A; X s'oblige effectivement vis-à-vis de A, lequel entend renoncer à sa créance contre moi. Je serai libéré de ma dette de 1000 envers A et j'aurai perdu ma créance de 1000 contre X; ces deux rapports obligatoires seront remplacés par une dette de 1000 de X envers A(23). Pareillement, pour substituer un nouveau créancier à l'ancien, il faut avant tout le consentement du nouveau créancier et du débiteur(24). C'est une différence marquée avec la cession d'une créance; cette cession n'exige pas le consentement du débiteur cédé; car elle n'a pas pour but, comme la novation, de créer une nouvelle obligation à charge du débiteur; elle se borne à transférer la créance ancienne sur une autre tête(25). Mais la substitution d'un créancier nouveau

ment, il libère l'ancien débiteur par son *expromissio* (D. *h. t.*, L. 1, § 1 i. f.; I. *h. t.*, § 3, vis adeo ut interdum..... stipulatus fuisset; GAIUS, III, 176, vis adeo ut interdum.....). Mais l'ancien débiteur demeure obligé malgré l'*expromissio* d'un esclave (voyez les deux derniers textes); pour quel motif? Il n'est pas aisé de l'indiquer; on peut dire que l'obligation naturelle de l'esclave produit des effets si restreints qu'on ne voulut pas la considérer comme suffisante pour dépouiller un créancier de son droit; cf. ci-dessus T. I, § 47, II, 1°, et note 20. Voyez d'ailleurs GAIUS, III, 179 i. f., et D. 2, 14, *de pact.*, L. 30, § 1, et pour d'autres explications NAMUR, II, § 359, 2°. — (19) Arg. C. *h. t.*, L. 1 initio.

(20) D. *h. t.*, L. 8, § 5, vis liberat autem me is qui quod debeo, promittit, « etiamsi nolim; D. 46, 3, *de solut.*, L. 91; D. 46, 4, *de acceptil.*, L. 13, § 10 i. f.

(21) C. *h. t.*, L. 2. — (22) D. *h. t.*, L. 11, pr.

(23) Cf. D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 82. — (24) C. *h. t.*, L. 1 initio, L. 6.

(25) C. *h. t.*, L. 1 i. f.; C. 4, 39, *de H. v. A. V.*, L. 3. Cf. ci-dessus T. I, § 66, IV.

à l'ancien suppose en outre le consentement de ce dernier, parce qu'il s'agit d'éteindre son droit de créance (26). En général, l'ancien créancier consent à la novation en déléguant son débiteur à un tiers (27), qui d'ordinaire est le créancier du délégant (28). Grâce à cette novation, on peut encore remplacer deux obligations par une seule. J'ai une créance de 1000 contre A et une dette de 1000 envers X; je délègue A à X, dans l'intention de le libérer s'il s'oblige à ma place envers X; A promet effectivement 1000 à X, lequel entend renoncer à sa créance contre moi. Je cesserai d'être créancier de A et débiteur de X, et A devra 1000 à X (29). La validité de la novation est d'ailleurs subordonnée à la capacité des personnes qui sont appelées à y consentir. Dans le cas d'une novation objective, le débiteur doit être capable de promettre (30) et le créancier capable d'aliéner (31), car il aliène son ancienne créance (32). La novation peut se faire, soit par un mandataire spécialement nommé à cette fin (33), soit par tout autre mandataire dont les instructions impliquent le pouvoir de nover; tel est le mandataire chargé de l'administration de l'ensemble des biens du mandant (34); mais le mandat de recevoir le payement d'une dette

(26) D. *h. t.*, L. 8, § 5, vis Non tamen si..... stipuletur.

(27) C. *h. t.*, L. 6, L. 1 initio; D. *h. t.*, L. 27. — (28) C. *h. t.*, L. 6.

(29) Enfin, si l'on veut changer à la fois le débiteur et le créancier, il faut le consentement du nouveau débiteur, du nouveau créancier et de l'ancien, et cette novation peut servir à remplacer trois rapports obligatoires par un seul. A doit 1000 à B, tandis qu'il a une créance de 1000 contre X et que B doit 1000 à Y. A délègue X à Y, dans l'intention de le libérer s'il s'engage envers Y, et, sous la même condition, B entend renoncer à sa créance contre A, et Y à sa créance contre B. X promet effectivement 1000 à Y. Sont éteints les rapports obligatoires entre A et B, entre A et X, et entre B et Y; le tout est remplacé par une dette de 1000 de X envers Y (cf. D. *h. t.*, L. 11, pr.). — (30) Arg. D. *h. t.*, L. 20, § 1 initio.

(31) Arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 15 initio. Cf. D. *h. t.*, L. 10 initio, L. 9, pr.; pour le dernier texte voyez SALKOWSKI, cité, § 7, I, p. 214-218.

(32) Par dérogation à la règle énoncée, si la novation se borne à restreindre l'ancienne obligation, il suffit que le débiteur soit capable de volonté; en promettant moins, il ne fait en réalité qu'accepter une remise partielle de la dette. De même, si la novation étend l'obligation, le créancier doit seulement être capable de volonté; il n'y a de sa part qu'une stipulation supplémentaire (cf. D. *h. t.*, L. 3).

(33) Arg. D. *h. t.*, L. 20, pr., L. 22.

(34) D. *h. t.*, L. 20, § 1 i. f. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 34, pr., et le D. 15, 1, *de pecul.*, L. 48, § 1.

ne confère pas le pouvoir de nover(35). Dans le cas d'une novation subjective, le promettant et le stipulant doivent être respectivement capables de promettre(36) et de stipuler; en outre, s'il s'agit de changer le créancier, l'ancien créancier doit avoir la capacité d'aliéner(37). En ce qui concerne la forme de la novation, la stipulation est requise(38), pour que l'obligation ancienne soit éteinte de plein droit et remplacée par une obligation civile; une novation faite par simple convention éteint seulement l'ancienne dette par voie d'exception et ne crée à sa place qu'une obligation naturelle. Anciennement, les *nomina transcripticia* servaient aussi à nover les obligations(39), comme il a été expliqué ailleurs(40). — Dans le droit antéjustinien, la novation dite nécessaire, fondée sur la *litis contestatio* et le jugement de condamnation, dérogeait à la théorie que nous venons d'exposer; elle avait lieu de plein droit en vertu d'un quasi-contrat(41).

3° Le créancier de l'ancienne dette doit avoir l'intention de renoncer à sa créance, ou bien, comme on dit d'habitude, il doit avoir l'intention de nover, l'*animus novandi*(42); la novation ne se présume point. C'est l'application d'un principe général sur les renonciations; celles-ci ne se présument jamais(43); or toute novation implique de la part du créancier de l'ancienne dette une renonciation à sa créance. Mais la novation n'a pas besoin d'être expresse; elle peut être tacite; indépendamment d'une déclaration formelle, elle résulte de tous actes du créancier qui n'admettent pas d'autre interprétation raisonnable que celle d'une renonciation à sa créance. Cette théorie est incontestablement fondée en raison; si la volonté de nover,

(35) D. *h. t.*, L. 10, vis excepto eo....., L. 25, cf. L. 16, L. 23. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 20, § 1, vis tutor potest, si hoc pupillo expediat, L. 34, § 1.

(36) Arg. D. *h. t.*, L. 20, § 1 initio. — (37) D. 46, 3, *de solut.*, L. 15 initio.

(38) D. *h. t.*, L. 11, § 1 initio, L. 2 initio. — (39) Gaius, III, 128-130.

(40) T. I, § 78, I.

(41) Gaius, III, 180; D. *h. t.*, L. 29 initio. La *litis contestatio* opérait une novation subjective du côté du créancier, si elle intervenait entre le cessionnaire d'une créance et le débiteur cédé (cf. D. *h. t.*, L. 11, § 1, et *Vatic. fragm.* 263; ci-dessus T. I, § 66, II, 1° i. f.).

(42) D. *h. t.*, L. 22, L. 24, L. 26 i. f., L. 28 initio, L. 31, pr. initio.

(43) Cf. ci-dessus T. II, § 100bis, I, B, 4° initio.

quoique non manifestée d'une manière expresse, n'en est pas moins certaine, elle doit entraîner la novation. Tel était le système du droit classique et Justinien ne l'a pas abrogé. A la vérité, les anciens jurisconsultes romains discutaient dans beaucoup de cas particuliers sur le point de savoir s'il y avait novation tacite(44) et Justinien a voulu mettre un terme à ces controverses(45); mais tout ce qui résulte de sa constitution, c'est qu'on doit repousser la novation toutes les fois que la volonté de nover est douteuse; si cette volonté résulte clairement de l'acte, la novation doit être admise(46). Les interprètes du droit romain sont très partagés sur la question que nous venons de résoudre; à raison de la constitution de Justinien, beaucoup repoussent d'une façon absolue les novations tacites, tout en reconnaissant que cette théorie n'est pas rationnelle(47). Mais quand

(44) GAIUS, III, 177-178; I. *h. t.*, § 3ª initio (§ 3, Kriegel); C. *h. t.*, L. 8, pr. initio (L. 8 initio, Kriegel). Cf. GAIUS, III, 179.

(45) C. *h. t.*, L. 8; I. *h. t.*, § 3ª (§ 3 i. f., Kriegel).

(46) Justinien exclut la novation « nisi ipsi specialiter remiserint quidem « priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anteriori- « bus elegerint » (C. *h. t.*, L. 8, pr. i. f. (L. 8, Kriegel)). Il l'admet seulement « quo- « tiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem « prioris obligationis convenerunt » (I. *h. t.*, § 3ª (§ 3 i. f., Kriegel)). Il se résume dans les mots « Et generaliter definimus *voluntate* solum esse, non lege novan- « dum » (C. *h. t.*, L. 8, § 1 initio (L. 8 i. f., Kriegel)). Ces derniers mots rendent la véritable pensée de l'empereur.

Mais surtout les compilateurs des Pandectes ont inséré dans ce recueil de nombreux passages qui font uniquement dépendre la novation de la volonté des parties (D. *h. t.*, L. 2, vis si hoc agatur, L. 8, § 1, vis si hoc actum est, § 2, vis si modo hoc actum sit, et § 5, vis si hoc actum est, L. 26, vis si novandi animo hoc fiat, L. 29, vis si id specialiter actum est, L. 31, § 1, vis cum id specialiter agit). Les deux derniers textes sont d'autant plus concluants qu'ils semblent avoir été interpolés; si les compilateurs n'avaient reconnu qu'une novation expresse, ils auraient exigé un *specialiter expressum* au lieu d'un *specialiter actum*.

(47) Voyez en notre sens WENING-INGENHEIM, II, § 247, 4° initio, UNTERHOLZNER, cité, I, § 290, n° V, MÜHLENBRUCH, II, §475 i. f., PUCHTA, *Pand.*, § 291, et note h, et *Vorles.* II, § 291 i. f., MOLITOR, cité, II, nos 1037-1040, FEIN, cité, § 11, SEUFFERT, II, § 293, 3° initio, SALPIUS, cité, § 43-44, ARNDTS, § 268, et *Anm.* 5, GIDE, cité, p. 153-182, MAYNZ, II, § 293, 3°, et WINDSCHEID, II, § 354, 2°, et note 15. Cf. KELLER, § 277, *c*, et ORTOLAN, III, n° 1702.

Contra BÜCHER, cité, § 169, *ad not.* 5, MACKELDEY, II, § 493, 2°, et note *e*, GŒSCHEN, II (2), § 454 i. f., SALKOWSKI, cité, § 8, p. 256-267, SINTENIS, II, § 105,

y a-t-il novation tacite? On doit l'admettre si les parties changent la chose due ou bien la cause de la dette. Vous me devez une somme de 10,000; je conviens avec vous que vous serez libéré de cette dette en me payant une rente viagère de 500 fr. par an, une quantité déterminée de blé ou un immeuble. Ou bien vous me devez 1000 du chef d'un prêt; je stipule de vous ces 1000. Dans ces diverses espèces il y a novation tacite. En effet, la dette nouvelle est essentiellement différente de l'ancienne; il n'y a rien de commun entre deux dettes qui portent sur des choses différentes ou qui résultent de causes différentes; en présence de cette diversité des dettes, les parties ont dû vouloir que la nouvelle remplaçât l'ancienne(48). Mais il n'y a pas novation tacite par cela seul que l'on change la modalité ou l'un des accessoires de l'ancienne dette ou bien par cela seul qu'un tiers promet la même chose que l'ancien débiteur ou stipule la même chose que l'ancien créancier; dans tous ces cas, la novation n'existe que moyennant une déclaration expresse des parties ou bien si la volonté de nover résulte incontestablement de l'acte ou des circonstances qui l'ont accompagné. La raison en est que, considérée dans ses éléments principaux, la dette est restée la même; une dette ne change pas de nature si l'on se borne à en changer soit les accessoires, soit la modalité, qui elle aussi a un caractère accessoire, ou bien si un nouveau débiteur ou créancier promet ou stipule à côté de l'ancien(49). — A défaut d'une

n° I, 4°, et *Anm.* 25, VANGEROW, III, § 619, Observation sur le texte 3, DEMANGEAT, II, p. 510, NAMUR, II, § 359, 5°, ACCARIAS, II, n° 695, 1°, et BARON, § 266, II, 3°, b. Cf. MEJER, *zu Schweppe's röm. Privatrecht* III, § 632 i. f., et THIBAUT, I, § 525.

(48) D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 10, pr., « Si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videbitur discessisse a conductione : quod si ante rogavit, postea conduxit, conduxisse videbitur. Potius enim hoc procedere videtur, quod novissime factum est : et hoc Pomponius ait », et § 2, cf. § 1. *Non obstat* D. *h. t.*, L. 8, § 1; ce passage prouve seulement qu'en changeant la cause de la dette, les contractants *peuvent* avoir voulu exclure la novation.

Quid si le créancier d'une chose stipule l'estimation de celle-ci? Il n'y a pas novation tacite (D. *h.* t., L. 28 initio).

Voyez encore le D. 15, 3, *de in rem verso*, L. 20, § 1.

(49) C. *h. t.*, L. 8, pr. (L. 8 initio, Kriegel); D. *h. t.*, L. 8, § 1 et 5, « Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari

intention certaine de nover, l'ancienne dette subsistera à côté de la nouvelle(50). Mais, en principe, ces deux créances ne constituent qu'une seule et même obligation; la seconde n'est qu'une modification de la première(51); les deux créances se ramenant en réalité à une seule ne peuvent être cumulées, elles sont éteintes par un payement unique(52). En conséquence, si la convention est intervenue entre les mêmes personnes, il y aura une obligation alternative(53); si un nouveau débiteur a promis ou si un nouveau créancier a stipulé, il y aura une obligation solidaire, passive(54) ou active.

§ 236. *Effets de la novation.*

La novation a un double effet : elle éteint l'ancienne dette de plein droit(1) et crée à sa place une obligation nouvelle(2). L'extinction de l'ancienne dette produit cette conséquence que si la novation a substitué un nouveau débiteur à l'ancien, le créancier supporte l'insolvabilité du nouveau débiteur; il ne dispose d'aucune action récursoire contre l'ancien(3). Au reste, avec l'obligation ancienne s'éteignent également ses accessoires, tels que les intérêts(4), les hypothèques(5), les privilèges(6) et les effets de la

« dotem, sed fieri novationem placet, *si hoc actum est..* », L. 31, § 1, vis Secundum quæ..... Cf. Gaius, III, 177-178.

(50) I. *h. t.*, § 3a i. f. (§ 3 i. f., Kriegel); C. *h. t.*, L. 8, pr. i. f. (L. 8, Kriegel); D. *h. t.*, L. 2 i. f.

(51) Arg. I. *h. t.*, § 3a (§ 3, Kriegel), vis manere et pristinam obligationem et « secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio », et C. *h. t.*, L. 8, pr. i. f. (L. 8, Kriegel).

(52) La règle ne cède que devant la manifestation d'une volonté contraire.

(53) Arg. D. *h. t.*, L. 28. Cette obligation présente la particularité que le créancier ayant fait deux stipulations séparées a stipulé virtuellement le choix de la chose à payer (arg. L. 28 cit.).

(54) D. *h. t.*, L. 8, § 5. « Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis « nomine stipulatus sit, ... si.. non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem « tenetur, sed altero solvente alter liberatur.. ».

(1) I. *h. t.*, § 3 initio; D. *h. t.*, L. 1, pr.; C. *h. t.*, L. 2.

(2) I. *h. t.*, § 3 initio; D. *h. t.*, L. 1, pr.

(3) C. *h. t.*, L. 3, § 1 (L. 3 i. f., Kriegel). — (4) D. *h. t.*, L. 18, L. 27.

(5) D. *h. t.*, L. 18; D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 11, § 1 initio.

(6) D. *h. t.*, L. 29, vis Perit privilegium..... actum est.

demeure(7) ou d'une clause pénale(8); ces accessoires ne sont nullement transférés à l'obligation nouvelle(9). De plus, si l'ancienne obligation était solidaire, la novation l'éteint vis-à-vis de tous les codébiteurs solidaires(10), donc aussi vis-à-vis des cautions(11), et à l'égard de tous les cocréanciers solidaires(12), peu importe qu'ils ne soient pas intervenus dans la novation et alors même que celle-ci aurait été conclue entre un nouveau débiteur et un nouveau créancier, avec le consentement de l'ancien créancier ou de l'un des anciens créanciers solidaires. Mais en général les parties peuvent, par une convention spéciale, transférer à la nouvelle dette les accessoires de l'ancienne(13). En ce qui concerne l'hypothèque, il va de soi que les parties sont libres d'établir, en sûreté de la nouvelle obligation, une hypothèque nouvelle qui se datera du jour de son établissement(14). Autre chose est de savoir si elles peuvent convenir que l'hypothèque sera transférée, avec sa date antérieure, de l'ancienne obligation à la nouvelle. Une distinction est nécessaire. Si celui qui contracte la dette nouvelle, a lui-même consenti l'hypothèque en garantie de l'ancienne obligation, rien ne fait obstacle au transfert de l'hypothèque(15); ce transfert ne nuit à personne; l'hypothèque transférée continuera de l'emporter sur les hypothèques subséquentes, comme avant la novation. Nous supposons que la dette nouvelle n'est pas plus étendue que l'ancienne; si elle comprennait plus, l'hypothèque ne serait transférée que jusqu'à concurrence de l'ancienne obligation; pour l'excédent de la nouvelle, il ne peut être question de transférer une hypothèque qui n'existe point; il est seulement possible d'établir une hypothèque nouvelle qui se datera du jour de la novation(16). Si au contraire l'hypothèque attachée à l'ancienne dette n'a

(7) D. *h. t.*, L. 8, pr.; D. 13, 1, *de condict. furt.*, L. 17. Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 29, § 1, et ci-dessus T. I, § 23, II, et T. III, § 235, note 16. — (8) D. *h. t.*, L. 15.

(9) D. *h. t.*, L. 8, pr., L. 15, L. 18, L. 27.

(10) Arg. D. 16, 1, *ad sctum Vell.*, L. 20.

(11) D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 60 i. f.; C. 8, 40 (41, Kriegel), *eod.*, L. 4.

(12) D. *h. t.*, L. 31, § 1. Cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 27, pr., et ci-dessus T. I, § 52, note 50. — (13) D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 11, § 1 i. f.

(14) D. 20, 4, *qui potiores*, L. 12, § 5.

(15) D. *eod.*, L. 3, pr., L. 21, pr.; D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 11, § 1 i. f.

(16) D. 20, 4, *qui potiores*, L. 12, § 5.

pas été concédée par celui qui contracte la nouvelle obligation, la clause relative au transfert de l'hypothèque est nulle; elle est une *res inter alios acta* à l'égard du tiers qui a consenti l'hypothèque(17). Elle ne devient valable que par un nouveau consentement de ce tiers. Il est aussi au pouvoir des parties de faire de ce consentement une condition de la novation, auquel cas, si le tiers refuse d'adhérer au transfert de l'hypothèque, la novation sera défaillie et l'ancienne dette subsistera avec l'hypothèque(18). De même si, en novant une obligation solidaire, on convient que les codébiteurs solidaires principaux ou les cautions seront tenues de la dette nouvelle, cette clause ne peut être opposée aux anciens coobligés qui n'y ont pas consenti(19); mais la novation se fait valablement sous la condition que les codébiteurs solidaires accèderont à la nouvelle obligation(20).

Par dérogation à ces règles, dans le cas de la novation dite nécessaire qui, à l'époque classique, résultait de la *litio contestatio* et du jugemeut de condamnation, les accessoires garantissant l'ancienne obligation étaient de plein droit transférés à la nouvelle(21). Mais cette novation opérait, comme toute autre, vis-à-vis des codébiteurs et des cocréanciers solidaires(22).

CHAPITRE V. — DE LA CONFUSION.

La confusion (*confusio*), considérée comme un mode d'extinction des obligations, peut intervenir soit entre le débiteur et le créancier (§ 237), soit entre codébiteurs solidaires, soit entre cocréanciers solidaires (§ 238).

(17) Arg. C. 8, 15 (16, Kriegel), *si aliena res pign. data sit*, L. 6 i. f.

(18) Arg. D. *h. t.*, L. 14, pr. initio.

(19) C. 8, 40 (41, Kriegel), *de fidejuss.*, L. 4, et arg. de cette loi.

(20) Arg. D. *h. t.*, L. 14, pr. initio. Cf. ci-dessus T. I, § 52, IV, 4° i. f.

(21) D. *h. t.*, L. 29; D. 27, 3, *de tut. et ration. distrah.*, L. 22; D. 50, 17, *de R J.*, L. 86.

(22) Arg. GAIUS, III, 180-181, IV, 106-107, et C. 8, 40 (41, Kriegel), *de fidejuss.*, L. 28. Cf. ci-dessus T. I, § 52, IV, 4° i. f.

§ 237. *De la confusion entre le débiteur et le créancier.*

1° La confusion entre le débiteur et le créancier est l'extinction d'une dette par la réunion sur la même tête des qualités de débiteur et de créancier; *cum in eamdem personam jus stipulantis promittentisque devenit*(1). Le plus souvent cette confusion résulte de la succession héréditaire; un créancier devient l'héritier de son débiteur, ou réciproquement un débiteur devient l'héritier de son créancier(2). Mais la confusion peut encore se produire dans d'autres circonstances; si un créancier conclut avec son débiteur une société universelle de biens, comme cette société comprend aussi les créances de ses membres, l'associé débiteur de son coassocié a droit pour sa part sociale à la créance de son coassocié contre lui-même; dès lors pour cette part il est débiteur et créancier, et sa dette s'éteint par confusion(3). Le motif de cette cause d'extinction des obligations est l'impossibilité matérielle de poursuivre le payement d'une dette alors qu'on est à la fois créancier et débiteur; on ne peut demander le payement à soi-même. En conséquence, malgré la réunion sur une seule tête des qualités de débiteur et de créancier, la dette n'est pas éteinte par confusion si, à raison des circonstances, il est encore possible d'en réclamer le payement. Ainsi l'héritier qui, étant créancier ou débiteur du *decujus*, accepte la succession sous bénéfice d'inventaire, reste créancier(4) ou débiteur(5) de l'héréditè; par suite du bénéfice d'inventaire, il lui est possible de se payer sur les biens de la succession, comme les autres créanciers héréditaires, ou de payer à la masse de la succession, comme les autres débiteurs héréditaires. Par application du même principe, si un héritier qui était créancier ou débiteur du *decujus*, vend l'hérédité

(1) D. *h. t.*, L. 107 i. f., cf. L. 75.

(2) D. *h. t.*, L. 95, § 2 initio, L. 75; C. 2, 3, *de pact.*, L. 7 initio; C. 4, 16, *de action. heredit.*, L. 5.

(3) Cf. ci-dessus T. III, § 164, I, et note 12. Au sujet d'un autre cas de confusion voyez les I. 4, 8, *de noxal. action.*, § 6 i. f., le D. 9, 4, *eod.*, L. 37, et le D. 47, 2, *de furt.*, L. 18. — (4) C. 6, 30, *de jure deliber.*, L. 22, § 9 i. f.

(5) Arg. L. 22 cit., § 9 i. f. et 10.

à un tiers, il conserve sa créance contre l'acheteur(6) ou demeure tenu de sa dette envers lui(7); ici encore un payement est parfaitement possible entre le vendeur et l'acheteur de l'hérédité(8). Une autre application concerne la solidarité et a été développée à l'occasion de cette théorie(9); si la confusion intervient entre l'un des codébiteurs solidaires et le créancier commun ou bien entre l'un des cocréanciers solidaires et le débiteur commun, elle est inopérante à l'égard des autres débiteurs ou créanciers solidaires(10), sauf dans les limites du recours de ceux-ci contre le codébiteur ou le cocréancier en la personne de qui la dette s'est éteinte par confusion(11); donc, si un débiteur principal devient l'héritier du créancier ou *vice versa*, la caution est libérée d'une manière générale à raison de son recours contre le débiteur principal (12).

2° La confusion a pour effet d'éteindre la dette de plein droit(13) avec ses accessoires(14). Mais cette extinction n'est totale que si la confusion a le même caractère; si la confusion n'est que partielle, si les qualités de débiteur et de créancier se sont seulement réunies pour une quote-part sur la même tête, la dette est seulement éteinte dans la même proportion. Nous avons vu aussi que la confusion n'est pas toujours définitive; elle cesse de produire ses effets par suite du bénéfice d'inventaire et de la vente de l'hérédité.

§ 238. *De la confusion entre codébiteurs ou entre cocréanciers solidaires.*

La confusion entre codébiteurs ou entre cocréanciers solidaires est la réunion sur la même tête de plusieurs qualités de débiteur

(6) D. 18, 4, *de H. v. A. V.*, L. 2, § 18 et 15, cf. L. 24.

(7) D. *eod.*, L. 20, § 1, cf. pr.

(8) Pour des applications analogues voyez 1° le D. 5, 2, *de inoffic. testam.*, L. 21, § 2, 2° le D. 36, 1, *ad sctum Trebell.*, L. 61 (L. 59, Kriegel), pr. (ci-dessus T. I, § 47, III, 6°), L. 82 (L. 80, Kriegel), et 3° le D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 87, § 1 cbn. avec le pr. — (9) T. I, § 52, IV, 5°.

(10) D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 21, § 3 i. f., L. 71, pr., et arg. de ces textes.

(11) L. 71, pr., cit., et arg. de ce texte. — (12) D. *eod.*, L. 21, § 3 initio, L. 71, pr.

(13) D. *h. t.*, L. 75, L. 107 i. f.; C. 4, 16, *de action. heredit.*, L. 5.

(14) D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 71, pr., vis sed et accessiones..... ita nec remaneant.

solidaire ou de plusieurs qualités de créancier solidaire; par exemple, deux codébiteurs solidaires ou deux cocréanciers solidaires héritent l'un de l'autre. Pour déterminer les effets de cette confusion, il faut distinguer :

1° Si l'un des liens obligatoires confondus est plus avantageux que l'autre, le moins favorable s'éteint; il est devenu sans objet, puisqu'il est compris dans le premier et repose sur la même personne. En particulier, si un débiteur civil a fourni un fidéjusseur, la confusion qui intervient entre ces deux personnes, éteint la fidéjussion; le lien de l'obligation principale persiste comme étant le plus favorable(1). De même, la confusion intervenue entre le fidéjusseur principal et le fidéjusseur du fidéjusseur éteint l'arrière-fidéjussion(2). Par contre, si un débiteur naturel a donné un fidéjusseur, la confusion survenue entre eux éteint l'obligation principale; le lien du cautionnement subsiste; d'accessoire qu'il était jusque-là, il devient principal; dans l'espèce c'est le lien le plus favorable(3).

2° Si les liens obligatoires confondus sur la même tête sont également avantageux, tous demeurent debout; car il n'y a pas de motif d'admettre l'extinction de l'un plutôt que celle de l'autre(4). Mais ils subsistent comme par le passé; ils ne forment qu'une obligation unique et un seul payement est dû(5). Cette règle s'applique à la confusion qui intervient entre deux codébiteurs solidaires prin-

(1) D. 45, 2, *de duob. reis*, L. 13, vis Nam ubi quidem..... perimi; D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 5, vis Generaliter Julianus..... alteram per alteram perimi; D. *h. t.*, L. 93, § 2, vis Sed et si..... confusa sit obligatio, et § 3, cf. L. 95, § 3, vis E contrario non potest..... Par voie de conséquence, l'arrière-fidéjussion s'éteint également; elle n'a plus d'objet (D. *h. t.*, L. 38, § 5 i. f.). Mais l'hypothèque consentie par le fidéjusseur subsiste, car elle conserve toute son utilité (L. 38 cit., § 5 initio).

(2) Arg. D. *h. t.*, L. 38, § 5 i. f.

(3) D. *h. t.*, L. 95, § 3, vis Quod volgo..... liberabitur. Cf. D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 21, § 2, vis Quod si hic servus.....

Voyez encore le D. 2, 14, *de pact.*, L. 24.

(4) D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 5, vis reum vero reo succedentem ex duabus causis « esse obligatum. Nec enim potest repperiri, quæ obligatio quam peremat », vis cum vero duæ ejusdem sint potestatis, non potest repperiri, cur altera potius « quam altera consumeretur », et vis item si reus stipulandi exstiterit heres rei « stipulandi, duas species obligationis sustinebit »; D. 45, 2, *de duob. reis*, L. 13; D. *h. t.*, L. 93, § 2 i. f. — (5) D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 5, vis Plane si.....

cipaux, entre deux cofidéjusseurs ou bien entre deux cocréanciers solidaires; le codébiteur solidaire principal ou le fidéjusseur devenu l'héritier de l'autre peut être poursuivi en nom propre ou comme héritier (6) et le cocréancier solidaire devenu l'héritier de l'autre a action en nom personnel comme à titre héréditaire (7); un seul paiement éteint complètement l'obligation solidaire (8).

CHAPITRE VI. — DE LA PRESCRIPTION; § 239.

I. 4, 12, *de perpetuis et temporalibus actionibus...*
D. 44, 3, *de diversis temporalibus præscriptionibus et de accessionibus possessionum.*
C. 7, 39, *de præscriptione XXX vel XL annorum.*

La prescription des obligations est l'extinction de celles-ci par l'expiration d'un certain laps de temps à partir de la naissance de l'action du créancier (1). Faisons observer à ce sujet que l'action réelle constitue aussi un droit de créance; car elle suppose qu'un tiers déterminé a lésé le droit réel ou le droit de la personnalité servant de base à l'action réelle; elle forme donc un rapport obligatoire entre le titulaire de ce droit et l'auteur de la lésion, et a pour objet la réparation de celle-ci. Elle se justifie par la négligence du créancier qui pendant longtemps s'est abstenu d'exercer son droit (2), par l'intérêt général qui veut que les procès aient une fin, et par la nécessité de procurer un moyen de libération à un débiteur qui a payé sa dette sans avoir reçu une quittance ou

(6) D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 5, vis reum vero reo..... duas obligationes sustinet; D. 45, 2, *de duob. reis*, L. 13, vis Si reus..... consummari; D. *h. t.*, L. 93, § 1. — D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 21, § 1.

(7) D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 5 i. f.; D. 45, 2, *de duob. reis*, L. 13 i. f.; D. *h. t.*, L. 93, pr. initio.

(8) D. 46, 1, *de fidejuss.*, L. 5 i. f. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 93, pr., vis Quo bonum est.....

(1) Nous nous dispensons d'exposer les principes généraux sur la prescription; ils appartiennent à la partie générale du droit. Nous nous renfermerons dans l'examen des règles propres à la prescription extinctive des obligations.

(2) C. 7, 40, *de ann. except. ital. contr. toll.*, L. 3, § 3 i. f. (§ 1 i. f., Kriegel).

qui a égaré sa quittance. Il est vrai que, dans certains cas, la prescription extinctive favorise aussi le débiteur de mauvaise foi, qui n'a pas payé du tout; mais les avantages prémentionnés compensent largement cet inconvénient. La prescription extinctive des obligations ne fut pas immédiatement admise chez les Romains. D'aprés l'ancien droit civil de Rome, toutes les obligations étaient imprescriptibles(3). Mais lorsque le magistrat créait de nouvelles actions, il les soumettait presque toujours à la prescription, et celle-ci était généralement d'une année utile(4). A partir de ce moment, on commença à distinguer des actions perpétuelles et des actions temporaires(5). Le préteur ne s'en tint pas là : il étendit la prescription aux actions réelles du droit civil par la voie de la *præscriptio longi temporis*(6); celle-ci s'accomplissait par 10 ou par 20 ans, selon que les parties entre lesquelles l'action avait pris naissance, étaient présentes ou absentes(6), c'est-à-dire domiciliées ou non dans la même province(7). Cette *præscriptio longi temporis* finit par devenir une prescription acquisitive des droits réels(8). Mais, sous le bas-empire, il se forme pour les actions réelles une prescription extinctive de 30 ans, la *præscriptio longissimi temporis*(9). Enfin, Théodose II et Honorius firent une réforme radicale; ils étendirent la prescription à toutes les actions quelle qu'en fût la nature, en admettant pour sa durée normale le délai de 30 ans(10). Dorénavant il n'y avait plus en réalité que des actions temporaires ; mais on continua à appeler perpétuelles les actions soumises à la longue prescription de trente années au moins, et l'on réserva la qualification

(3) GAIUS, IV, 110 initio; I. *h. t.*, pr. initio.

(4) GAIUS, IV, 110 i. f.; I. *h. t.*, pr., vis eas vero..... — (5) I. *h. t.*, rubrique.

(6) PAUL, V, 2, § 3.

(7) C. 7, 33, *de præscr. longi temp.*, L. 12, § 1. Toutefois la pétition d'hérédité et la revendication d'un ensemble de fait demeurèrent imprescriptibles (arg. C. *h. t.*, L. 3, pr. initio). — (8) C. *h. t.*, L. 8, pr. i. f. cbn. avec l'initium, et arg. de ce texte.

(9) SYMMAQUE, *Epist.* V, 52; arg. C. *h. t.*, L. 3, pr. initio. Cf. C. *h. t.*, L. 2, pr. (L. 2 initio, Kriegel), et C. Théod. 4, 13, *de longi temp. præscr.*, L. 2. Les revendications d'ensembles continuèrent d'être imprescriptibles (arg. C. *h. t.*, L. 3, pr. initio). Cf. PUCHTA, *Institut.* II, § 208, *ad not. q, r, s* et *t.*

(10) C. Théod. 4, 14, *de action. certo temp. fin.*, L. un.; C. *h. t.*, L. 5.

d'actions temporaires pour les actions qui se prescrivaient par un délai plus court(11).

I. *Conditions*. 1° La prescription des obligations exige avant tout l'expiration d'un certain laps de temps à partir de la naissance de l'action(12). L'action est dite née, elle peut être intentée(13), lorsqu'un droit existe dans le chef d'une personne et qu'il est lésé de la part d'un tiers. Pour les droits de créance, cette lésion commence lorsque la dette est exigible et que le débiteur ne paye point(14); si donc la dette est pure et simple, l'action personnelle est aussitôt née(15); si la dette est conditionnelle ou à terme, l'action naît seulement après l'accomplissement de la condition ou l'expiration du terme(16). Le motif pour lequel la prescription ne commence à courir qu'à dater de la naissance de l'action est qu'elle se fonde essentiellement sur la négligence de l'ayant droit, et il ne peut être question de cette négligence avant la naissance de l'action. En général le délai de la prescription est de trente ans(17). Mais beaucoup d'actions se prescrivent par un temps plus court ou plus long. D'abord, presque toutes les actions honoraires sont soumises, encore en droit nouveau, à une courte prescription, et celle-ci est le plus souvent d'une année utile(18). Entre autres se prescrivent par une année utile l'action de violence(19), l'action *quanto minoris*(20), l'action prétorienne d'injures(21), l'action Paulienne(22), les interdits pos-

(11) I. *h. t.*, rubrique et pr.

(12) C. 7, 40, *de ann. except. ital. contr. toll.*, L. 1, § 1[d] (§ 1, Kriegel).

(13) C. *h. t.*, L. 3, § 1 initio.

(14) C. *h. t.*, L. 7, § 4 et 4[a] (§ 4, Kriegel); D. 16, 3, *depos.*, L. 13, § 1.

(15) D. *eod.*, L. 1, § 22 initio.

(16) C. *h. t.*, L. 7, § 4 et 4[a] (§ 4, Kriegel); D. 16, 3, *depos.*, L. 1, § 22 i. f.

(17) C. *h. t.*, L. 3, pr., § 1 et 3 (pr., § 1 initio et 3, Kriegel); C. 7, 40, *de ann. except. ital. contr. toll.*, L. 1[c] et § 1[d] (L. 1 i. f., Kriegel).

(18) I. *h. t.*, pr., v[is] eas vero..... imperium.

(19) C. 2, 19 (20, Kriegel), *de his, quæ vi metusve causa gesta sunt*, L. 4 initio. Cf. ci-dessus T. II, § 95, III, A, 1° i. f.

(20) D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 19, § 6 initio. Cf. ci-dessus T. II, § 108, I, G initio.

(21) C. 9, 35, *de injur.*, L. 5. Cf. ci-dessus T. III, § 212, II, 2° i. f.

(22) du moins en vue d'obtenir le rétablissement complet de l'état de choses antérieur (D. 42, 8, *quæ in fraud. credit.*, L. 1, pr., L. 6, § 14, L. 10, § 24). Cf. ci-après § 244, II, 4°.

sessoires(23) et l'action Publicienne(24); l'action rédhibitoire pour vices cachés de la chose vendue dure seulement six mois utiles(25), l'action de dol deux années continues(26) et la restitution en entier quatre années continues à dater du jour où la cause de la restitution est venue à cesser(27). Toutefois, malgré leur caractère prétorien, l'*actio de pecunia constituta*(28) et l'*actio furti manifesti in quadruplum*(29) sont soumises à la prescription trentenaire(30). Certaines actions civiles se prescrivent aussi par un délai autre que celui de trente ans; l'*actio vi bonorum raptorum* dure seulement une année utile(31); par contre, on dispose pendant cinquante ans d'une *condictio sine causa* pour répéter ce que l'on a perdu au jeu(32).

2° Une autre condition de la prescription extinctive des obligations est la continuité; la prescription doit avoir couru pendant tout le délai requis sans avoir été interrompue; l'interruption anéantit la prescription commencée et la fait considérer comme non avenue(33). En général, la prescription est interrompue si la négligence du créancier, qui en est le fondement essentiel, vient à cesser, et notamment si le créancier cite le débiteur en justice(34) ou si le débiteur reconnaît sa dette(35). On a soutenu que les prescriptions de moins de trente ans étaient seulement interrompues par la *litis*

(23) D. 43, 16, *de vi*, L. 1, pr. initio; D. 43, 17, *uti possid.*, L. 1, pr. i. f. Voyez cependant le D. 43, 26, *de prec.*, L. 8, § 7.

(24) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 35, pr. i. f.

(25) D. 21, 1, *de ædil. ed.*, L. 19, § 6 initio. Cf. ci-dessus T. II, § 108, I, F initio.

(26) C. 2, 20 (21, Kriegel), *de dolo malo*, L. 8. Cf. ci-dessus T. II, § 94, III, A, 2°, *d.* — (27) C. 2, 52 (53, Kriegel), *de temp. in integr. restitut.*, L. 7.

(28) C. 4, 18, *de constit. pec.*, L. 2, § 1 (pr., Kriegel). Cf. ci dessus T. I, § 71, 3° initio. — (29) I. *h. t.*, pr. i. f. Cf. ci-dessus T. III, § 206.

(30) Voyez encore 1° le D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 35, pr., vis In honorariis actionibus..... debitoris nostri, et les I. *h. t.*, pr., vis Aliquando tamen..... accommodat, et 2° le D. 43, 26, *de prec.*, L. 8, § 7.

(31) du moins comme action mixte (I. 4, 2, *vi bon. rapt.*, pr. initio; D. 47, 8, *eod.*, L. 2, § 13). Cf. ci-dessus T. III, § 207, 2°.

(32) C. 3, 43, *de aleæ lusu et aleator.*, L. 1, § 2 (L. 1, A, C initio et D, Kriegel). Cf. ci-dessus T. II, § 91, II, 5°, *e.* — (33) Cf. D. 41, 3, *de usurp. et usuc.*, L. 15, § 2.

(34) C. *h. t.*, L. 3, § 1 i. f. (§ 1, Kriegel), L. 7, pr. initio et § 5 i. f. (§ 5, Kriegel); C. 7, 40, *de ann. except. ital. contr. toll.*, L. 3, § 3 (§ 1, Kriegel).

(35) C. *h. t.*, L. 7, § 5ª (§ 5 i. f., Kriegel).

contestatio(36); mais on ne peut guère admettre que la loi se montre plus difficile pour l'interruption d'une courte prescription que pour celle d'une longue prescription(37). Si la citation en justice est impossible à raison de circonstances relatives au débiteur, par exemple si celui-ci est absent ou bien si c'est un incapable non pourvu du tuteur ou du curateur nécessaire, le créancier peut interrompre la prescription par une protestation devant le juge compétent(38). — Comme l'interruption de la prescription des obligations résulte toujours d'un acte juridique, elle n'a d'effet qu'à l'égard du débiteur et du créancier entre lesquels elle est intervenue; elle n'en a point à l'égard des tiers, et spécialement des autres débiteurs ou créanciers; elle est pour eux une *res inter alios acta*(39), sauf ce qui a été dit des obligations solidaires(40) et des obligations indivisibles(41). L'in-

(36) Arg. D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 9, § 3, D. 27, 7, *de fidejuss. et nomin.*, L. 8, § 1, et C. 7, 33, *de præscr. longi temp.*, L. 10.

(37) A la vérité, en droit classique l'interruption de la prescription des actions temporaires ne résultait que de la *litis contestatio* (voyez les textes cités à la note précédente); mais cette règle était en harmonie parfaite avec l'imprescriptibilité des autres actions. En droit nouveau, on doit la considérer comme abrogée par le principe que la simple citation en justice est interruptive de la prescription des actions perpétuelles (voyez les textes de la note 34).

En ce sens GŒSCHEN, I, § 152, p. 440-441, DE SAVIGNY, *System* V, § 242, n° III, SCHILLING, II, § 116, 2°, et note i, MOLITOR, cité, II, n° 1091, 1°, KELLER, § 86, *c*, MAYNZ, I, § 59, 3°, *b*, et WINDSCHEID, I, § 108, et note 4. Contra VANGEROW, I, § 152, *Anm.* 1, n° 2, et NAMUR, II, § 506, 2, 3°, *c*.

On a aussi fait remonter l'interruption de toute prescription extinctive des obligations à la remise de l'exploit entre les mains du juge (KOCH, cité, II, § 181, n° II, 2° initio. — SINTENIS, I, § 31, et *Anm.* 52. — ARNDTS, § 110, 2°, a). Voyez encore UNTERHOLZNER, *Gesammte Verjährungslehre* I, § 124 initio, et PUCHTA, *Institut.* II, § 208, *Pand.*, § 90, 2°, et *Vorles.* I, *eod.*

(38) C. 7, 40, *de ann. except. ital. contr. toll.*, L. 2, pr. En cas d'absence du juge compétent, la protestation peut se faire devant un magistrat municipal ou devant un défenseur de la cité ou devant l'évêque du lieu (L. 2 cit., § 1 initio), en l'absence ou à défaut de ces personnes devant des tabulaires, et si ceux-ci ne se rencontrent pas davantage, devant trois témoins (L. 2 cit., § 1, vis Sin autem afuerit.....).

Est encore interruptive de la prescription la citation du débiteur devant l'arbitre (C. 2, 55 (56, Kriegel), *de recept.*, L. 5, § 3 (§ 1, Kriegel)). Cf. ci-dessus T. III, § 181, II, A, 2°, p. 250.

(39) Arg. C. 8, 39 (40, Kriegel), *de duob. reis*, L. 4 (L. 5, Kriegel).

(40) L. 4 cit. (T. I, § 52, II). — (41) T. I, § 56, II.

terruption n'a non plus d'effet que pour la dette à laquelle la prescription se rapporte(42).

La bonne foi du débiteur n'est pas une condition de la prescription de la dette(43).

II. *Effets*. La prescription extinctive d'une obligation éteint celle-ci par voie d'exception dans son élément civil, mais elle laisse subsister une obligation naturelle. Cette proposition, qui est très contestée, a été démontrée ailleurs(44).

CHAPITRE VII. — DU CONCOURS DE DEUX CAUSES LUCRATIVES;

§ 240.

L'obligation s'éteint de plein droit par le concours de deux causes lucratives lorsqu'une chose due à quelqu'un à titre gratuit lui est acquise en vertu d'un second titre gratuit. Primus a droit à une chose sur le fondement d'un legs qui lui a été laissé par Secundus(1); avant d'avoir reçu le payement de ce legs, Primus acquiert la propriété de la chose en vertu d'un legs qui lui a été fait par un autre testateur, ou du chef d'une donation ou bien à titre héréditaire; l'obligation naissant du legs de Secundus est éteinte(2). Le motif de l'extinction est qu'un titre gratuit n'a plus d'objet du

(42) Mais l'interruption de la prescription de l'action personnelle vaut pour l'action hypothécaire ouverte contre le débiteur, et réciproquement (C. 7, 40, *de ann. except. ital. contr. toll.*, L. 3, § 1 i. f. et 3 (pr. et § 1, Kriegel). Voyez encore le C. *h. t.*, L. 7, § 5 (§ 5 initio, Kriegel). En outre, si celui qui a plusieurs créances contre la même personne, la poursuit en payement d'une manière tellement générale qu'il n'appert pas que sa demande se restreint à l'une des créances, l'interruption vaut pour toutes (C. 7, 40, *de ann. except. ital. contr. toll.*, L. 3, pr., § 1 initio, 2 et 3 (pr. et § 1, Kriegel)). Voyez PUCHTA, *Vorles.* I, § 90.

(43) C. *h. t.*, L. 8, § 1 i. f. (§ 1, Kriegel).

(44) T. I, § 47, III, 4°. La prescription extinctive des actions réelles éteint encore moins le droit réel ou le droit de la personnalité qui servait de base à l'action réelle, et avec ce droit subsiste la possibilité d'acquérir une nouvelle action réelle du chef d'une nouvelle violation du droit de la part d'un tiers.

(1) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 17; l. 2, 20, *de leg.*, § 6, vis Nam traditum est..... non posse. — (2) § 6 initio, cit.

moment qu'en vertu d'un second titre gratuit, le gratifié devient propriétaire de la chose que le premier titre devait lui procurer; le but de celui-ci était de lui faire avoir la chose gratuitement et ce but a été atteint(3). Les conditions de cette extinction des obligations sont les suivantes :

1° Il faut une obligation à titre gratuit(4). Une obligation à titre onéreux ne s'éteint point lorsque le créancier acquiert d'une autre manière la chose due, que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit(5). Par exemple quelqu'un achète la chose d'autrui, puis il achète la chose du véritable propriétaire(6) ou bien il l'hérite de ce dernier(7); il reste créancier du premier vendeur; celui-ci avait l'obligation de lui faire avoir la chose sur le fondement de la vente, et il a manqué à cette obligation(8).

2° Il faut que le créancier à titre gratuit ait acquis en vertu d'un second titre *la chose due elle-même*(9). Sa créance subsiste s'il a acquis une autre chose, fût-ce l'estimation de la chose due(10); malgré cette acquisition, la libéralité qui lui a été faite, conserve son objet. D'après cela, si la même chose a été léguée valablement à A par X propriétaire et par Y non-propriétaire de la chose, A bénéficiera, d'après les circonstances, des deux libéralités ou de l'une d'elles seulement; s'il obtient d'abord la chose en nature de l'héritier de X, son legs vis-à-vis de l'hérédité de Y sera infirmé(10); mais s'il reçoit d'abord de l'héritier de Y l'estimation de la chose léguée, il pourra encore poursuivre son legs contre l'héritier de X(11).

3° Le titre d'acquisition de la chose doit être gratuit(12). Si le

(3) Cf. D. 30, *de leg. I*, L. 108, § 4, vis quia nec absit quicquam nec bis eadem « res præstari possit ».

(4) D. 30, *de leg. I*, L. 108, § 4; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 17; I. 2, 20, *de leg.*, § 6, vis Si res aliena..... non posse. — (5) D. 30, *de leg. I*, L. 108, § 4 initio.

(6) D. 21, 2, *de evict.*, L. 29, pr. — (7) D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 13, § 15.

(8) Cf. ci-dessus T. II, § 105, I, E, 3°.

(9) I. 2, 20, *de leg.*, § 6, vis Nam traditum est..... non posse; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 17. — (10) I. 2, 20, *de leg.*, § 6, vis Hac ratione si.....

(11) § 6 cit. et vis citis ; D. 30, *de leg. I*, L. 34, § 2.

(12) I. 2, 20, *de leg.*, § 6, vis Si res aliena.. ..... non posse; D. 30, *de leg. I*, L. 108, § 4; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 17. Cf. D. 32, *de leg. III*, L. 21, § 1.

créancier a acquis la chose à titre onéreux, il a le droit de réclamer du débiteur le prix qu'il a payé pour elle(13); de cette manière seulement le but de la libéralité sera atteint; le créancier aura la chose gratuitement. Il est à remarquer que le prix de l'acquisition à titre onéreux ne s'identifie pas toujours avec la valeur vénale de la chose due.

4° Le créancier doit avoir acquis la chose d'une manière pleine et entière. S'il ne l'a acquise qu'incomplètement, et surtout si la chose est grevée de droits réels ou bien s'il n'en a obtenu que la propriété révocable, sa créance subsiste en tant que l'acquisition est incomplète(14); dans cette limite, la libéralité qui lui a été faite, conserve son objet. En conséquence, si la chose est grevée d'un droit réel, le créancier peut exiger du débiteur la libération de la chose(15), et s'il est seulement devenu propriétaire révocable, il a, lors de la révocation de sa propriété, le droit de poursuivre la chose elle-même(16).

(13) I. 2, 20, *de leg.*, § 6 initio; D. 30, *de leg. I*, L. 34, § 7, L. 82, § 4; D. 31, *de leg. II*, L. 73; D. 32, *de leg. III*, L. 102, § 2. Voyez encore le D. 30, *de leg. I*, L. 45, pr., L. 82, § 2, et les I. 2, 20, *de leg.*, § 9.

(14) D. 30, *de leg. I*, L. 82, pr. et § 3. — (15) Arg. L. 82 cit., pr. et § 3.

(16) D. 30, *de leg. I*, L. 82, pr. JULIANUS *libro XXXIII digestorum*. « Non « quocumque modo si legatarii res facta fuerit die cedente, obligatio legati exstin- « guitur, sed ita, si eo modo fuerit ejus, quo avelli non possit. Ponamus rem, « quæ mihi pure legata sit, accipere me per traditionem die legati cedente ab eo « herede, a quo eadem sub condicione alii legata fuerit : nempe agam ex testa- « mento, quia is status est ejus, ut existente condicione discessurum sit a me « dominium. Nam et si ex stipulatione mihi Stichus debeatur et is, cum sub con- « dicione alii legatus esset, factus fuerit meus ex causa lucrativa, nihilo minus « exsistente condicione ex stipulatu agere potero ».

« L'obligation naissant du legs ne s'éteint pas toujours si la chose (léguée) est « entrée dans le patrimoine du légataire lors de l'ouverture du legs, mais seule- « ment si elle lui appartient de manière à ne pas pouvoir lui être enlevée. Suppo- « sons qu'une chose m'ayant été léguée purement et simplement, je l'acquière à « l'ouverture du legs en vertu d'une tradition faite par l'héritier (d'une autre « personne) à qui le legs de la même chose avait été imposé conditionnellement « en faveur d'un tiers; certe j'agirai sur le fondement du testament, parce que la « chose m'appartient de telle façon qu'à l'accomplissement de la condition je dois « en perdre la propriété. En effet, si Stichus m'est dû en vertu d'une stipulation « et que j'en acquière la propriété à titre gratuit à une époque où il était légué

TITRE IV.

DE L'INSOLVABILITÉ DU DÉBITEUR.

D. 42, 5, *de rebus auctoritate judicis possidendis seu vendundis.*
C. 7, 72, *de bonis auctoritate judicis possidendis seu venumdandis et de separationibus.*

DABELOW, *Versuch einer ausführlich systematischen Erläuterung der Lehre vom Concurs der Gläubiger*, Halle, 1840, 2de édition ; 1re édition de 1792.

VON BAYER, *Theorie des Concurs-Processes nach gemeinem Rechte*, Munich, 1850, 4me édition; 1re édition de 1836.

§ 241. *Historique.*

1° Dans le système de la loi des Douze tables, si le débiteur condamné n'exécutait pas la condamnation prononcée contre lui, le créancier pouvait, un mois après le jugement(1), exercer contre lui

« sous condition à un tiers, je n'en pourrai pas moins, à l'accomplissement de la « condition, agir aussi en vertu de la stipulation ».

Un non-propriétaire m'avait légué une chose purement et simplement. De son côté, le vrai propriétaire de la chose l'avait léguée sous condition à un tiers. Le second testateur vint à décéder et, pendant que la condition ajoutée au second legs était encore en suspens, l'héritier de ce testateur me fit donation de la chose ; cet héritier n'en avait que la propriété révocable ; sa propriété était destinée à être révoquée si la condition du legs qui lui était imposé, s'accomplissait plus tard : la propriété qu'il m'avait transférée, était donc révocable de la même manière (C. 6, 43, *comm. de leg. et fideic.*, L. 3, § 3, 3a et 3b (§ 3, Kriegel)). Plus tard décéda le testateur qui m'avait légué purement et simplement ladite chose. Mon legs subsiste malgré l'acquisition que j'ai faite de la chose à un autre titre, parce que ma propriété est révocable ; si elle est réellement révoquée, j'agirai en exécution du legs, de même que si, au lieu d'avoir reçu la chose par legs, je l'avais stipulée, j'agirais en exécution de la stipulation. Voyez POTHIER, *Pand. Justinianeæ*, 30, 31 et 32, n° 129, notes *c* et *d*.

(1) AULU-GELLE, *Noctes att.* XX, 1 i. f.

l'*actio judicati per manus injectionem*(2); c'était une *legis actio*(2). Devant le magistrat, le créancier saisissait le condamné au corps, *manus injiciebat*, et réclamait son adjudication sur le fondement de la sentence obtenue contre lui(3). Le condamné n'était admis à se défendre que par un *vindex*, qui devenait en même temps son garant(4); s'il n'en fournissait pas ou si l'*actio judicati* était reconnue fondée vis-à-vis du *vindex*, le magistrat adjugeait le débiteur au créancier (*addictio*)(5). Cette adjudication ne privait pas immédiatement le condamné de la liberté; elle le soumettait à une servitude de fait, à une sorte de *mancipium*(6), qui se prolongeait pendant deux mois(7); les trois dernières nundines (jours de marché) du délai, le créancier devait conduire le débiteur au forum(8), pour que les personnes qui s'intéressaient à lui, fussent averties de son état et mises à même de le libérer. A défaut d'une libération, il devenait définitivement l'esclave de son créancier(9). La loi des Douze tables ne voulait pas que ce citoyen déchu restât à Rome; elle ordonnait de le vendre au delà du Tibre ou de le mettre à mort(10); mais l'histoire romaine ne nous fournit aucun exemple de l'homicide du débiteur. Au reste, la loi ou l'usage permit de bonne heure au créancier de garder chez lui le débiteur adjugé, jusqu'à ce qu'il se fût libéré par son travail, auquel cas il avait le droit de demander sa mise en liberté(11). De plus, la loi *Pœtelia*, qui semble remonter à l'année 313 avant J.-C.(12), défendit au créancier d'enchaîner le débiteur, à moins qu'il n'eût été condamné pour délit(13). Si plusieurs créanciers avaient obtenu l'adjudication du débiteur, ils devaient s'entendre sur la vente

(2) GAIUS, IV, 21 initio. — (3) GAIUS, IV, 21, vis quæ actio..... prehendebat.

(4) GAIUS, IV, 21, vis nec licebat..... solebat; FESTUS, *de verb. signific.*, vo VINDEX. — (5) Cf. GAIUS, IV, 21 i. f.

(6) TÉRENCE, *Phormio* II, 2, v. 21; TITE-LIVE, VIII, 28; FESTUS, *de verb. signific.*, vo NERVUM; GAIUS, IV, 21 i. f. — (7) AULU-GELLE, *Noctes att.* XX, 1 i. f.

(8) AULU-GELLE, XX, 1 i. f. — (9) Arg. AULU-GELLE, XX, 1 i. f.

(10) AULU-GELLE, XX, 1 i f., vis Tertiis autem nundinis capite pœnas dabant, « aut trans Tiberim peregre venum ibant ».

(11) Arg. TITE-LIVE, VIII, 28, vis ne quis, nisi qui noxam meruisset, *donec pœ-* « *nam lueret*, in compedibus aut in nervo teneretur ».

(12) Cf. ci-dessus T. II, § 81, note 14.

(13) TITE-LIVE, VIII, 28, vis citis à la note 11.

de ce dernier comme esclave; autrement, chacun d'eux avait le droit individuel de tuer le débiteur et de réclamer sa part du cadavre(14). Cette disposition de la loi des Douze tables est tellement monstrueuse que plusieurs auteurs se sont efforcés de l'éluder par une interprétation arbitraire; d'après eux, la loi des Douze tables aurait eu en vue le partage des biens du condamné(15). Mais la loi est si positive que Niebuhr a eu raison de déclarer absurde la seule tentative d'une pareille explication(16). Au surplus, la prérogative exorbitante conférée par les Douze tables ne fut jamais exercée(17). En ce qui concerne le patrimoine du débiteur, le ou les créanciers lui succédaient à titre universel; car le débiteur étant devenu leur esclave avait subi une grande diminution de tête(18); mais nous ne possédons aucun renseignement sur la répartition des biens entre plusieurs créanciers.

2° A côté de cette exécution personnelle s'établit plus tard une exécution réelle, consistant dans la vente des biens de l'insolvable. Elle affecta successivement deux formes : celle de la *bonorum*

(14) AULU-GELLE, *Noctes att.* XX, 1 i. f., vis eam capitis pœnam.. horrificam.. « reddiderunt. Nam.. *secari atque partiri corpus addicti*.. permiserunt. Et quidem « verba ipsa legis dicam, ne existimes invidiam me istam formidare : TERTIIS « NUNDINIS PARTIS SECANTO. SI PLUS MINUSVE SECUERINT, SE FRAUDE ESTO ».

QUINTILIEN, *Instit. orat.* III, 6, § 84, vis in XII tabulis debitoris corpus inter « creditores dividi licuit ».

TERTULLIEN, *Apologet.* 4, vis judicatos in partes secari a creditoribus leges « erant ».

DION CASSIUS, XVII, 8 (*Excerpta A. Maii* 12).

(15) HUSCHKE, *Nexum*, n° I, p. 81-93.

(16) NIEBUHR, *Röm. Geschichte* II, p. 670-672. — PUCHTA, *Institut.* II, § 179, et note *n*, et RUDORFF sur cette note. — WALTER, *Geschichte des röm. Rechts* II, § 754, et note 46. — BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* I, § 53, p. 199 et 200. — BRUNS, *Fontes juris romani antiqui*, leges XII tab., tab. III, n° 6, note 4.

Cf. *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques de France* T. III, p. 223 sq., T. V, p. 163 sq., T. XI, p. 210 sq. et 277 sq., Paris, 1843-1847, et MAYNZ, II, § 299, et notes 20 et 28.

(17) AULU-GELLE, *Noctes att.* XX, 1 i. f., vis dissectum esse antiquitus neminem « equidem legi neque audivi »; QUINTILIEN, *Instit. orat.* III, 6, § 84, vis quam « legem mos publicus repudiavit; TERTULLIEN, *Apologet.* 4, vis consensu tamen « publico crudelitas postea erasa est »; DION CASSIUS, XVII, 8 (*Excerpta A. Maii* 12). — (18) BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* II, § 114 initio.

venditio et celle de la *distractio bonorum*. — La *bonorum venditio* fut introduite soit par la loi *Pœtelia* prémentionnée(19), soit par un préteur Rutilius antérieur à Cicéron(20); dans tous les cas, ce dernier organisa l'institution(21). La vente se faisait d'après un procédé des plus simples : on vendait les biens de l'insolvable en bloc et à tant pour cent des dettes; selon l'importance respective de l'actif et du passif, l'acheteur s'engageait à payer aux créanciers 10, 20 ou 50 °/₀ du montant de leurs créances(22), sauf, sans doute, qu'il était obligé au payement intégral des dettes hypothécaires ou privilégiées annoncées dans les *leges venditionis*(23). C'est ainsi que furent vendus les biens de Milon, le client de Cicéron; ses créanciers ne reçurent que 4 1/6 °/₀ de leurs créances(24). Cette vente globale du patrimoine de l'insolvable donnait lieu à une succession universelle au profit de l'acheteur(25); celui-ci représentait pleinement l'insolvable. D'un côté, il acquérait la propriété naturelle ou bonitaire des biens de l'insolvable(26) et succédait à ses créances(27). D'un autre côté, il succédait à ses dettes jusqu'à concurrence du tantième pour cent qui constituait le prix de vente, et d'une

(19) Elle est mentionnée dans une loi agraire de l'an 119 ou de l'an 111 avant J. C., c. 26. Cf. DERNBURG, *Ueber die emtio bonorum*, § 3 i. f., Heidelberg, 1850, et RUDORFF, *zu Puchta's Institut*. II, § 179, note *aa*.

(20) Cf. GAIUS, IV, 35, vis quæ species actionis appellatur Rutiliana, quia a « prætore P. Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, conparata « est ». Ce P. Rutilius est-il le P. Rutilius Calvus qui fut préteur en l'année 167 avant J.-C. (TITE-LIVE, XLV, 44 initio), ou bien le jurisconsulte plus connu P. Rutilius Rufus qui arriva au consulat en l'année 105 avant J.-C., ou bien encore P. Rutilius Lupus consul en l'an 90 avant J.-C.? c'est probablement le second (RUDORFF, *zu Puchta's Institut*. II, § 179, note *aa*. Contra DERNBURG, cité, § 3 initio, et MAYNZ, II, § 299, note 30. Cf. BETHMANN-HOLLWEG, cité, II, § 114, p. 670-671). — (21) GAIUS, IV, 35.

(22) THÉOPHILE, I. 3, 12, pr. i. f.; ASCONIUS, *ad Milon*. 54.

(23) Arg. D. 42, 1, *de re judic.*, L. 15, § 5.

(24) ASCONIUS, *ad Milon*. 54. Cf. PLINE, *Hist. natur*. XXXVI, 24 initio.

(25) I. 3, 12, *de succ. subl.*, *quæ fieb. per bon. vendit.*, pr. initio ; THÉOPHILE, *eod.*

(26) GAIUS, III, 80 initio. Cf. GAIUS, III, 80, vis ex jure Quiritium....., et VARRON, *de re rust*. II, 10, § 4.

(27) THÉOPHILE, I, 3, 12, pr. i. f. Cf. GAIUS, III, 81. Au sujet de la compensation de ces créances avec les dettes réciproques de l'insolvable envers la même personne, voyez GAIUS, IV, 65-68, et ci-dessus T. III, § 230, 1°, et note 9.

manière absolue aux dettes hypothécaires ou privilégiées(28). En ce qui concerne les actions, le *bonorum emptor* disposait, contre les détenteurs des biens corporels de l'insolvable, d'une revendication utile appelée action Rutilienne(29) et d'une revendication utile fictice connue sous le nom d'action Servienne; celle-ci se basait sur la fiction que le *bonorum emptor* était héritier(30); le préteur lui avait accordé en outre un interdit acquisitif de la possession, que certains jurisconsultes romains appelaient *interdictum possessorium*(31). Le *bonorum emptor* pouvait poursuivre les débiteurs de l'insolvable par les actions Rutilienne et Servienne prémentionnées(32) et était soumis aux mêmes actions de la part des créanciers de l'insolvable(33); ces derniers, s'ils n'avaient pas été intégralement payés, restaient créanciers du reliquat et avaient le droit de reprendre les poursuites contre le débiteur qui faisait de nouvelles acquisitions(34). — Ce mode de vendre les biens de l'insolvable était peu pratique; les biens se vendaient difficilement à leur valeur réelle, d'abord par suite de l'importance de la vente d'un patrimoine entier, ensuite à raison de l'incertitude du prix; en effet, l'acheteur devait payer un tantième des dettes; or celles-ci n'étaieut pas toujours connues d'une manière précise lors de la vente. C'est pourquoi un sénatus-consulte du commencement de l'empire décida que les biens d'un débiteur d'un rang supérieur (*persona clara*), surtout ceux d'un sénateur, se vendraient en détail et à prix fixe(35); on opposa cette vente à la précédente sous le nom de *distractio bonorum*(36). L'utilité du nouveau procédé ayant été constatée, on permit aux créanciers d'autres personnes d'opter entre la vente globale et la vente en détail(37). La vente globale était encore en usage sous

(28) Théophile, I. 3, 12, pr. i. f. Cf. Gaius, III, 81.

(29) Gaius, IV, 35, vis Sed interdum..... conparata est.

(30) Gaius, IV, 35 initio et i. f. L'action Rutilienne avait sans doute lieu *vivo debitore*, l'action Servienne *mortuo debitore* (Puchta, *Institut.* III, § 327 i. f. — Maynz, II, § 299 i. f.).

(31) Gaius, IV, 145, voyez encore le § 146. — (32) Gaius, IV, 35.

(33) Cf. Théophile, I. 3, 12, pr. i. f. Voyez Walter, *Geschichte des röm. Rechts* II, § 754, *ad not.* 61. — (34) Gaius, II, 155 i. f.

(35) D. 27, 10, *de curat. fur.*, L. 5. — (36) D. *eod.*, L. 5 i. f., L. 9 initio.

(37) L. 9 initio, cit.

Dioclétien(38); elle a complètement disparu dans le droit de Justinien(39).

3° A l'époque classique, les créanciers d'un insolvable avaient le choix entre l'exécution personnelle et la vente des biens(40); mais ils n'étaient pas admis à cumuler les deux exécutions; en recourant à l'une, ils perdaient le bénéfice de l'autre(41). Dans le nouveau droit romain, l'exécution personnelle est devenue subsidiaire à la vente du patrimoine; les créanciers doivent avant tout procéder à cette vente; ils ne sont autorisés à exercer la contrainte par corps que si la vente des biens ne leur a pas procuré un payement intégral(42). En vertu d'une loi *Julia*(43), de César ou d'Auguste, le débiteur peut même se soustraire à la contrainte par corps, pour le cas d'insuffisance de son patrimoine, en faisant à ses créanciers la cession de ses biens(44), pourvu qu'il ait été de bonne foi(45). Enfin, la contrainte par corps a aussi changé de caractère dans le droit de Justinien; elle a cessé d'être purement privée; le condamné est maintenant enfermé dans une prison de l'État(46).

§ 242. *Notions générales.*

Il y a lieu à exécution dans les biens d'un débiteur pour cause d'insolvabilité :

1° si le débiteur ayant été condamné, ne satisfait pas à la condamnation dans les délais légaux(1) et qu'à raison de l'importance

(38) C. *h. t.*, L. 6, § 1 (L. 6 i. f., Kriegel), L. 9 i. f.

(39) I. 3, 12, *de succ. subl.*, *quæ fieb. per bon. vendit.*, pr. i. f.; Théophile, I. 3, 12, pr.; C. *h. t.*, L. 10, § 2. — (40) Cf. loi *Rubria*, c. 22 i. f.

(41) En ce sens Puchta, *Institut.* II, § 179, et note *mm*. Contra Bethmann-Hollweg, *Der röm. Civilprozess* II, § 114, et note 30.

(42) Arg. C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 1, L. 8, pr. (L. 8 initio, Kriegel).

(43) Gaius, III, 78 initio; C. Théod. 4, 20, *qui bon. ex lege Julia ced. poss.*, rubrique; C. J. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 4, pr. initio (L. 4 initio, Kriegel).

(44) L. 4, pr. initio, cité. Cf. *lex Julia municipalis*, c. 25, lignes 113-114.

(45) C. Théod. 4, 20, *qui bon. ex lege Jul. ced. poss.*, L. 1.

(46) C. 9, 5, *de priv. carcer. inhib.*, L. 1.

(1) Gaius, III, 78, vis item judicatorum..... tribuitur; C. 7, 75, *de revoc. his quæ per fraud. alien. sunt*, L. 5.

présumée de l'actif et du passif, son insolvabilité paraisse probable(2),

2° si le débiteur est contumace, c'est-à-dire ne se défend pas, surtout s'il est fugitif ou latitant(3),

3° s'il est décédé et que personne ne réclame sa succession(4), pas même l'État(5).

Dans ces diverses circonstances, les créanciers peuvent demander l'envoi en possession des biens de leur débiteur(6) (§ 243) et, le cas échéant, provoquer la rescision des actes faits par lui en fraude de ses créanciers(7) (§ 244). Ensuite, les créanciers procèdent à la vente des biens du débiteur(8) (§ 245) et le produit de cette vente se répartit entre eux d'après certaines règles(9) (§ 246). Enfin, les créanciers qui n'ont pas été intégralement payés, ont le droit d'exercer la contrainte par corps sur leur débiteur(10). Ces règles peuvent être modifiées par une cession de biens(11) (§ 247); il existe aussi des dispositions spéciales pour les concordats(12) (§ 248) et les sursis de payement(13) (§ 249). Les Romains appellent *decoctor* (de *decoquere*, dissiper) le débiteur dont les biens sont vendus pour cause d'insolvabilité(14). En droit moderne il est dit déconfit et son état se nomme déconfiture.

(2) sinon le créancier recourra soit à la force publique pour se faire délivrer la chose que le débiteur a été condamné à payer, soit à la *pignoris capio*.

(3) Gaius, III, 78 initio; D. 42, 4, *quib. ex caus. in poss. eat.*, L. 7, § 1-12; D. *h. t.*, L. 36. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 5.

(4) Gaius, III, 78 i. f., et II, 167 i. f.; D. 42, 4, *quib. ex caus. in poss. eat.*, L. 8; D. 42, 7, *de curat. bon. dando*, L. 1, pr. et § 1 initio (pr. et § 1, Kriegel). Cf. D. 42, 4, *quib. ex caus. in poss. eat.*, L. 9, § 1. — (5) C. *h. t.*, L. 5.

(6) D 42, 4, *quib. ex caus. in poss. eat.*, L. 7, § 1, L. 8; Théophile, I. 3, 12, pr. — (7) D. 42, 8, *quæ in fraud. credit.*, L. 1, pr. et § 1.

(8) D. 42, 4, *quib. ex caus. in poss. eat.*, L. 7, § 1; C. *h. t.*, L. 9 i. f.

(9) Cf. C. *h. t.*, L. 6.

(10) Arg. C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 1, L. 8, pr. (L. 8 initio, Kriegel).

(11) C. *eod.*, L. 1. — (12) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 17 et 19.

(13) C. 7, 71, *qui. bon. ced. poss.*, L. 8.

(14) Varron, *de re rustica* III, 2, § 16; Cicéron, *in Catilinam* II, 3, et *Philipp.* II, 18. Cf. Gaius, IV, 102 i. f.

§ 243. *De l'envoi en possession des biens du débiteur.*

1° L'envoi en possession peut être demandé par tout créancier(1), voire même par un créancier à terme(2) ou conditionnel(3); celui-ci a le droit de faire des actes conservatoires(4) et l'envoi en possession des biens du débiteur insolvable est un pareil acte; mais, tant que le terme n'est pas expiré ou que la condition reste en suspens, le créancier à terme ou conditionnel ne peut, ni procéder à la vente des biens, ni réclamer le payement(5). L'envoi en possession accordé à l'un des créanciers profite aux autres(6).

2° Si le créancier envoyé en possession appréhende effectivement les biens du débiteur, il en acquiert la détention mais non la possession juridique(7); il obtient aussi une hypothèque sur les biens appréhendés(8). De plus, le débiteur perd l'administration de ses biens; ses actes d'administration subséquents sont frappés de nullité; notamment il ne peut plus faire des payements valables(9); l'administration des biens est transférée aux créanciers(10). Un autre effet de l'envoi en possesion est de procurer aux créanciers l'interdit *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit;* cet interdit sert à la fois à entrer en possession, à s'y maintenir et à y rentrer(11).

(1) Cf. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 10, L. 11, L. 12, pr. initio, L. 55 initio, et D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 42, § 1.

(2) Arg. D. 42, 4, *quib. ex caus. in poss. eat.*, L. 6, pr., et D. 50, 16, *de V. S.*, L. 55 i. f. — (3) D. 42, 4, *quib. ex caus. in poss. eat.*, L. 6, pr.

(4) Cf. ci-dessus T. II, § 97, IV, A, 1°, *b* i. f.

(5) D. 42, 4, *quib. ex caus. in poss. eat.*, L. 7, § 14, vis Si in diem..... idem dicemus. On doit entendre dans le même sens le D. *eod.*, L. 14, § 2, qui refuse l'envoi en possession au créancier conditionnel.

(6) D. *h. t.*, L. 12, pr.; D. 42, 7, *de curat. bon. dando*, L. 5; C. *h. t.*, L. 10, pr. et § 1 (pr. et § 1, vis Ut autem..... explorati juris est, Kriegel).

(7) Cicéron, *pro Quintio* 27; D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 3, § 23 initio, L. 10, § 1 i. f.; D. 39, 2, *de damno inf.*, L. 15, § 20 i. f. cbn. avec l'initium.

(8) Arg. D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 26.

(9) D. 42, 8, *quæ in fraud. credit.*, L. 6, § 7 i. f., L. 10, § 16.

(10) D. *h. t.*, L. 8, § 1 initio, 2-4. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 15, cbn. avec le D. 50, 16, *de V. S.*, L. 56, pr.

(11) D. 43, 4, *ne vis fiat ei, qui in poss. missus erit*, L. 1, pr., § 1-3 et 5 initio.

§ 244. *De la rescision des actes faits par le débiteur en fraude de ses créanciers.*

D. 42, 8, *quæ in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur.*

C. 7, 75, *de revocandis his quæ per fraudem alienata sunt.*

REINHARDT, *Vermischte Aufsätze aus dem Gebiete der reinen und angewandten Rechtswissenschaft, Heft* 2, n° 29, Stuttgardt, 1823.

REINHART, *Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger*, 1871.

SCHOENEMANN, *Die Paulianische Klage wegen Veräuserungen zahlungsunfähiger Schuldner*, Gera, 1873.

HASENBALG, *Zur Lehre von der Paulianischen Klage*, Berlin, 1874.

MAJERINI, *Della revoca degli atti fraudulenti fatti in prejudizio dei creditori*, Florence, 1874.

FISCHER, *Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung*, Paderborn, 1875.

I. *Conditions de la rescision.* Les créanciers peuvent réclamer la rescision d'un acte de leur débiteur moyennant le concours des conditions suivantes :

1° L'acte émané du débiteur doit avoir diminué son patrimoine(1); à défaut de cette diminution, les créanciers sont sans action parce que leur garantie est demeurée la même; à vrai dire, ils ne sont pas lésés par l'acte de leur débiteur; une action en rescision manque de fondement. Mais quels sont les actes qui produisent une diminution de patrimoine? Ce sont tous ceux qui donnent lieu à une aliénation(2) ou à une obligation(3), car *bona non intelleguntur, nisi ære alieno deducto*(3ª). Le mot aliénation doit être entendu dans un sens large; il comprend tous les actes juridiques entre-vifs par lequel le débiteur dispose en faveur d'un tiers d'un droit faisant partie de son patrimoine(4), soit qu'il ait transféré ce droit à un tiers(5), soit qu'il y ait renoncé en sa faveur(6). Il faut donc consi-

(1) D. *h. t.*, L. 6, pr., vis pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium « suum »; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 134, pr. — (2) D. *h. t.*, L. 1, § 1 et 2, L. 2 initio.
(3) D. *h. t.*, L. 1, § 2 initio; D. 42, 5, *de reb. auctor. jud. possid.*, L. 25.
(3ª) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 39, § 1; D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 11 i. f.
(4) D. *h. t.*, L. 3, § 2. — (5) D. *h. t.*, L. 1, § 2 i. f., L. 2 initio.
(6) D. *h. t.*, L. 1, § 2 i. f., L. 2 initio, L. 4. Voyez encore la note 9 i. f. du présent paragraphe.

dérer comme des aliénations non seulement la tradition d'une chose corporelle dans l'intention d'en transférer la propriété(7), mais encore la constitution d'un droit réel et notamment d'une hypothèque(8), ainsi que la renonciation à un droit réel(9) ou de créance(10). L'aliénation peut même se faire par une simple omission, en laissant usucaper une chose corporelle(11) ou une servitude, en laissant éteindre par prescription une servitude(12) ou une créance(13), etc. Enfin la convention de partage implique une aliénation de la propriété indivise(14), et la délation du serment décisoire à un débiteur déguise parfois une remise de dette(15). D'un autre côté, les actes qui produisent une obligation, sont des plus variés; la plupart des conventions créent des obligations au moins pour l'une des parties(16). Par contre, n'est point sujette à rescision la renonciation à un gain, c'est-à-dire à une acquisition possible mais non encore réalisée(17); une semblable renonciation n'entraîne aucune diminu-

(7) D. *h. t.*, L. 3, pr., vis sive numeravit pecuniam.

(8) D. *h. t.*, L. 6, § 6 i. f., L. 10, § 13, L. 22. Le simple transfert de la possession constitue aussi une aliénation (D. 41, 1, *de A. R. D.*, L. 11, vis alienare vero.....).

(9) D. *h. t.*, L. 2, vis et si pignora liberet, L. 3, pr. i. f., L. 18. L'affranchissement d'un esclave est une renonciation à la propriété de l'esclave (GAIUS, I, 36, 37 et 47; ULPIEN, I, 15; I. 1, 6, *qui ex quib. caus. manum. non poss.*, pr.) Même l'affranchissement testamentaire peut être attaqué par les créanciers, quoiqu'il ne constitue pas une aliénation dans le sens propre (D. 40, 9, *qui et a quib. manum. lib. non fiunt*, L. 27, § 1 i. f.). — (10) D. *h. t.*, L. 1, § 2 i. f., L. 17, pr.

(11) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 28, pr. initio.

(12) L. 28, pr., cit., vis Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit « servitutes; D. *h. t.*, L. 3, § 1, L. 4.

(13) D. *h. t.*, L. 3, § 1, vis vel a debitore non petit, ut tempore liberetur. Voyez encore le même texte, vis verum etiam si forte data opera ad judicium non adfuit vel litem mori patiatur.

(14) C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 1. Cf. ci-dessus T. II, § 118 initio.

(15) D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 9, § 5 initio; cf. D. *h. t.*, L. 3, pr. initio et i. f. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 5 « sed et si rem suam pro derelicto habuerit, ut quis « eam suam faciat ».

(16) D. *h. t.*, L. 1, § 2 initio, L. 3, pr., L. 6, § 6 i. f.; D. 42, 5, *de reb. auctor. jud. possid.*, L. 25. Voyez encore le D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 9, § 5 i. f.

(17) D. *h. t.*, L. 6, pr. « Quod autem, cum possit quid quærere, non id agit, ut « adquirat, ad hoc edictum non pertinet : pertinet enim edictum ad deminuentes « patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur »; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 134, pr.

tion de patrimoine ; le droit auquel on renonce, n'a jamais appartenu au renonçant; celui-ci néglige seulement une occasion d'augmenter son patrimoine(18). Il y a simple renonciation à un gain si le débiteur répudie une hérédité qui lui est déférée(19) ; car l'hérédité n'entre dans le patrimoine de l'appelé que par l'acceptation(20). Il en est de même si le débiteur répudie un legs(21), quoique sous Justinien la chose léguée soit acquise de plein droit au légataire *die legati veniente*(22); en effet, cette acquisition n'a rien de définitif; le légataire qui répudie est censé n'avoir jamais acquis la chose léguée, et dès lors sa renonciation au legs ne diminue pas son patrimoine(23). Il faut en dire autant du débiteur qui, ayant stipulé sous condition, fait défaillir la condition(24).

2° La rescision exige que le débiteur fût insolvable au moment de la passation de l'acte ou du moins que celui-ci l'ait rendu insolvable(25). Si le débiteur est resté solvable, ses créanciers peuvent encore obtenir un payement intégral; ils ne sont donc pas lésés par l'acte de leur débiteur.

3° Le débiteur doit avoir eu l'intention de frauder ses créanciers(26); car il s'agit de faire rescinder un acte régulier en lui-même; la fraude seule peut justifier cette rescision exceptionnelle. L'intention frauduleuse existera en général si, au moment de la passation de l'acte, le débiteur connaissait son insolvabilité ou bien savait que

(18) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 28, pr. i. f. Cf. D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 45, pr.

(19) D. *h. t.*, L. 6, § 2; D. 50, 16, *de V. S.*, L. 28, pr. i. f.; cf. D. 38, 5, *si quid in fraud. patr. fact. sit*, L. 1, § 6 initio.— (20) Voyez encore le D. *h. t.*, L. 6, § 3 et 5.

(21) D. *h. t.*, L. 6, § 4; cf. D. 38, 5, *si quid in fraud. patr. fact. sit*, L. 1, § 6 initio.

(22) D. 8, 6, *quemadm. servit. amitt.*, L. 19, § 1; D. 30, *de leg. I*, L. 69, pr.

(23) D. 38, 5, *si quid in fraud. patr. fact. sit*, L. 1, § 6 initio. Contra Koch, cité, II, § 190, I, 1° initio, dont l'opinion est isolée.

(24) D. *h. t.*, L. 6, § 1; cf. 38, 5, *si quid in fraud.. patr. fact. sit*, L. 1, § 6 i. f. Au sujet d'une espèce analogue voyez le D. 50, 16, *de V. S.*, L. 28, pr., vis aut « optionem intra certum tempus datam non amplectitur ».

(25) I. 1, 6, *qui ex quib. caus. manum. non poss.*, § 3. C'est ce que les auteurs appellent l'*eventus fraudis;* cf. D. *h. t.*, L. 10, § 1 initio, L. 15 i. f.

(26) D. *h. t.*, L. 1, pr., L. 10, pr.; l. 1, 6, *qui ex quib. caus. manum. non poss.*, § 3, vis Prævaluisse tamen.....; arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 79.

l'acte devait le rendre insolvable(27). Cependant il est possible que, malgré cette connaissance, l'intention frauduleuse fasse défaut; par exemple, le débiteur vend un bien dans l'espoir de prévenir la déconfiture en payant l'un de ses créanciers, et de pouvoir satisfaire plus tard les autres(28). En sens inverse, le débiteur qui ignore son état obéré, est parfois coupable de fraude; par exemple, un débiteur déjà insolvable par suite d'une perte qu'il ne connaît pas encore mais dont il prévoit la possibilité (perte d'un navire, spéculations malheureuses, etc.), accorde une hypothèque à l'un de ses créanciers, à l'effet de lui assurer le payement intégral en cas de déconfiture (29). Puisque l'intention de frauder les créanciers est une condition de l'action en rescision, cette action n'appartient qu'aux créanciers qui avaient cette qualité lors de la passation de l'acte et non aux créanciers postérieurs, sauf s'ils ont été subrogés aux premiers; on ne peut frauder des créanciers dont le droit n'est pas encore né(30). Il est évident que la fraude du débiteur est exclue par le consentement des créanciers à l'acte dont il s'agit(31).

(27) D. *h. t.*, L. 17, § 1. « Lucius Titius cum haberet creditores, libertis suis « isdemque filiis naturalibus universas res suas tradidit. Respondit : quamvis non « proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit « et universa bona sua alienavit, intellegendus est fraudandorum creditorum « consilium habuisse.. ».

(28) En ce sens REINHART, cité, p. 4 sq., FISCHER, cité, § I, 2°, a, p. 4-8, et WINDSCHEID, II, § 463, et note 10. Contra HASENBALG, cité, p. 39 sq.

(29) Cf. WINDSCHEID, II, § 463, et note 10ª.

(30) D. *h. t.*, L. 10, § 1, L. 15, L. 16; D. 40, 9, *qui et a quib. manum. lib. non fiunt*, L. 25. Cf. D. *h. t.*, L. 10, § 6.

Il faut aussi que la fraude ait été commise par rapport au patrimoine qu'il s'agit de vendre (D. *h. t.*, L. 10, § 9. Cf. D. 26, 1, *de tut.*, L. 8, et D. *h. t.*, L. 10, § 5 et 11). En conséquence, lorsque l'auteur de la fraude est décédé, l'action en rescision n'est pas admise s'il laisse un héritier qui tombe en déconfiture (D. *h. t.*, L. 10, § 9), mais seulement si son hérédité n'est pas acquise (arg. L. 10, § 9, cit.), si son héritier se fait restituer en entier contre cette acquisition (D. *h. t.*, L. 10, § 10) ou bien si les créanciers héréditaires obtiennent la séparation des patrimoines (D. *h. t.*, L. 10, § 11). Voyez cependant le D. *h. t.*, L. 10, § 10, vis Sane cum illa distinctione..... Quant aux actes frauduleux de l'héritier lui-même, ils sont indistinctement rescindables (D. *h. t.*, L. 6, § 13, L. 10, § 10-11).

(31) D. *h. t.*, L. 6, § 9; arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 145. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 10, § 10, vis Si vero passi sunt.....

4° Dans le cas d'un acte à titre onéreux, il ne suffit pas que le débiteur soit coupable de fraude; il faut en outre que le tiers avec lequel l'acte a été conclu, soit complice de la fraude(32); autrement l'acte ne renferme aucun vice à l'égard du tiers et partant sa rescision n'est pas justifiée. Au contraire, à l'occasion d'un acte à titre gratuit, le dol du tiers n'est pas une condition de la rescision; on se contente de la fraude du débiteur(33); la position des créanciers est plus favorable que celle du tiers gratifié; les créanciers veulent éviter une perte, tandis que le tiers gratifié veut faire un gain et ce au détriment des créanciers; l'équité commande de donner la préférence aux créanciers(34). De ce que la fraude du tiers est une condition de la rescision des actes à titre onéreux faits frauduleusement par le débiteur résulte une conséquence importante. Si le débiteur paye frauduleusement une dette exigible, ce payement n'est point sujet à rescision, alors même que le créancier payé aurait connu l'insolvabilité du débiteur(35). Même dans ce cas il n'a commis aucune fraude; il a exercé son droit et sauvegardé ses intérêts; on

(32) C. *h. t.*, L. 5. « Ignoti juris non est adversus eum, qui sententia condemna-
« tus intra statutum tempus satis non fecit nec defenditur, bonis possessis itemque
« distractis per actionem in factum contra emptorem, qui sciens fraudem compa-
« ravit, et eum, qui ex lucrativo titulo possidet, scientiæ mentione detracta cre-
« ditoribus esse consultum »; D. *h. t.*, L. 1, pr., L. 6, § 8, L. 10, pr., § 2-4 et 7-8; D. 42, 5, *de reb. auctor. jud. possid.*, L. 25. Cf. D. *h. t.*, L. 10, § 5, L. 25, § 3.

(33) C. *h. t.*, L. 5, transcrite à la note précédente; D. *h. t.*, L. 6, § 11 initio et 13, L. 17, § 1 i. f. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 6, § 10, L. 10, pr. i. f., L. 25, pr.

(34) D. *h. t.*, L. 6, § 11, vis nec videtur injuria adfici is qui ignoravit, cum lucrum « extorqueatur, non damnum infligatur ».

La constitution de dot de la part d'une personne autre que la femme elle-même étant un acte de libéralité vis-à-vis de la femme, les créanciers peuvent la faire rescinder contre celle-ci nonobstant sa bonne foi. Mais, comme il n'y a pas de libéralité proprement dite en faveur du mari, la rescision n'est admise contre lui que s'il a été le complice de la fraude du constituant (D. *h. t.*, L. 25, § 1). Cf. ci-dessus T. II, § 84, et note 12.

(35) D. *h. t.*, L. 6, § 7, « Sciendum Julianum scribere eoque jure nos uti, ut, qui « debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis « sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi « enim vigilavit », L. 10, § 16, L. 24, vis Quid ergo, si, cum in eo essent..... ».
Exceptions : 1° D. 46, 3, *de solut.*, L. 96, pr. (ci-après note 36, 2°), et 2° D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 18, § 10, L. 19-21.

ne peut raisonnablement exiger d'un créancier qu'il s'expose à une perte pour en éviter une aux autres créanciers(36). Les interprètes modernes du droit romain sont généralement d'accord sur ce

(36) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 129, pr. « Nihil dolo creditor facit, qui suum « recipit »; D. *h. t.*, L. 6, § 6, « Apud Labeonem scriptum est eum, qui suum « recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur « receperat.. », et § 7, vis sibi enim vigilavit », L. 24, vis sed vigilavi,.. jus civile vigilantibus scriptum est ».

Non obstant 1° D. 42, 5, *de reb. auctor. jud. possid.*, L. 6, § 1-2, et D. *h. t.*, L. 24, vis Pupillus patri..... expensum ferre debeant. Ces deux textes admettent la révocabilité des payements faits de mauvaise foi par un héritier sien qui use plus tard du bénéfice d'abstention. C'est l'application du principe général que tous les actes d'un pareil héritier sont valables ou révocables, selon qu'il les a faits de bonne ou de mauvaise foi; on n'a pas égard à la bonne foi du tiers avec lequel l'acte a été conclu (L. 6, § 1, cit.; D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 44). Or, en notre matière, on suit le principe tout différent que la révocation des actes à titre onéreux est subordonnée à la complicité frauduleuse du tiers; dès lors on ne saurait invoquer ici la disposition relative aux payements faits par l'héritier sien; aussi la L. 24 i. f., cit., se prononce-t-elle expressément en faveur de la validité des payements faits par un débiteur insolvable.

2° D. 46, 3, *de solut.*, L. 96, pr. Voici l'espèce de ce texte. Un tuteur, de connivence avec l'un de ses créanciers personnels et avec un débiteur du pupille, avait fait payer le premier par le second. A raison de cette fraude, le pupille reste créancier de son débiteur et il dispose de l'action de tutelle contre son tuteur. Mais *quid* si son débiteur est insolvable et le tuteur en déconfiture? Comme créancier du tuteur, le pupille peut demander la rescision du payement fait au créancier personnel du tuteur : pourquoi? parce que ce créancier est vraiment coupable de fraude; ayant reçu en connaissance de cause l'argent dû au pupille de son débiteur, il a frustré le pupille de sa créance et de ce chef le pupille lui-même est devenu créancier de son tuteur.

3° D. *h. t.*, L. 25, § 1, vis in maritum autem..... Ce passage décide que si une personne constitue frauduleusement une dot à son gendre, qui est de bonne foi, celui-ci n'est pas soumis à l'action en rescision de la dot, pas plus qu'un créancier à qui son débiteur a payé frauduleusement. Le même texte accorde l'action en rescision contre le gendre de mauvaise foi. On n'est pas autorisé à conclure de là que le payement fait à un créancier qui a connu l'insolvabilité du débiteur est rescindable; en effet, le gendre qui connaît l'état obéré de son beau-père, est complice de la fraude de celui-ci, tandis qu'on ne peut reprocher aucun dol au créancier qui, connaissant l'insolvabilité de son débiteur, reçoit un payement fait frauduleusement. Aussi le jurisconsulte se garde-t-il d'assimiler les deux cas; il se borne à comparer le créancier au gendre qui reçoit une dot *dans l'ignorance* de l'insolvabilité de son beau-père.

point(37); jadis on accordait souvent l'action en rescision contre les payements frauduleux faits par le débiteur déconfit, si le créancier avait connu l'état obéré de ce dernier(38) et parfois aussi indépendamment de cette condition(39). Est également inattaquable de la part des créanciers le payement d'une dette naturelle; le motif est le même; le créancier naturel qui reçoit le payement de ce qui lui est dû, ne commet aucune fraude; sa vigilance est d'autant moins blâmable qu'elle était commandée par la nature de sa créance(40). Les créanciers n'ont pas non plus le droit de faire rescinder le payement d'une dette à terme, sauf pour l'escompte(41); sous cette réserve, aucun dol n'est imputable au créancier qui s'est fait payer(42). Enfin, les payements faits au débiteur insolvable ne sont pas sujets à rescision; le tiers qui a payé sa dette à l'insolvable, ne s'est rendu coupable d'aucune fraude(43). Mais la dation en payement que le débiteur fait frauduleusement à un créancier complice de la fraude, peut être rescindée; elle constitue moins un

(37) Voyez FRANCKE, *Archiv für die civil. Praxis* XVI, n° 5, p. 125-142, et n° 10, p. 251-259, Heidelberg, 1833, UNTERHOLZNER, cité, II, § 346, n° I, 5°, PUCHTA, *Pand.*, § 380, et *Vorles.* II, § 380, 3°, b, KOCH, cité, II, § 190, n° I, 2°, a, SINTENIS, II, § 124, *Anm.* 26, 5°, VANGEROW, III, § 697, *Anm.*, n° I, REINHART, cité, p. 111 sq., SCHŒNEMANN, cité, p. 15 sq., FISCHER, cité, § 2, ARNDTS, § 228, et *Anm.* 3, a et b, MAYNZ, II, § 300, *ad not.* 32-33, WINDSCHEID, II, § 463, 6° initio, et note 31, et ACCARIAS, II, n° 851 i. f.

(38) Voyez en ce sens les auteurs cités par FRANCKE, *Civil Archiv* XVI, n° 5, p. 135, note 24, et parmi les modernes LASPEYRES, *Civil Archiv* XXI, n° 2, p. 35-100, Heidelberg, 1838.

(39) Voyez en ce sens les auteurs cités par FRANCKE, p. 135, note 20.

(40) Voyez en notre sens BRINZ, I, § 123, p. 531, 1re édition, SINTENIS, II, § 124, *Anm.* 26, 5° i. f., VANGEROW, III, § 697, *Anm.*, n° III, REINHART, cité, p. 122, et WINDSCHEID, II, § 463, et note 34. Cf. ARNDTS, § 228, et *Anm.* 3, c.

Contra FRANCKE, *Civil Archiv* XVI, n° 10, p. 269. Cf. FISCHER, cité, § 3, p. 34-37.

(41) D. *h. t.*, L. 10, § 12, « Si, cum in diem deberetur, fraudator præsens sol-« verit, dicendum erit in eo, quod sensi commodum in repræsentatione, in factum « actioni locum fore : nam prætor fraudem intellegit etiam in tempore fieri », L. 17, § 2.

(42) Pour : PUCHTA, *Vorles.* II, § 380, 3°, a, SINTENIS, II, § 124, *Anm.* 26, 3° et 5° i. f., VANGEROW, III, § 697, *Anm.*, n° II, SCHŒNEMANN, cité, p. 23, REINHART, cité, p. 118 sq., ARNDTS, § 228, et *Anm.* 3, d, MAYNZ, II, § 300, note 32, WINDSCHEID, II, § 463, et note 35, et ACCARIAS, II, n° 851 i. f. Contra FRANCKE, *Civil Archiv* XVI, n° 10, p. 266-269. — (43) D. *h. t.*, L. 6, § 6.

payement qu'une nouvelle convention à titre onéreux conclue entre le débiteur et le créancier(44).

II. *De la rescision elle-même.* Pour demander la rescision des actes frauduleux de l'insolvable, les créanciers disposent avant tout de l'action Paulienne(45) et de l'interdit fraudatoire (*interdictum fraudatorium*)(46). L'action Paulienne est d'origine prétorienne(47); elle fut sans doute créée par un préteur du nom de Paul, qui est distinct du célèbre jurisconsulte romain Julius Paulus; elle est beaucoup plus ancienne; elle remonte au moins au commencement de l'empire(48); en réalité c'est une action *in factum*(49). L'interdit fraudatoire est probablement plus ancien encore que l'action Paulienne et aura été rendu inutile par la création subséquente de cette action; aussi n'est-il guère mentionné dans les recueils de Justinien(50). Selon toute vraisemblance, il ne se séparait de l'action Paulienne qu'au point de vue de la procédure, et comme, dans le nouveau droit romain, les interdits sont devenus de véritables actions *in factum*, il s'est entièrement confondu avec l'action Paulienne(51); nous n'en parlerons pas davantage. — Les créanciers de l'insolvable peuvent en outre recourir à la restitution en entier(51a), mais seulement d'une

(44) Arg. D. 42, 4, *quib. ex caus. in poss. eat.*, L. 15 i. f. cbn. avec l'initium, et arg. D. *h. t.*, L. 10, § 13.

Pour : FRANCKE, *Civil Archiv* XVI, n° 10, p. 262-266, LASPEYRES, *Civil Archiv* XXI, n° 2, p. 71-74, SINTENIS, II, § 124, *Anm.* 26, 2°, RŒMER, *Die Leistung an Zahlungsstatt*, p. 149 sq., Tubingue, 1866, VANGEROW, III, § 697, *Anm.*, n° V, SCHŒNEMANN, cité, p. 25 sq., ARNDTS, § 228, et *Anm.* 3, e, et WINDSCHEID, II, § 463, et note 33.

Contra PUCHTA, *Vorles.* II, § 380, 3°, c, BRINZ, I, § 123, p. 531, 1re édition, et REINHART, cité, p. 125 sq.

(45) D. 22, 1, *de usur.*, L. 38, § 4; THÉOPHILE, I. 4, 6, § 6.

(46) D. 36, 1, *ad sctum Trebell.*, L. 69 (L. 67, Kriegel), § 1-2; D. 46, 3, *de solut.*, L. 96, pr.; C. Théod. 2, 16, *de integri restitut.*, L. 1. — (47) D. *h. t.*, L. 1, pr.

(48) Arg. D. *h. t.*, L. 6, § 6, 10, 12 et 13, L. 9, L. 25, § 1 et 5-7. Cf. CICÉRON, *ad Attic.* I, 1. — (49) D. *h. t.*, L. 14 initio.

(50) Voyez les citations faites à la note 46; le D. *h. t.*, L. 10, pr., paraît contenir la formule de l'interdit.

(51) Arg. D. *h. t.*, L. 10, pr. i. f., § 12, 16 i. f. et 18, et D. 22, 1, *de usur.*, L. 38, § 4, où l'ordre *restituas*, qui ne convient qu'à la formule de l'interdit (D. *h. t.*, L. 10, pr.), est appliqué à l'action Paulienne. — (51a) I. 4, 6, *de action.*, § 6.

manière subsidiaire, comme il sera expliqué ci-après(52). — Enfin, ils jouissent d'une exception contre le tiers qui a contracté avec le débiteur; notamment, si celui-ci s'est engagé frauduleusement envers un tiers, les créanciers excluront le tiers de la faillite par voie d'exception(53). — Considérons maintenant en particulier l'action Paulienne.

1° L'action appartient à tout créancier(54), même à un créancier conditionnel lors de la passation de l'acte frauduleux(55), pourvu que la condition se soit accomplie depuis(56). Les héritiers des créanciers jouissent également de l'action(57). Mais le débiteur ne peut jamais y recourir(58); il est lié par l'acte régulièrement passé avec le tiers; il ne saurait être admis à l'attaquer sur le fondement de son propre dol.

2° L'action Paulienne se donne contre le tiers qui a conclu l'acte frauduleux avec le débiteur(59) et contre les héritiers de ce tiers(60). Les tiers détenteurs de la chose frauduleusement aliénée ne sont pas soumis à l'action; comme ils sont demeurés étrangers à la fraude du débiteur, l'action manque de base à leur égard; les créanciers doivent s'en tenir à celui qui a acquis directement la chose du

(52) au n° II, 3° i. f., du présent paragraphe.

(53) D. 42, 5, *de reb. auctor. jud. possid.*, L. 25; D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 9, § 5 i. f. Voyez encore L. 9 cit., § 5 initio.

(54) D. 40, 9, *qui et a quib. manum. lib. non fiunt*, L. 16, § 2, L. 27, pr.; C. 7, 11, *qui manum. non poss.*, L. 1. L'action compète à chacun des créanciers en particulier (D. *h. t.*, L. 1, pr., L. 10, § 6; C. *h. t.*, L. 1), à l'ensemble des créanciers (arg. D. *h. t.*, L. 1, pr.) et au curateur aux biens (L. 1, pr., cit.).

(55) D. 40, 9, *qui et a quib. manum. lib. non fiunt*, L. 8, L. 27, pr., vis In fraudem..... sit debitum.

(56) Arg. D. *eod.*, L. 16, § 4. Dans le cas contraire, il profite seulement d'une façon conditionnelle de l'exercice de l'action de la part des autres créanciers (arg. L. 16, § 4, cit.). Cf. D. *eod.*, L. 27, pr., vis Diversa causa..... non habetur.

(57) D. *h. t.*, L. 10, § 25 initio. Cf. D. 38, 5, *si quid in fraud. patr. fact. sit*, L. 1, § 27, et D. *h. t.*, L. 21. — (58) Arg. C. *h. t.*, L. 4.

(59) D. *h. t.*, L. 25, § 1 initio et 2 initio.

(60) D. *h. t.*, L. 10, § 25 i. f. Si l'acte frauduleux a été conclu avec le représentant d'un tiers, l'action se donne contre le principal (D. *h. t.*, L. 6, § 12). Cf. le D. *h. t.*, L. 25, § 3. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 25, § 2.

débiteur(61). L'action ne se donne pas non plus contre le débiteur(62).

3° Dirigée contre un tiers cocontractant de mauvaise foi, ce qui est la règle, l'action Paulienne a pour but de faire rescinder l'acte frauduleux(63) et d'obtenir le rétablissement de l'état de choses antérieur(64). Il est indifférent que le défendeur ait cessé de posséder la chose dont il a voulu frustrer les créanciers; il n'en est pas moins tenu à raison de son dol(65). Avec la chose elle-même le défendeur doit restituer ses accessoires(66) et surtout les fruits(67) qu'il a perçus ou aurait pu percevoir(68). De son côté, le défendeur a droit à la

(61) D. *h. t.*, L. 9. « Is, qui a debitore, cujus bona possessa sunt, sciens rem « emit, iterum alii bona fide ementi vendidit : quæsitum est, an secundus emptor « conveniri potest. Sed verior est Sabini sententia bona fide emptorem non « teneri, quia dolus ei dumtaxat nocere debeat, qui eum admisit, quemadmodum « diximus non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit : is autem, qui dolo « malo emit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, quod acce- « pit, tenebitur ». Quoique cette loi ne parle que du sous-acquéreur de bonne foi, le sous-acquéreur de mauvaise foi n'est pas davantage soumis à l'action Paulienne.

En ce qui concerne les I. 4, 6, *de action.*, § 6, elles se rapportent à la restitution en entier, comme il sera expliqué à la fin du présent numéro 3; Théophile se trompe dans sa paraphrase en appliquant le passage à l'action Paulienne.

Néanmoins beaucoup d'auteurs accordent l'action Paulienne contre le sous-acquéreur de mauvaise foi. Voyez en notre sens MAYNZ, II, § 300, et note 40, et WINDSCHEID, II, § 463, note 23. Contra SINTENIS, II, § 124, *ad not.* 34, ARNDTS, § 228, et *Anm.* 4, et ACCARIAS, II, n° 852 i. f.

Par rapport aux I. 4, 6, *de action.*, § 6, voyez surtout VANGEROW, I, § 177, *Anm.*, n° 3 i. f., WINDSCHEID, I, § 116, note 2 initio, MAYNZ, l. c., et ACCARIAS, II, n° 849.

(62) sauf d'une manière subsidiaire, si l'action Paulienne contre le tiers cocontractant est insuffisante pour satisfaire les créanciers (D. *h. t.*, L. 1, pr. i. f., L. 25, § 7; C. *h. t.*, L. 6); elle peut alors être exercée contre le débiteur qui est revenu à meilleure fortune; ce n'est que sous cette condition qu'elle présentera de l'intérêt. Voyez MAYNZ, II, § 300 i. f. — (63) D. *h. t.*, L. 1, § 1-2, L. 10, pr.

(64) D. *h. t.*, L. 10, § 22 initio. Applications : D. *h. t.*, L. 10, § 15, 22 i. f. et 23, L. 14, L. 17, pr., L. 18.

(65) D. *h. t.*, L. 9, L. 25, § 1. S'il a vendu la chose, il en doit la valeur réelle, et non pas précisément le prix de vente, quoiqu'en dise le D. *h. t.*, L. 9 i. f.; ce passage suppose que le prix de vente représente la valeur venale de la chose. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 25, § 3.

(66) D. *h. t.*, L. 10, § 19. — (67) D. 22, 1, *de usur.*, L. 38, § 4.

(68) D. *h. t.*, L. 10, § 20 initio, voyez encore le § 21. Le D. *h. t.*, L. 25, § 4 initio

restitution de ce qu'il a payé au débiteur, du moins jusqu'à concurrence du profit que celui-ci a retiré du payement(69) ; les créanciers ne doivent pas s'enrichir aux dépens d'autrui(70). Le défendeur peut aussi réclamer ses impenses nécessaires(71) et même les impenses utiles qu'il a faites d'après la volonté présumée des créanciers(72). — Lorsque le défendeur à l'action Paulienne a contracté de bonne foi avec le débiteur, il est seulement tenu de restituer ce dont il s'est enrichi(73); comme on ne peut lui reprocher ni dol ni faute, son enrichissement est l'unique base de son obligation. Les héritiers du tiers cocontractant sont toujours tenus dans la même mesure, que leur auteur ait été de bonne ou de mauvaise foi(74). — Au reste, la rescision prononcée contre le cocontractant ou ses héritiers est sans effet à l'égard des tiers détenteurs de la chose; les créanciers ne peuveut pas revendiquer contre eux; la rescision ne crée qu'une obligation pour le défendeur. Le motif en est que le cocontractant avait acquis la propriété irrévocable de la chose et en a disposé d'une manière également irrévocable en faveur des tiers(75). Cependant, si l'action Paulienne ne procure pas aux créanciers tout ce qui doit leur revenir d'après les régles prémentionnées, ils peuvent subsidiairement se faire restituer en entier contre l'aliénation elle-même faite par leur débiteur. Cette poursuite est également dirigée contre la personne qui a contracté avec le débiteur; mais elle opère vis-à-vis du tiers acquéreur. En effet, elle rescinde l'aliénation même consentie par le débiteur; la chose aliénée

et 6 (cf. § 4 i. f. et 5), oblige seulement à la restitution des fruits pendants lors de l'aliénation de la chose ainsi que des fruits que le défendeur a perçus ou aurait pu percevoir durant le procès. Ces passages visaient sans doute l'ancien interdit fraudatoire; ils lui appliquent la règle générale de l'ancienne procédure par interdits d'après laquelle les fruits étaient dus uniquement à dater de l'émission de l'interdit (D. 43, 1, *de interd.*, L. 3); cette règle est devenue sans objet en droit nouveau. Cf. ACCARIAS, II, n° 853, p. 1096, et note 3, et WINDSCHEID, II, § 463, 4°, a, et note 17. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 10, § 22, vis Propter quod.....

(69) D. *h. t.*, L. 7, L. 8. — (70) L. 8 i. f., cit.

(71) D. *h. t.*, L. 10, § 20, vis sed cum aliquo modo..... consequatur.

(72) D. *h. t.*, L. 10, § 20 i. f. — (73) D. *h. t.*, L. 6, § 11 i. f.

(74) D. *h. t.*, L. 10, § 25 i. f., L. 11. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 10, § 5, L. 6, § 12.

(75) Cf. ci-dessus T. II, § 100, III, 1°.

rentre dans le patrimoine de ce dernier et partant ses créanciers acquièrent le droit de la revendiquer en son nom contre le tiers acquéreur (76).

4° A raison de son caractère prétorien, l'action Paulienne se prescrit par une année (77) utile (78) à dater de la vente des biens (79); cette vente établit l'insolvabilité du débiteur (80). Mais l'action peut être intentée pendant trente ans dans le but de faire restituer le profit retiré de l'acte frauduleux (81).

§ 245. *De la vente des biens du débiteur.*

1° Dans le mois qui suit l'envoi en possession, les créanciers doivent annoncer par des affiches la vente des biens du débiteur; cette publication s'appelle *proscriptio bonorum* (1). Elle était sans doute accompagnée d'une sommation pour les autres créanciers de se présenter et d'une sommation pour le tiers détenteur de biens de la masse d'en faire la restitution (2). A l'expiration du mois, le

(76) I. 4, 6, *de action.*, § 6. « Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui « tradiderit, bonis ejus a creditoribus ex sententia præsidis possessis permittitur « ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem « traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse ». Cf. THÉOPHILE, *eod.*

Comme l'action Paulienne, cette restitution en entier se donne contre un tiers gratifié malgré sa bonne foi; ce n'est donc pas une simple application de la restitution en entier du chef de dol, mais une cause spéciale de restitution en entier. En ce sens WINDSCHEID, I, § 116, note 2 initio. Contra VANGEROW, I, § 177, *Anm.*, n° 3.

(77) C. *h. t.*, L. 6. — (78) D. *h. t.*, L. 1, pr., L. 6, § 14, L. 10, pr.

(79) D. *h. t.*, L. 6, § 14, cf. L. 10, § 18. En ce sens WINDSCHEID, II, § 463, 4°, a, et note 21, et ACCARIAS, II, n° 853 i. f. Cf. MAYNZ, II, § 300, note 46.

(80) Cela n'empêche pas d'exercer l'action Paulienne avant la vente des biens. Cf. WINDSCHEID, II, § 463, 5° initio.

(81) D. *h. t.*, L. 10, § 24. La restitution en entier dure quatre années continues (C. 2, 52 (53, Kriegel), *de tempor. in integr. restitut.*, L. 7) à dater de la vente des biens.

(1) GAIUS, III, 79 initio; CICÉRON, *pro Quintio* 6, 15 i. f., 18 initio, 19 et 20; THÉOPHILE, I. 3, 12, pr.

(2) PUCHTA, *Institut.* II, § 179, *ad not. ff* et *gg*, et KELLER, *Der röm. Civilprocess*, § 85, II, 2°. Cf. WALTER, *Geschichte des röm. Rechts* II, § 754 initio, et BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* II, § 114, p. 677-678.

Mais ces affiches ne contenaient ni les conditions de la vente, ni la liste des biens; elles tendaient uniquement à informer les tiers de la vente et à permettre

magistrat, du consentement de la majorité des créanciers, nomme un curateur à l'effet de vendre les biens ; on lui donnait le nom de *magister vel curator bonorum vendendorum seu distrahendorum* (3); c'était en général l'un des créanciers (4). Dans les dix jours à partir de sa nomination, le curateur doit procéder à la vente (5), aprés en avoir affiché les conditions (6). Au reste les fonctions du curateur dont il s'agit se limitent à la vente des biens ; si les circonstances l'exigent (7), le magistrat, d'accord avec la majorité des créanciers, nomme un curateur aux biens (8), un *curator bonorum* (9), chargé de l'administration du patrimoine du débiteur (10). Ajoutons qu'en droit nouveau tout créancier peut profiter de l'envoi en possession et participer au partage du prix de vente des biens du débiteur, à la condition de se présenter dans les deux ans ou dans les quatre ans de

à ceux qui s'intéressaient au débiteur, de le libérer s'ils le jugeaient convenable. Cf. SÉNÈQUE, *de benef.* IV, 12, et D. *h. t.*, L. 33, § 1.

(3) D. 27, 10, *de curat. fur.*, L. 5; arg. D. 42, 7, *de curat. bon. dando*, L. 2, pr. Cf. GAIUS, III, 79 initio, et THÉOPHILE, I. 3, 12, pr.

(4) GAIUS, III, 79 initio, et THÉOPHILE, I. 3, 12, pr., cbn. avec arg. D. 42, 7, *de curat. bon. dando*, L. 2, § 4. Cf. KELLER, cité, § 85, II, et WALTER, cité, II, § 754 initio. — (5) GAIUS, III, 79.

(6) Les délais prémentionnés de 30 et de 10 jours sont réduits de moitié pour la vente des biens d'un débiteur décédé (GAIUS, III, 79 « Si quidem vivi bona veneant, « jubet ea prætor per dies continos $\overline{XXX}$ possideri et proscribi, si vero mortui, « per dies $\overline{XV}$; itaque si vivi bona veneant, in diebus ($\overline{X}$ *bonorum*) *venditionem* « fieri jubet, si mortui, in dimidio. Diebus itaque vivi bona $\overline{XXXX}$, mortui vero « $\overline{XX}$ emptori addici jubet » (édition BRUNS); CICÉRON, *pro Quintio* 15, vis cui « magistri fiunt, et domini constituuntur, qui, qua lege et qua conditione pereat, « pronuntient » ; cf. THÉOPHILE, I. 3, 12, pr.

Ces nouvelles affiches contenaient sans doute l'indication des différents biens, du moins lorsque la vente se faisait en détail.

Voyez sur l'ensemble de cette question BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess* II, § 114, p. 670-680 et 681.

(7) D. 42, 7, *de curat. bon. dando*, L. 1, pr. et § 1 initio (pr. et § 1, Kriegel); D. 42, 4, *quib. ex caus. in poss. eat.*, L. 6, § 2; D. *h. t.*, L. 14, pr.

(8) D. 42, 7, *de curat. bon. dando*, L. 2, pr.

(9) D. *eod.*, L. 3; D. 42, 8, *quæ in fraud. credit.*, L. 1, pr. Cf. D. 42, 7, *de curat. bon. dando*, L. 2, § 3-4.

(10) D. *eod.*, L. 1, § 1 i. f. (§ 2, Kriegel), L. 2, § 1, 2 et 5, L. 3. Il peut aussi exercer l'action Paulienne (D. 42, 8, *quæ in fraud. credit.*, L. 1, pr.); cf. ci-dessus T. III, § 244, note 54.

l'envoi en possession, selon qu'il est domicilié on non dans la même province que les envoyés en possession(11).

2° La vente comprend tous les biens dont le débiteur est propriétaire(12), mais non les biens d'autrui dont il n'a que la possession(13), ni même ceux qu'il est tenu de restituer à un tiers en vertu d'un rapport obligatoire, comme preneur, commodataire, dépositaire, etc., abstractiou faite du point de savoir si le tiers créancier est propriétaire(14). Ces deux catégories de choses ne font pas partie du patrimoine du débiteur, et le tiers propriétaire ou créancier a le droit de les réclamer par la revendication ou par une action personnelle. Pour un motif d'équité, on exclut encore de la vente les objets de première nécessité(15) et ceux auxquels le débiteur porte un intérêt d'affection(16), par exemple les marques d'honneur qui lui ont été décernées(17).

3° La vente se fait par l'intermédiaire du curateur nommé à cette fin et au nom du débiteur(18). Elle produit les effets ordinaires d'une

(11) C. *h. t.*, L. 10, pr. et § 1 (pr. et § 1, vis Ut autem..... explorati juris est, Kriegel). Cf. BAYER, cité, § 14, V. Ces délais expirés, les créanciers qui ne se sont pas présentés, tout en conservant leur créance (L. 10 cit., § 1a (§ 1 i. f., Kriegel. Cf. C. 8, 26, *de remiss. pign.*, L. 6), doivent s'en tenir à l'excédent possible du prix de vente sur les créances produites; cet excédent est déposé à leur profit (L. 10 cit., § 2); cf. ci-après le n° 3 i. f. du présent paragraphe.

(12) Cf. D. *h. t.*, L. 8, pr.

(13) C. 7, 73, *de privil. fisci.*, L. 1; C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 3; C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 29, L. 30, pr. et § 1 (L. 30, vis In rebus..... ei plenissime consulatur, Kriegel); Nov. 97, c. 6, pr. et § 1 initio; D. *h. t.*, L. 24, § 2 i. f.; cf. sur ce dernier texte ci-dessus T. I, § 65, note 10. — (14) Arg. L. 24, § 2 i. f., cit.

(15) Arg. D. *h. t.*, L. 29, L. 38, pr. Cf. D. 20, 1, *de pignor.*, L. 6-8.

(16) D. *h. t.*, L. 38, pr.

(17) D. *h. t.*, L. 29. La vente globale de l'ancien droit romain comprenait même ces objets (CICÉRON, *pro Quintio* 15).

(18) L'ancienne vente globale exigeait des enchères (CICÉRON, *pro Quintio* 15 i. f., et *in Verrem*, Actio II, lib. 2, c. 18, vis omnium bonorum paternorum... possessio traditur, et c. 19, vis Auctio facta est); mais la vente en détail du nouveau droit romain peut se faire sans enchères (arg. C. *h. t.*, L. 10, § 3) (BETHMANN-HOLLWEG, cité, T. II, § 114, p. 682, et T. III, § 159, note 25 i. f.). A offres égales, les créanciers et les parents du débiteur sont préférés à d'autres amateurs (D. *h. t.*, L. 16 initio). De leur côté les créanciers l'emportent sur les parents (L. 16 cit.) et, parmi les créanciers, on accorde la préférence à celui qui est le parent du débiteur

vente par représentant(19). Le prix de vente se répartit entre les divers créanciers, conformément aux règles qui seront indiquées au paragraphe suivant(20). En cas de déficit, le débiteur n'est libéré que jusqu'à concurrence des payements effectués(21); les créanciers qui n'ont pas été intégralement payés, peuvent reprendre les poursuites contre le débiteur qui fait de nouvelles acquisitions(22). S'il y a un excédent, il doit être déposé en faveur des créanciers qui pourraient se présenter plus tard(23). Un effet particulier de la vente est de frapper le débiteur d'infamie(24).

§ 246. *De la classification des créanciers.*

1 Les créanciers sont payés sur le produit de la vente dans l'ordre suivant.

En premier lieu viennent les créanciers de la masse, ou, comme on les appelle encore, les créanciers des créanciers; par exemple, des impôts sont dus au fisc pour la période postérieure à l'envoi en possession(1), des frais ont été faits pour l'administration ou pour la vente de la masse(2), un tiers a prêté de l'argent au curateur aux biens afin de l'aider à réparer une maison du débiteur, etc. Ces dettes ayant été contractées dans l'intérêt de tous les créanciers, il est rationel qu'elles soient acquittées avant toutes les autres.

On paye en second lieu les créanciers des frais funéraires(3); leur

(D. 2, 14, *de pact.*, L. 60) et subsidiairement à celui qui a la créance la plus forte (D. *h. t.*, L. 16 i. f.).

Voyez encore le D. *h. t.*, L. 30, et le C. *h. t.*, L. 10, § 3.

(19) Cf. D. 42, 7, *de curat. bon. dando*, L. 4. — (20) Cf. C. *h. t.*, L. 6.

(21) C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 1.

(22) I. 4, 6, *de action.*, § 40; D. 42, 3, *de cess. bon.*, L. 4, pr., L. 7.

(23) C. *h. t.*, L. 10, § 2.

(24) Gaius, II, 154; Cicéron, *pro Quintio* 15 i. f.; arg. C. 2, 11 (12, Kriegel), *de caus., ex quib. inf. alic. inrog.*, L. 11, et C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 8, pr. (L. 8 initio, Kriegel). Cf. Maynz, II, § 299, et notes 43-45.

(1) Cf. C. 4, 46, *si propter publ. pensit.*, L. 1.

(2) Arg. D. 42, 7, *de curat. bon. dando*, L. 2, § 1 initio.

(3) Paul, I, 21, § 15; D. 11, 7, *de relig.*, L. 45. Au sujet de l'objet des frais funéraires voyez le D. *eod.*, L. 14, § 3-6, L. 37, L. 46, § 1. Cf. ci-dessus T. III, § 192 i. f.

position est plus favorable que celle d'aucun autre créancier proprement dit du déconfit.

On paye en troisième lieu les créanciers hypothécaires privilégiés, d'après le rang de leur privilège respectif(4),

en quatrième lieu les créanciers hypothécaires simples, aussi selon leur rang, qui résulte généralement de la date de leur hypothèque(5),

en cinquième lieu les créanciers chirographaires privilégiés, d'après le classement qui en a été fait ailleurs(6),

et en sixième lieu les créanciers chirographaires simples, chacun en proportion du montant de sa créance(7). Toutefois, les créanciers qui ont droit à une peine à raison d'un délit du débiteur, sont seulement payés après tous les autres créanciers chirographaires(8); il est juste que le débiteur ne soit pas puni au détriment de ses créanciers(9).

Enfin, s'il s'agit de la liquidation du patrimoine d'une personne décédée, les légataires ne sont payés qu'après tous les autres créanciers(10); *nemo liberalis, nisi liberatus*. Plusieurs légataires sont payés en proportion du montant de leur legs respectif(11).

2° Parfois le patrimoine du débiteur doit être séparé en plusieurs masses, au point du vue du payement des dettes. C'est ce qui arrive surtout lorsque les créanciers du débiteur défunt ou les légataires demandent la séparation des patrimoines du défunt et de l'héri-

(4) Nov. 97, c. 3 initio. Voyez notre *Cours élémentaire de droit romain* I, § 272.

(5) C. *h. t.*, L. 6, pr. i. f. (L. 6, Kriegel). Voyez notre *Cours élémentaire* I, § 272.

(6) T. I, § 65. — (7) C. *h. t.*, L. 6, § 1 (L. 6 i. f., Kriegel).

(8) C. 10, 7, *pœnis fiscalibus creditores præferri*, L. un., D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 17, et arg. de ces lois. Cf. D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 37; cette loi se borne à assimiler le fisc qui réclame une peine, à un simple particulier créancier d'une peine; elle ne détermine nullement le rang du fisc. Voyez en notre sens PUCHTA, *Pand.*, § 248, et note g, *Vorles.* II, § 248, 5°, b, RUDORFF, *zu Puchta's Pand.*, § 248, note g, et ARNDTS, § 227, et *Anm.* 1. Contra UNTERHOLZNER, cité, I, § 183, et note o, VANGEROW, III, § 594, *Anm.*, n° I, 1°, et WINDSCHEID, II, § 270, et note 5.

(9) Voyez encore le D. 42, 6, *de separat.*, L. 1, § 9 (VANGEROW, III, § 593, *Anm.*, n° II, 3°).

(10) C. 6, 37, *de leg.*, L. 6, pr. (L. 6 initio, Kriegel); D. 42, 6, *de separat.*, L. 4, § 1. Même les legs dus par le *decujus* sont payés comme dettes du *decujus* avant ses propres légataires (C. *h. t.*, L. 1).

(11) Voyez cependant le C. 6, 37, *de leg.*, L. 15, § 1 (L. 15 i. f., Kriegel).

tier(12). Dans ce cas la classification des créanciers se fait, par rapport à chaque patrimoine, conformément aux règles indiquées ci-dessus(13).

§ 247. *De la cession de biens.*

D. 42, 3, *de cessione bonorum*. — C. 7, 71, *qui bonis cèdere possunt.*

1° La cession de biens (*cessio bonorum*) est un mandat par lequel un débiteur autorise ses créanciers à prendre possession de tous ses biens, à les vendre et à se payer sur le prix(1). Elle procure un triple avantage au débiteur : il n'encourt pas l'infamie attachée à la vente ordinaire des biens de la part des créanciers(2); il se soustrait à la contrainte par corps(3); enfin, tout en étant seulement libéré de ses dettes jusqu'à concurrence de ce que ses créanciers touchent sur le produit de la vente(4), il jouit pour l'avenir du bénéfice de compétence(5). Considérée en elle-même, la cession de biens constitue un mandat donné par le débiteur à ses créanciers(6), sauf qu'elle n'exige pas l'acceptation de ces derniers(7); à titre de mandat elle est parfaite par une simple déclaration du débiteur; aucune forme n'est nécessaire(8). Le mandat donné aux créanciers a pour objet la prise en possession de tous les biens du débiteur, leur vente et l'attribution du produit de la vente aux créanciers(9). En conséquence, les créanciers sont dispensés de demander l'envoi en possession des biens;

(12) D. 42, 6, *de separat.*, L. 1, § 1, L. 6, pr., cf. L. 1, § 2, 5 et 6. Il y a aussi lieu à une séparation des patrimoines au profit des esclaves institués héritiers par leur maître (Gaius, II, 155; I. 2, 19, *de hered. qualit. et differ.*, § 1 i. f.; D. 42, 6, *de separat.*, L. 1, § 18) ainsi qu'à l'action tributoire (cf. ci-dessus T. III, § 139, 6°). Voyez encore le D. 4, 4, *de minor.*, L. 3, § 4 i. f.

(13) D. 42, 6, *de separat.*, L. 1, § 1 i. f. et 3. Voyez toutefois le D. *eod.*, L. 1, § 17, L. 5, cf. L. 3, § 1-2.

(1) Cf. C. *h. t.*, L. 4, pr. i. f. (L. 4, Kriegel), L. 6.

(2) C. 2, 11 (12, Kriegel), *de caus., ex quïb. inf. alic. inrog.*, L. 11; C. *h. t.*, L. 8, pr. (L. 8 initio, Kriegel). — (3) C. *h. t.*, L. 1 i. f. cbn. avec l'initium.

(4) C. *h. t.*, L. 1 initio; D. *h. t.*, L. 7, vis Si debitoris..... consequantur.

(5) I. 4, 6, *de action.*, § 40; D. *h. t.*, L. 4, L. 6, L. 7; C. 7, 72, *de reb. auctor. jud. possid.*, L. 3. Cf. I. 4, 14, *de replic.*, § 4 i. f.

(6) Arg. C. *h. t.*, L. 4, pr. i. f. (L. 4, Kriegel).

(7) Voyez le n° 2 du présent paragraphe. — (8) D. *h. t.*, L. 9; C. *h. t.*, L. 6.

(9) C. *h. t.*, L. 4, pr. i. f. (L. 4, Kriegel).

ils ont le droit de les appréhender comme mandataires du débiteur. Ils n'acquièrent point la propriété des biens abandonnés(10), mais ont l'obligation de les vendre(11). Par une autre application de la théorie du mandat, le débiteur peut, jusqu'au moment de la vente, révoquer le mandat donné à ses créanciers et les forcer à lui restituer les biens(12), sauf évidemment le droit des créanciers d'en poursuivre la vente par la voie ordinaire s'ils n'ont pas été satisfaits(13). La cession doit d'ailleurs comprendre tous les biens du débiteur, sans aucune exception(14).

2° Le débiteur n'a le droit de contraindre ses créanciers à accepter la cession de biens que s'il a été de bonne foi, c'est-à-dire si sa situation obérée est due à des malheurs et non à des dissipations(15); il est tenu de jurer qu'il n'a rien détourné(16); ce serment est connu dans l'école sous le nom de *juramentum manifestationis*. Indépendamment de ce bénéfice réservé au débiteur de bonne foi, les créanciers sont libres d'accepter une cession de biens proposée par un débiteur quelconque et de faire à ce sujet les conventions qu'ils jugent convenables(17); notamment, ils peuvent permettre au débiteur de garder certains de ses biens ou lui accorder une remise pleine et entière de ses dettes. De là une cession de biens légale et une cession de biens conventionnelle.

§ 248. *Des concordats.*

L'institution du concordat entre un débiteur et la majorité de ses créanciers n'est reconnue par le droit romain que dans un cas particulier : lorsqu'une personne est appelée à une hérédité qui paraît

(10) L. 4, pr. i. f., cit.; D. *h. t.*, L. 3 initio.

(11) C. *h. t.*, L. 4, pr. i. f. (L. 4, Kriegel).

(12) D. *h. t.*, L. 3, L. 5; C. *h. t.*, L. 2. — (13) Arg. L. 2 cit.

(14) Arg. D. *h. t.*, L. 6. Voyez cependant le n° 2 i. f. du présent paragraphe.

(15) C. Théod. 4, 20, *qui bon. ex lege Jul. ced. poss.*, L. 1; Nov. 135, *præf.* i. f.; arg. C. *h. t.*, L. 7, v^is^ cessionis flebile.. adjutorium, L. 8, pr. (L. 8, Kriegel), v^is^ miserabilis cessionis bonorum.. auxilium. Voyez en ce sens UNTERHOLZNER, cité, I, § 174 i. f., MÜHLENBRUCH, I, § 170, n° I i. f., et MAYNZ, II, § 299, *ad not.* 37. Cf. GŒSCHEN, II (2), § 473 i. f., et PUCHTA, *Institut.* II, § 179, et note *pp*.

(16) Nov. 135, c. 1, v^is^ Jusjurandum autem..... satisfaciat. Cf. *lex Julia municipalis*, c. 25, lignes 113-114. — (17) Cf. la même loi, c. 25, lignes 114-115.

être obérée, et qu'elle veut seulement l'accepter moyennant une réduction proportionnelle des dettes héréditaires, la majorité des créanciers de la succession a le droit de consentir à cette réduction de manière à lier la minorité(1).

1° Le concordat exige la convocation de tous les créanciers héréditaires, à l'effet de délibérer sur la remise partielle des dettes(2); la présence d'un certain nombre de créanciers à la réunion n'est pas requise(3). Mais il faut que la majorité de l'ensemble des créanciers héréditaires adhère à la remise partielle(4). La majorité se détermine eu égard à l'importance des créances et non d'après le nombre des créanciers(5); si les créances sont égales des deux côtés, les créanciers les plus nombreux l'emportent(6). En outre, le concordat a besoin d'être homologué par le magistrat(7).

2° Le concordat peut être opposé à tous les créanciers chirographaires(8), mais non aux créanciers hypothécaires qui n'y ont pas consenti(9); ces derniers ne peuvent être dépouillés contre leur gré de la garantie attachée à leur créance. En ce qui concerne les coobligés solidaires du *decujus*, le concordat ne leur profite point; il est pour eux une *res inter alios acta;* ils doivent donc payer intégralement la dette solidaire(10). Toutefois, si le créancier a consenti au concordat, celui-ci vaut comme remise partielle de la dette et, à ce titre, il profite souvent aux coobligés solidaires et notamment à la caution(11). D'un autre côté les coobligés solidaires qui, après

(1) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 19. — (2) D. *eod.*, L. 7, § 19 initio, L. 10, pr. initio.

(3) Arg. L. 10, pr., cit. — (4) D. *eod.*, L. 7, § 19.

(5) D. *eod.*, L. 8 initio, L. 9, § 1-2.

(6) D. *eod.*, L. 8, vis Quod si æquales..... præferendus est, cf. L. 9, pr. Si les créanciers aussi sont en nombre égal, on donne la préférence à l'avis du créancier qui jouit de la considération la plus grande et, en dernier lieu, à l'avis le plus équitable (D. *eod.*, L. 8, vis In numero autem pari.....).

(7) Le consentement de tous les créanciers à la remise partielle rend cette homologation inutile; il y a alors une remise ordinaire de dettes (D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 19).

(8) même s'ils sont privilégiés (D. *eod.*, L. 10, pr. Cf. D. 17, 1, *mand.*, L. 58, § 1, vis Sed cum proponas..... decretum prætoris).

(9) D. 2, 14, *de pact.*, L. 10, pr.; D. 17, 1, *mand.*, L. 58, § 1, vis citis à la note précédente. — (10) L. 58, § 1, cit., vis Lucius Titius..... præstaturus est.

(11) L. 58, § 1, cit., vis citis. Il en est de même si le créancier qui s'est opposé

avoir payé intégralement le créancier de la succession, exercent leur recours contre l'héritier, subissent la réduction comme tous les autres créanciers héréditaires(12).

§ 249. *Des sursis de payement.*

Un sursis de payement, de cinq années au plus, peut être accordé à un débiteur quelconque par la majorité de ses créanciers de façon à lier la minorité(1). On a considéré que le maintien momentané d'un débiteur à la tête de ses affaires pouvait lui permettre de les relever dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers.

1° Le sursis est subordonné à la convocation de tous les créanciers(2) et au vote favorable de la majorité(3). En principe, c'est la majorité des créances en somme qui est décisive(4); subsidiairement la majorité des créanciers en nombre l'emporte(5).

2° Le sursis vaut à l'égard de tous les créanciers, chirographaires ou hypothécaires(6); comme il tend à laisser temporairement le débiteur à la tête de ses affaires, il aurait manqué son but si, pendant sa durée, un créancier quelconque avait eu le droit d'actionner le débiteur(7). Rien n'empêche les créanciers qui n'ont pas voté le sursis,

au concordat, n'en poursuit pas moins l'héritier pour la quote-part concordataire, au lieu de demander le payement intégral de la dette au coobligé solidaire; il est censé adhérer après coup au concordat (D. 17, 1, *mand.*, L. 58, § 1, vis Plane si ab herede.....).

(12) L. 58, § 1; cit., vis Nec enim si quis..... præstaturus est.

(1) C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 8, pr., § 1-4 (L. 8, Kriegel).

(2) Arg. D. 2, 14, *de pact.*, L. 7, § 19 initio, L. 10, pr. initio.

(3) C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 8, § 1-4 (L. 8, Kriegel).

(4) L. 8 cit., § 2-3 (L. 8, Kriegel).

(5) L. 8 cit., § 4 (L. 8, Kriegel). S'il y a égalité sous les deux rapports, le sursis est encore acquis au débiteur (L. 8 cit., § 5 (L. 8, Kriegel)).

Aucun texte n'exige l'homologation judiciaire du sursis.

Faisons remarquer pour l'intelligence du C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 8, qu'il y s'agit d'un débiteur de bonne foi qui demande un sursis de payement et qui, en ordre subsidiaire, entend exercer le bénéfice de cession de biens. Si, dans ce cas, le sursis est repoussé par les créanciers, la cession de biens produit naturellement ses effets.

(6) C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 8, § 6 initio (L. 8 i. f., Kriegel).

(7) Cf. L. 8 cit., § 6 i. f. (L. 8 i. f., Kriegel).

de poursuivre immédiatement les coobligés solidaires du débiteur favorisé du sursis(8); mais ce dernier n'est soumis à un recours de la part de ses coobligés qu'après l'expiration du sursis (9).

(8) Arg. D. 17, 1, *mand.*, L. 58, § 1, vis Lucius Titius..... præstaturus est.

(9) Arg. L. 58, § 1, cit., vis Nec enim si quis..... præstaturus est. Cf. le nº 2 du § 248.

Voyez aussi le C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 8, § 7 (L. 8 i. f., Kriegel).

Mentionnons encore la monstruosité byzantine en vertu de laquelle un débiteur peut également obtenir un sursis du prince, moyennant de fournir un fidéjusseur (*litteræ moratoriæ* d'après les modernes) (C. 1, 19, *de prec. imper. offer.*, L 4). Cf. C. *eod.*, L. 2, et D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 45, § 10.

FIN DU TOME TROISIÈME.

ADDITIONS ET CORRECTIONS.

T. I, p. 93, notes 16 et 17, ligne 2, au lieu de «§ 116», lisez «§ 116ter, I».
» p. 250, ligne pénultième, au lieu de «accordent», lisez «refusent».
» p. 251, ligne 11, au lieu de « c'est qu'on », lisez « c'est que dans l'espèce on ».
» p. 251, ligne 12, après le mot « donation », ajoutez « (D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5, § 15) ».
» p. 260, après la ligne 8, ajoutez « BLONDEAU, *Esquisse d'un traité sur les obligations solidaires*, Paris, 1819 »,
» p. 333, note 2, ligne 1, au lieu de « § 149, I », lisez « § 147, 5° i. f. ».
T. II, p. 16, ligne 8, au lieu de « *chirographæ* », lisez « *chirographa* ».
» p. 34, note 26, au lieu de « Arg. I. 4, 13, *de except.*, § 2 initio », lisez « Arg. C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 3 ».
» p. 56, note 45, ligne 4, au lieu de « § 147, IV », lisez « § 147, 3° ».
» p. 58, note 4, ligne 1, avant « D. 17, 2, etc. », mettez « Cf. ».
» p. 58, note 4, ligne 6, au lieu de « vue commune », lisez « jour commun ».
» p. 247, note 5, au lieu de « § 158, I », lisez « § 158, III ».
» p. 250, note 4, au lieu de « § 158, II », lisez « § 158, IV ».
» p. 259, lignes 10 et 11, au lieu de «Cornélien», lisez «Sempronien».
» p. 301, note 40, ligne 1, au lieu de « solidem », lisez « solidum ».
» p. 319, note 42, au lieu de « N° I° », lisez « N° II ».
» p. 325, ligne 14, au lieu de « action », lisez « action utile ».
» p. 359, note 17, au lieu de « L. 48; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 52, pr. », lisez « L. 48, L. 52, pr. ».
» p. 361, ligne 20, supprimez les mots « lésion énorme ».
» p. 366, ligne 6, au lieu de « qu'ils ont », lisez « que les meubles ont ».
» p. 371, note 7, ligne 3, au lieu de « § 189 », lisez « § 189b ».

T. II, p. 378, note 6, ligne 2, supprimez « et C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 2 ».

» p. 396, note 43, ligne 3, supprimez « cf. § 1 ».

» p. 396, note 45, ligne 2, au lieu de « PESTUS », lisez « FESTUS ».

T. III, p. 9, note 20, ligne 4, au lieu de « sermeni », lisez « serment ».

» p. 89, note 50, ligne 7, au lieu de « *simplicis* », lisez « *simplices* ».

» p. 108, ligne 16, au lieu de « F) », lisez « E) ».

» p. 133, note 43, ligne 1, supprimez « et C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 2 ».

» p. 146, ligne 16, au lieu de « *argentiofdinarum* », lisez « *argentifodinarum* ».

» p. 167, note 23, ligne 1, au lieu de « *obstat* », lisez « *obstant* ».

» p. 304, dernière ligne, au lieu de « manda », lisez « mandat ».

» p. 411, ligue 18, au lieu de « IHEBING », lisez « IHERING ».

» p. 426, ligne 4, au lieu de « *rapto rum* », lisez « *raptorum* ».

» p. 430, ligne 4, au lieu de « curales », lisez « curules ».

» p. 431, ligne 16, au lieu de « 1861 », lisez « 1859-1861 ».

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME TROISIÈME.

Pages.

IX. *Du mandat.*

§§ 134. Notion et conditions 1
135. Des diverses espèces de mandats 8
136. Effets du mandat entre parties 11
137. Du droit du mandataire de se substituer un tiers 18
138. Effets du mandat à l'égard des tiers 20
139. Des actions des tiers contre le mandant 20
140. Comment finit le mandat. 27

X. *Du dépôt.*

141. Notion et conditions 33
142. Effets du dépôt. 36
143. Du dépôt nécessaire 42
144. Du dèpôt irrégulier 42
145. Du séquestre 44

XI. *Du prêt.*

146. Des diverses espèces de prêts 48

A) *Du prêt de consommation.*

147. Notion et conditions 48
148. De la preuve du prêt de consommation 54
149. Effets du prêt de consommation 57
149bis. Du sénatus-consulte Maçédonien 60

B) *Du commodat.*

150. Notion et conditions 66
151. Effets du commodat 68

C) *Du précaire;* § 152. 71

XII. *De la société.*

A) *Notion et conditions;* § 153 79
B) *Effets de la société entre parties;* § 154. 94
C) *De la cession des droits sociaux;* § 155 105

Pages.

D) *De la sous-association;* § 156. 106
E) *Effets de la société à l'égard des tiers;* § 157 108
F) *Des causes de dissolution de la société;* § 158 114
G) *De la liquidation de la société.*
§§ 159. Aperçu 124
160. Du prélèvement des apports. 124
161. De la rentrée des créances et du payement des dettes sociales . . 128
162. Du partage des biens sociaux 129
163. De l'action *communi dividundo* 134
H) *De quelques espèces particulières de sociétés.*
164. De la société universelle de biens 138
165. De la société générale d'acquêts. 144
166. Des sociétés publiques 146
XIII. *De la donation.*
A) *Historique.*
167. Ancien droit civil 161
168. Système de la loi *Cincia* 162
169. Droit impérial. 172
B) *Notion et conditions des donations;* § 170 175
C) *Des différentes sortes de donations;* § 171 201
D) *Effets des donations;* § 172 206
E) *De la révocation des donations;* § 173 208
F) *De quelques espèces particulières de donations.*
174. De la donation de tous les biens 214
175. De la donation rémunératoire 218
176. De la donation modale 223
XIV. *Du contrat de rente;* § 177 226
XV. *De la transaction.*
178. Des diverses espèces de transactions 228
A) *De la transaction proprement dite.*
179. Notion et conditions 228
180. Effets de la transaction 237
B) *Du compromis;* § 181. 245
C) *De la convention relative à un serment extrajudiciaire;* § 182 . . 256
XVI. *Des conventions aléatoires.*
183. Aperçu 261
184. Du prêt à la grosse 262
XVII. *Des conventions accessoires.*
185. Observations générales 266
186. Du pacte de réserve d'offres meilleures 273
187. Du pacte commissoire 279
188. Du pacte de rachat 282

Pages.

§§ 189. Du pacte de préférence 287
189[a]. Du *pactum de retroemendo* 288
189[b]. Du pacte de désistement 288
189[c]. Du pacte de réserve de propriété ou d'hypothèque. 291
189[d]. Du *pactum de non alienando*. 295

CHAPITRE II. — *Des quasi-contrats.*

190. Notion du quasi-contrat et de ses diverses espèces 297

SECTION I. — *De la gestion d'affaires.*

191. Notion et conditions 299
192. Effets de la gestion d'affaires entre parties 303
193. Effets de la gestion d'affaires à l'égard des tiers 310

SECTION II. — *Des sacrifices faits dans le but de sauver un navire.*

194. Principe général 312
195. Conditions de la contribution 314
196. Du mode de contribution. 318
196[bis]. De l'application analogique de la loi Rhodienne 324

SECTION III. — *De la réception des effets des voyageurs dans un hôtel ou dans un bateau;* § 197 326

SECTION IV. — *De la détention d'une chose sans cause.*

198. Des divers cas où l'on détient une chose sans cause. 331
199. Règles relatives à la restitution des choses détenues sans cause . . 351

SECTION V. — *De la communauté accidentelle.*

200. Notions générales. 356
201. De l'action *finium regundorum* 362

CHAPITRE III. — *Des délits.*

SECTION I. — *Des délits en général.*

202. Notions et division 366
203. Effets des délits 373

SECTION II. — *Du vol.*

204. Notion et conditions 375
205. Effets du vol 378
206. Du vol manifeste 383
206[bis]. Du recel des choses volées 384

SECTION III. — *De la rapine;* § 207 386

SECTION IV. — *Du dommage illicite.*

208. Historique 389
209. Notion et conditions du dommage illicite. 393
210. Effets du dommage illicite 405

SECTION V. — *De l'injure.*

211. Notion et conditions 411
212. Effets de l'injure 416

CHAPITRE IV. — *Des quasi-délits.*

213. Notions générales. 419

Pages.

§§ 214. Du *dejectum vel effusum* 421
215. Du *positum vel suspensum* 422
216. Du quasi-délit du juge 423

Appendice aux délits et aux quasi-délits.

217. De la responsabilité des maîtres ou commettants et des possesseurs d'animaux 424

CHAPITRE V. — *Des obligations légales.*

218. Aperçu 430
219. De la dénonciation d'un nouvel œuvre. 431
220. De la prohibition et de l'interdit *Quod vi aut clam* 437
221. Du dommage causé par la chose d'autrui. 441
222. De l'obligation d'exhiber. 446
223 De l'obligation de faire des funérailles 452
223bis. De l'obligation de déposer en justice. 453
224. Des pollicitations obligatoires 455

TITRE III. — DES CAUSES D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

CHAPITRE I. — *Notions préliminaires.*

225. Division des causes d'extinction des obligations. 460
226. Énumération des différentes causes d'extinction des obligations . . 464

CHAPITRE II. — *De la remise de la dette.*

227. Règles générales 466
228. De l'acceptilation 469
229. De la remise de la dette par simple convention 471

CHAPITRE III. — *De la compensation.*

230. Notion et historique 477
231. Conditions de la compensation 480
232. Effets de la compensation 488
233. Des cas où la compensation est exclue. 491
233bis. Des demandes reconventionnelles 493

CHAPITRE IV. — *De la novation.*

234. Notion et espèces 495
235. Conditions de la novation 497
236. Effets de la novation 506

CHAPITRE V. — *De la confusion.*

237. De la confusion entre le débiteur et le créancier. 509
238. De la confusion entre codébiteurs ou entre cocréanciers solidaires . 510

CHAPITRE VI. — *De la prescription;* § 239 512

CHAPITRE VII. — *Du concours de deux causes lucratives;* § 240 . . 517

TITRE IV. — DE L'INSOLVABILITÉ DU DÉBITEUR.

241. Historique 520
242. Notions générales. 525
243. De l'envoi en possession des biens du débiteur 527

Pages.

§§ 244. De la rescision des actes faits par le débiteur en fraude de ses créanciers. 528
245. De la vente des biens du débiteur. 539
246. De la classification des créanciers 542
247. De la cession de biens 544
248. Des concordats. 545
249. Des sursis de payement 547

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.

Les chiffres romains renvoient au tome, les chiffres arabes à la page; n. signifie note.

Abandon de la chose due I, 47-50.
Acceptilation III, 469-471.
Accomplissement des conditions II, 184-187.
Accusare criminis III, 369.
Actio ad exhibendum III, 446-452.
— *æstimatoria* II, 298, n. 16.
— *calendarii* III, 59, n. 12.
— *commodati, directa, contraria* III, 68.
— *communi dividundo* III, 101-103, 134-137, 361.
— *conducti* II, 395, 400.
— *de albo corrupto* III, 373.
— *de effusis et dejectis* III, 422.
— *de eo quod certo loco dari oportet* I, 34-35, 38.
— *de in rem verso* III, 112-114, 310-312.
— *de ornamentis restituendis* II, 357.
— *de pastu* III, 429, n. 43.
— *de pauperie* III, 428-429.
— *de peculio* III, 24-25.
— *de pecunia constituta* I, 395, 401-403.
— *depensi* I, 171, n. 20.
— *depositi, directa, contraria* III, 36-37.
Actio depositi sequestraria III, 45.
— *de positis et suspensis* III, 422.
— *de rationibus distrahendis* III, 382.
— *de sepulcro violato* III, 372-373, 392-393, et n. 27.
— *de termino moto* III, 361, n. 42.
— *de tigno juncto* III, 382.
— *doli* II, 146-149, 150, 162, 165.
— *emphyteuticaria* II, 383-384.
— *empti* II, 357.
— *exercitoria* III, 20-22, 23.
— *ex stipulatu* II, 336.
— *familiæ erciscundæ* III, 361.
— *finium regundorum* III, 361-365.
— *funeraria* III, 309-310, 453.
— *furti* III, 378-380.
— *furti concepti, oblati, non exhibiti, prohibiti* III, 384-386.
— *furti manifesti* III, 383-384.
— *in factum de recepto* III, 329, 330.
— *injuriarum civilis* III, 417, *prætoria* III, 416-417, 417-419.
— *institoria* III, 22-23.
— *judicati* III, 520-522.
— *legis Aquiliæ* III, 409-411.
— *locati* II, 395, 400.
— *mandati, directa, contraria* III, 11,
— *mutui* III, 58.

Actio nata III, 514.
Actions de bonne foi, de droit strict I, 254-255.
Actio negotiorum gestorum, directa, contraria III, 304-307.
Actions noxales III, 424-427.
— pénales, répersécutoires, mixtes III, 373-375.
— perpétuelles, temporaires III, 513-514.
— *oneris aversi* II, 417, n. 32.
— *Pauliana* III, 528-539.
— *pignoraticia, directa, contraria* II, 387.
— *præscriptis verbis* II, 25-26.
— *præscriptis verbis æstimatoria* II, 431.
Actio pro socio III, 100-102.
— *quanto minoris* II, 298, 304.
— *quasi institoria* III, 23.
— *Quod jussu* III, 23-24.
— *quod metus causa* II, 162-164, 165.
— *recepticia* I, 394-395.
— *redhibitoria* II, 298, 302-304, 357.
— *rerum amotarum* III, 349, 382.
— *rescissoria vel restitutoria* I, 195; III, 168.
— *Rutiliana, actio Serviana* III, 524, et n. 30.
— *si certum petetur* III, 58, n. 2.
— *tributoria* III, 26-27.
— *venditi* II, 357.
— *viæ rejectæ* III, 362, n. 4.
— *vi bonorum raptorum* III, 349, 387-389.
Actores III, 2, n. 6.
Addicti II, 6; III, 520-522.
Addictio (*in diem*) III, 273-278.
Adjectus solutionis causa I, 11-12.
Adjudication à l'action en partage III, 135-136.
Adjutores III, 2, n. 6.
Adpromissores II, 216-217.
Adstipulatores II, 216-217; III, 390, 392.
Æstimatum II, 429-431.
Agrimensores III, 363-364.
Antichrèse II, 388-389.
Anatocisme I, 339-341.
Anatocismus anniversarius I, 340, n. 16.
— *conjunctus, separatus* I, 340.
Arbitre pour la décision d'un différend III, 245-246, 248-252, 255-256.
Arbitre pour la détermination d'une prestation contractuelle II, 64-69.
Argentarii III, 449-450, 478, n. 9.
Assignatio III, 10-11.
Assurances I, 325, n. 3; 326, n. 22; III, 262-263, et n. 3.
Auctio II, 356, et n. 101, 104 et 108.
Arrhes I, 163-168.

Bénéfice de cession d'actions I, 184-185, 271-272, 369-370.
— de compétence I, 17-18.
— de dation en payement I, 16.
— de division I, 184, 269-271.
— d'ordre ou de discussion I, 182-184.
Bonorum distractio III, 524, 539-542.
— *venditio* III, 478, n. 9; 522-525.
Bornage III, 357, 361-365.

Capacité de contracter I, 228-238; II, 48-56.
— de délinquer I, 236, n. 52; III, 367, et note 5[b].
— quant aux quasi-contrats I, 236, n. 52; III, 299.
Carmina famosa III, 413-414, et n. 22; 416.
Cas fortuit I, 56-57.
Cause dans les conventions II, 47-48.
— dans les obligations III, 331-356.
Cautio damni infecti III, 441-445, 446.
— *discreta, indiscreta* I, 397-398, et n. 14; III, 342-343, et n. 64.
Cautiones II, 337-338.

Cautio prædibus prædiisque III, 150-151.
Cautionnement I, 171-198.
Cautions volontaires, nécessaires II, 337, n. 6.
Cessibilité des créances I, 357-368.
Cession de biens III, 525, 544-545.
— des créances I, 345-393.
— des droits sociaux III, 105-106.
Cessions volontaires, nécessaires I, 371-372.
Cheptel II, 428, n. 12.
Chirographa II, 10, 15-18.
Chirographe *de deposito* II, 27, n. 4 et 6.
— *de dote* II, 27, n. 4 et 6.
— *de mutuo* II, 27-29; III, 54-57.
Collegia fabrorum, naviculariorum, pistorum III, 151, n. 45.
Classification des créanciers III, 542-544.
Clause pénale I, 150-163.
Clausula doli II, 136-137, 153, n. 10.
Colonat partiaire I, 101; II, 398-399.
Commodat III, 66-71.
— *ad pompam vel ostentationem* III, 67.
Commodum I, 18-30, 140-142; II, 193-194, 203-204, 221, 222.
Communauté accidentelle (*communio incidens*) III, 356-365.
Compensation III, 477-494.
Compétence quant à l'action en payement I, 32-33.
Complicité criminelle III, 368, 380, n. 14.
Compromis III, 245-256.
Concordats III, 545-547.
Concours de deux causes lucratives III, 517-519.
Condictio causa data causa non secuta II, 21, 26, 36-38; III, 332, 343-346.
— *de bona fide consumptis* ou *de bene depensis* III, 50, n. 14.
— *ex lege* II, 39-40.
Condictio ex lege 5 C. *de inofficiosis donationibus* III, 213.
— — 35 C. *de donationibus* III, 207.
— — 8 C. *de revocandis donationibus* III, 213.
— — 10 C. *de revocandis donationibus* III, 209.
— *furtiva* III, 349, 378, 381-382.
— *indebiti* III, 332, 333-343.
— *ob causam datorum* II, 36-38; III, 332, 343-346.
— *ob turpem vel injustum causam* III, 346-347, 349.
— *sine causa lato sensu* III, 331-356, *stricto sensu* III, 332-333, 348-351.
— *triticiaria* III, 58, n. 2.
Condition II, 167-213.
Conditions affirmatives, négatives II, 184-185.
— casuelles, potestatives, mixtes II, 178-182, 198, 199, 212.
— illicites, immorales II, 86-95, 182-183.
— impossibles II, 169-171, 182-183.
— légales ou tacites II, 172-173.
— nécessaires II, 169-171.
— suspensives, résolutoires II, 173-177.
Confinium III, 363-364.
Confirmation des conventions II, 234-235.
Confusion (cause d'extinction des obligations) III, 508-512.
— des limites de deux fonds de terre III, 357, 365.
Consentement II, 97-112.
Conseil III, 3-4, 368.
Consignation de la chose due I, 44-47.
Constitut I, 395-403.
— de la dette d'autrui I, 188-189.
Constitution de dot II, 43, et note 12; III, 205.
— de rente III, 226-227.
Constitut possessoire III, 141-143.

Continuité de la prescription extinctive des obligations III, 515-517.
Contractus II, 2-3, 29-32.
— *socidæ* II, 399, n. 23; 418, n. 38; 428, n. 12.
— *mohatræ* III, 62, n. 11.
— *suffragii* II, 30, n. 2; 36, n. 44.
Contrat consensuel II, 18-20, 33.
— de gage II, 384-392.
— de rente III, 226-227.
— emphytéotique II, 382-384.
— entre absents II, 101-103.
— estimatoire II, 429-431.
— littéral II, 10-18, 27-29.
— réel II, 3-6, 21-26, 33-38.
— — innomé II, 24-26, 34-38.
— verbal II, 7-9, 21, 33.
Controversia de fine, de loco III, 363-364.
Convention d'hypothèque II, 40, et n. 71.
— relative à un serment extrajudiciaire III, 256-261.
Conventions II, 2-431; III, 1-296.
— accessoires III, 266-296.
— aléatoires II, 92-95, 344-348; III, 226-227, 261-266.
— à titre onéreux, à titre gratuit II, 42-44.
— illicites, immorales II, 81-97.
— inexistantes, annulables II, 226-237.
— unilatérales, bilatérales II, 45-47.
Convicium III, 413, 414, n. 22; 416.
Corréalité I, 290-293.
Crainte révérentielle II, 152, et n. 7.
Crimen expilatæ hereditatis III, 377, n. 12.
Crimina III, 368-371.
— *publica, extraordinaria* III, 370-371.
Culpa I, 51-68.
— *lata* I, 52.
Culpa levis in abstracto I. 52-53.
— — *in concreto* I, 53-54.
— *levissima* I, 54-55.
Curator bonorum III, 540.
— — *vendendorum* III, 540.
Custodia dans les obligations I, 57-58, 65.

D*amnum corpore corpori datum* III, 390-392.
— *emergens* I, 71, 326; III, 406.
— *infectum* III, 442-443.
— *injuria datum* III, 393-405.
Dation d'arrhes I, 163-168.
— en payement I, 15-16.
Datum ob causam, ob rem III, 333, n. 19.
Decoctor III, 526.
Déconfiture du débiteur III, 520-548.
Dejectum vel effusum III, 421-422.
Délégation III, 496, et n. 12; 505.
Délits III, 366-419.
— publics, privés III, 368-373.
Demandes reconventionnelles I, 388-389; III, 493-494,
Demeure I, 115-140. V. *Mora*.
Dénonciation d'un nouvel œuvre III, 431-437.
Déposition en justice III, 453-455.
Dépôt III, 33-47.
— de la chose due I, 44-47.
— irrégulier III, 42-44.
— nécessaire (*depositum miserabile*) III, 42.
Détermination de la prestation contractuelle II, 61-69.
Dettes d'argent (monnayé) I, 322-324.
Dies II, 213-222.
— *a quo, dies ad quem* II, 213-214.
— *certus an, certus quando, dies certus an, incertus quando* II, 214.
Dies incertus an, incertus quando, dies incertus an, certus quando II, 169, 171-172

Distractio bonorum III, 524, 539-542.
Dol dans la conclusion des conventions II, 134-151.
— dans l'exécution des obligations I, 51.
— principal, dol accessoire II, 140-145.
Dolus malus, dolus bonus II, 134, 135.
Dol réciproque des cocontractants II, 145-146.
Dominium revocabile II, 188-189, 194-199, 199-201, 204-212, 220-222.
Dommage causé par la chose d'autrui III, 441-446.
— direct, indirect I, 69, 326; III, 406.
— intrinsèque, extrinsèque I, 70-71, 326; III, 406.
— positif, négatif I, 71, 72, 326; III, 406.
— prévu, imprévu I, 77-81.
Dommages et intérêts I, 68-84, 324-328.
Donation III, 161-226.
— à cause de mariage III, 205-206.
— déguisée III, 199-200.
— formant l'accessoire d'une autre convention III, 199-201.
— de tous les biens III, 214-218.
— entre époux III, 206.
— entre-vifs; à cause de mort III, 201-204.
— faite à des personnes interposées III, 178-179.
— faite *dando, obligando, liberando* III, 186-187.
— modale III, 223-226.
— réciproque III, 205.
— rémunératoire III, 218-222.
Dotis dictio II, 7, 9, 21.

Échange II, 374-377.
Emptio spei, emptio rei speratæ II, 344-348.
Envoi en possession des biens d'un débiteur insolvable III, 527.
— — — pour refus de fournir la *cautio damni infecti* III, 444-445.
Erreur dans les conventions II, 112-133.
— de fait, erreur de droit II, 113, n. 3.
— essentielle, accidentelle II, 112-133.
— excusable, inexcusable II, 112-113.
Error in corpore II, 125-126.
— *in substantia* II, 125.
Escompte I, 330-332.
Éviction II, 258-287.
Exceptio doli II, 149-151, 162.
— *jurisjurandi* III, 259, et n. 26.
— *legis Cinciæ* III, 165-166.
— *non adimpleti contractus, non rite adimpleti contractus* II, 251-254.
— *non numeratæ pecuniæ* III, 55-56.
— *quod metus causa* II, 164-165.
— *senatus consulti Macedoniani* III, 63-64.
— — — *Velleiani* I, 194.
Exercitor III, 20-21.
Exhibition III, 446-452.
Expensilatio II, 11.
Expromissio III, 496.
Expropriation pour cause d'utilité publique II, 354.
Extinction des obligations III, 460-519, *ipso jure, per exceptionem* III, 460-464.

Faute I, 51-68. V. *Culpa*.
Fidejussio I, 171-188.
— *indemnitatis* I, 176-177.
Fidéjussion principale et arrière-fidéjussion (*fidejussor succedaneus*) I, 173.
Fidepromissio I, 171-172.
Fœnus III, 48, n. 1.

Fœnus nauticum III, 262-364, *quasi-nauticum* III, 264-266.
— *unciarium* I, 337, n. 2, *semi-unciarium* I, 338, n. 3.

Forum contractus I, 35, 37.
— *delicti commissi* I, 35.
— *domicilii* I, 36-37.
— *gestæ administrationis* I, 35.
— *læsionis vel natæ actionis* II, 32.
— *natæ obligationis* I, 35-36.
— *prorogatum vel pactitium* I, 36-37.

Frais funéraires, funérailles I, 344; III, 309-310, 452-453, 542-543.

Fruits I, 19-24; II, 193-194, 203-204, 221, 222.

Funérailles (obligation de faire les) III, 452-453.

Furtum III, 375-386.
— *manifestum* III, 383-384.
— *rei, usus, possessionis* III, 378, et n. 17.

Garantie dans la société III, 94-95.
— dans la transaction II, 259, 289.
— dans le louage de choses II, 401-402.
— dans le partage conventionnel II, 379-380.
— dans les cessions de créances I, 372-374.
— dans les conventions à titre gratuit II, 259-260, 289.
— de la contenance II, 304-306.
— du chef des servitudes prédiales II, 261-265.
— du chef des vices de la chose II, 288-307, légale II, 288-294, 296-306, conventionnelle II, 294-296, 307.

Garantie du chef d'éviction II, 258-287, légale II, 258-274, 278-280, conventionnelle II, 274-278, 280-286.

Gestion d'affaires III, 299-312.

Honoraires II, 96-97, 414-415; III, 178.

Ignorance II, 112.

Impossibilité dans les obligations contractuelles II, 69-97.
— juridique II, 81-97.
— relative II, 78-81.

Imputabilité des délits I, 236, n. 52; III, 367, et n. 5[b].

Imputation des payements I, 42-43.

Incapacité de contracter I, 228-238; II, 48-56.
— — des impubères I, 230-235; II, 50, 54-56.
— — des mineurs I, 236, n. 52; II, 50-54.
— de délinquer I, 236, n. 52; III, 367.
— de donner et de recevoir III, 176-179.
— en ce qui concerne les quasi-contrats I, 236, n. 52; III, 299.

In diem addictio III, 273-278.

Indivisibilité des obligations I, 293-322.
— absolue I, 304-319.
— de payement I, 304-319.
— d'obligation I, 304, n. 2.

Indivision III, 356-361.

Inexécution des obligations I, 50-84.

Infantiæ proximi, pubertati proximi I, 236, n. 52; III, 367, et n. 5[b].

Injure III, 411-419.

Injuria atrox III, 415, n. 39.

Insinuation des donations III, 173-174, 191-196.

Insolvabilité du débiteur III, 520-548.

Intercession I, 169-198.
— cumulative, privative I, 170-172.
— des femmes I, 192-198.

Interdictum fraudatorium III, 535.
— *possessorium* III, 524.

Interdit *de mortuo inferendo* III, 453.
— *de opere restituendo* (*interdictum demolitorium*) III, 434-436.
— *de precario* III, 73, 76, n. 34; 77, n. 37.
— *de sepulcro ædificando* III, 453.
— *ne quid in flumine publico fiat* III, 362, n. 4.
— *ne quid in loco publico vel itinere fiat* III, 362, n. 4.
— *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* III, 445, 527.
— *Quod vi aut clam* III, 437-441.
Interdits exhibitoires III, 451-452.
Intérêt au contrat de société III, 88.
— à une convention II, 57-61.
Intérêts I, 328-342.
— volontaires, légaux I, 333-337.
Interpellation, mise en demeure I, 122-124.
Interposition de personnes dans les donations III, 179-180.
Interprétation des conventions II, 237-246.
Interruption de la prescription extinctive des obligations III, 515-517.
Interusurium I, 330-332.
Invalidité des conventions II, 226-237.

Jeux II, 92-95.
Judex qui litem suam fecit III, 423.
Judicia publica III, 369.
Jusjurandum extrajudiciale III, 256-261.
Jus pœnitendi II, 36-38, 247-249.

Kalendarium I, 333, n. 5.

Legis *actio per manus injectionem* III, 520-522.
Lésion II, 307-311.
— dans la vente II, 308, 309-311, 362-370.
— dans le partage II, 308-309, 311, 381; III, 134.
Lex Anastasiana I, 389-393.
— *Appuleia* I, 172.
— *Aquilia* III, 389-411.
— *Cincia* III, 162-172.
— *Cirereia* I, 172.
— *commissoria* III, 279-281.
— *Cornelia de injuriis* III, 417.
— *Cornelia Pompeia* I, 338, n. 5
— *Cornelia* relative au cautionnement I, 171.
— *Furia de sponsoribus et fidepromissoribus* I, 172.
— *Genucia* I, 338.
— *Julia de adulteriis* I, 193.
— *Julia Miscella* II, 90, n. 113.
— *Julia* relative à la cession de biens III, 525.
— *Mœnia* I, 338, n. 2.
— *Mamilia* III, 364.
— *Pœtelia* II, 23-24; III, 521, 522.
— *Publilia de sponsoribus* I, 171, n. 20.
— *Rhodia de jactu* III, 312-326.
Libelli famosi III, 413, 417, n. 10.
Licitatio II, 356, et n. 106 et 108.
Lieu du payement I, 30-38.
Liquidation de la société III, 124-137.
Litem denuntiare en matière de garantie II, 268-269.
Litteræ moratoriæ III, 548, n. 9.
Louage II, 392-428.
— accompagné d'une estimation II, 426-428.
— *ad pompam vel ostentationem* II, 397.
— de choses II, 393, 396-412.
— d'ouvrage II, 393-396, 413-426.
Louage irrégulier II, 417, n. 32.
Lucrum cessans I, 71, 72, 326; III, 406.

Magister *societatis vectigalium* III, 155-157.
— *bonorum vendendorum* III, 540.
Manceps II, 396, n. 45; III, 149-151, 153, 156.

Mandat III, 1-33.
Mandat en faveur d'un tiers (mandat qualifié) I, 190-192; III, 4.
— général III, 8-10.
Manilianæ venalium vendendorum leges II, 296, et n. 66.
Manus injectio III, 520-522.
Missio in possessionem en cas d'insolvabilité du débiteur III, 527.
— — — pour refus de fournir la *cautio damni infecti* III, 444-445.
Mode II, 222-225.
— impossible, illicite ou immoral II, 223, et n. 10.
Monnaie II, 22-23.
— (dettes portant sur de la) I, 322-324.
Mora I, 115-149.
— *creditoris* I, 133-137, 145-147.
— *debitoris* I, 121-133, 138-145.
— *ex persona, ex re* I, 124.
Mulcta pœnitentialis I, 157; III, 289.
Mutuum III, 48-65.

N*egotiorum gestio* III, 299-312.
Nexum I, 4; II, 4-6.
Nomina II, 10.
— *arcaria* II, 12.
— *transcripticia* II, 10-15.
Novation III, 495-508.
— objective, subjective III, 495-496.
— privative, cumulative III, 496.
— volontaire, nécessaire III, 497, 503, 508.
Noxa, noxia, noxæ deditio III, 425, et n. 11.

Obligation, généralités I, 1-4.
— alternative I, 205-216.
— civile, naturelle I, 218-253.
— conjonctive I, 204-205.
— corréale I, 290-293.
— de bonne foi, de droit strict I, 253-260.
— de donner, de faire I, 198-200.
Obligation de réparer un dommage I, 68-84, 324-328.
— d'exhiber III, 446-452.
— d'un corps certain, obligation générique I, 200-204.
— facultative I, 216-218.
— indivisible I, 293-322.
— nulle, inefficace I, 225; II, 226-237; III, 460-464.
Obligations légales III, 430-459.
— solidaires I, 260-293.
Occentare III, 414, n. 22.
Offre II, 98-100.
— de payer I, 44, 133-135.
Operæ liberales, illiberales II, 414-415.
Operis novi nuntiatio III, 431-437.
Ordo judiciorum publicorum III, 370.
Ordre entre créanciers III, 542-544.

Pacte de rachat ou de réméré III, 282-287.
Pactes accessoires II, 19-20, 38, 41; III, 266-296.
— confirmés II, 18-20, 38-40.
— légitimes II, 19-20, 38-40.
— libératoires III, 471-476, *in rem, in personam* III, 475-476.
— prétoriens II, 19-20, 40-41.
— simples II, 20, 38, 41.
— successoires II, 95-96.
Pactum II, 2-3, 29-32.
— *addictionis in-diem* III, 273-278.
— *commissorium* III, 272, 279-281.
— *de emendo, de vendendo* II, 107-108.
— *de ineundo contractu* II, 107-108.
— *de jurejurando extrajudiciali* III, 256-261.
— *de non alienando* II, 61, n. 12; III, 295-296.
— *de non petendo* III, 471, 473.
— *de retroemendo* III, 288.
— *de retrovendendo* III, 282-287.
— *displicentiæ* III, 288-291.
— *ne dolus præstetur* I, 67.

Pactum protimeseos III, 287-288.
— *reservati dominii* III, 291-294.
— *reservatæ hypothecæ* III, 294-295.
Palmarium II, 96-97.
Pararii II, 14, n. 28.
Paris II, 93-95.
Partage conventionnel II, 378-381; III, 129-130.
— judiciaire III, 101-103, 130-137, 359-361, 365.
Participation criminelle III, 368, 380, n. 14; 388, n. 21.
Payement I, 5-50.
Payement *per æs et libram* I, 5-6.
Pecora partiaria II, 418-419, 428.
Pecunia trajecticia III, 262-264.
Periculum I, 84-115, 138-140, 146; II, 194, 204.
Pollicitations II, 98-100; III, 455-459.
Positum vel suspensum III, 422.
Pourparlers II, 103, 105, 109.
Prædes III, 149-151, 153.
Præscriptio longi temporis, longissimi temporis III, 513.
Precarium III, 71-78.
— *proprietatis, possessionis* II, 77, n. 36.
Prescription extinctive des obligations III, 512-517.
Prestation du dol, de la faute et du cas fortuit I, 58-67.
Prêt III, 48-78.
— à intérêt III, 48, n. 1 du § 147; 54, 59.
— à la grosse III, 261-266
— à usage III, 66-71.
— — *ad pompam vel ostentationem* III, 67.
— de consommation III, 48-65.
— *per æs et libram* II, 4.
Preuve du payement I, 40-41.
— du prêt de consommation III, 54-57.
Privilegium exigendi I, 342-344.
Prohibitio III, 437-440.
Promesse du fait d'un tiers II, 314-317.
— publique III, 457-459.
Promesses de vendre ou d'acheter II, 107-108.
Promissio jurata liberti II, 7, n. 1; III, 456.
Proscriptio bonorum III, 539.
Proxeneta, proxeneticum II, 415, n. 18.
Publicains II, 396; III, 146-161.
Punctatio II, 109.

Q*uæstiones perpetuæ* III, 369-371.
Quasi-contrats III, 297-365.
Quasi-délit du juge III, 423.
Quasi-délits III, 419-423.
Querela non numeratæ pecuniæ III, 55-56.
Quinque pedes III, 363-364.
Quittance I, 40.
Quota litis II, 96-97.

Rachat (pacte de) III, 282-287.
Rapine III, 386-389.
Ratification de la gestion d'affaires III, 300-303.
Recel des choses volées III, 384-386.
Receptum arbitrii II, 40, et n. 74; III, 245-246, 248-252, 255-256.
— des banquiers I, 394-395.
— *nautæ, cauponis et stabularii* III, 326-331.
Recommandation III, 7.
Reconduction II, 411-412.
Reconnaissance d'une dette I, 393-403.
Reconvention I, 388-389.
Redemptores II, 395, 396; III, 148.
Relocation II, 411-412.
Réméré (pacte de) III, 282-287.
Remise de la dette III, 466-476.
— tacite de la dette III, 471-473.
Remissio nuntiationis III, 436.
Renonciation à la solidarité I, 284-285.
Répétition d'une chose payée sans cause III, 331-356.
Représentation dans les conventions II, 321-333.

Rescision des actes frauduleux d'un débiteur III, 528-539.
— des conventions bilatérales pour cause d'inexécution II, 254-258.
— — — pour cause de lésion II, 307-311.
Responsabilité des hôteliers et des bateliers III, 326-331.
— des maîtres ou commettants III, 424-427.
— des possesseurs d'animaux III, 427-430.
Restipulatio II, 334.
Restitution contre les actes frauduleux d'un débiteur III, 535-536, 538-539.
— en entier pour dol II, 146, n. 53.
— — — pour violence morale II, 162.
Révocabilité de certaines conventions II, 246-250.
Révocation de la propriété et des *jura in re aliena* II, 188-189, 194-199, 199-201, 204-212, 220-222.
— des donations III, 208-214.
Risques et périls I, 84-115, 138-140, 146.
Sénatus-consulte Macédonien III, 60-65.
— — Velléien I, 192-198.
Séparation des patrimoines III, 543-544, et n. 12.
Se porter fort pour autrui II, 315-316.
Séquestre III, 44-47.
Serment extrajudiciaire III, 256-261.
— promissoire I, 149-150.
Servitude de passage pour cause d'enclave II, 354-355.
Simplariæ venditiones II, 289, n. 6.
Simulation II, 166-167.
Societas III, 79-161.
Societas aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum III, 146, 151.
Societas leonina III, 82-83, et n. 25.
— *negotiatoria* III, 89.
— *omnium bonorum* III, 138-143.
— *privata* III, 146, n. 1.
— *publica* III, 146-161.
— *quæstuaria, simplex* III, 88-89, et n. 50.
— *rerum, operarum, mixta* III, 80, et n. 7.
— *sortis, usus* III, 80, et n. 12.
— *universorum quæ ex quæstu veniunt* III, 144-145.
— *vectigalium* III, 146-161.
Solidarité I, 260, 293.
— conventionnelle I, 262-263; testamentaire I, 264, judiciaire I, 264, légale I, 264-268, entre codélinquants I, 265; III, 374-375
Sommation, mise en demeure I, 122-124.
Sous-association III, 106-108.
Sous-location II, 407-408, 423-424.
Sponsio (cautionnement) I, 171-172.
Stipulation II, 7-9, 331-339.
— Aquilienne III, 469.
— pénale I, 150-163.
— pour autrui II, 314-315, 317-320.
Stipulations conventionnelles, nécessaires II, 336-338.
— prépostères II, 339.
— prétoriennes, judiciaires, communes II, 337-338.
— ou promesses pour les héritiers des parties II, 311-312.
Subhastatio II, 356, et n. 108.
Subscribere in crimen III, 369.
Substitution (droit de) du mandataire III, 18-19.
Superarbiter III, 251.
Sursis de payement III, 547-548.
Syndici III, 2, n. 6.
Syngraphæ II, 10, 15-18.

Témoignage judiciaire III, 453-455.

Terme II, 213-222. V. *Dies*.
Terme suspensif, résolutoire II, 213-314.
Transaction III, 228-261.
— proprement dite III, 228-244.
Transmissibilité des obligations aux héritiers I, 357-358; II, 250-251.
Trésor I, 26-27.
Turba III, 392, et n. 25.

U*suræ* I, 328-342.
— *centesimæ* I, 334, n. 6.
— *legitimæ* I, 337-339.
— *voluntariæ, legales* I, 333-337.

V*enia ætatis* II, 53-54.
Venditio bonorum III, 478, n. 9; 522-525.
Vente II, 339-374.
— aléatoire II, 344-348, 367.
Vente à l'essai II, 370-374.
— aux enchères II, 109-111, 355-356, 366.
— avec indication de la contenance II, 305-306.
— d'après échantillon II, 374.
— de choses futures II, 344-348.
— de la chose d'autrui II, 79-81.
— de servitudes II, 343-344.
— forcée II, 353-355.
— gracieuse II, 352-353, 364.
— sous condition de dégustation II, 370-374.
Vices rédhibitoires II, 298.
Violence II, 151-165.
— morale II, 152-165.
— physique II, 151-152.
— principale, accessoire II, 160, et n. 42.
Vol III, 375-386. V. *Furtum*.
Votum, vœu III, 456.

TABLE DES TEXTES QUI FONT L'OBJET D'UNE EXPLICATION.

Institutes de Justinien.

II, 7, *de donat.*
§ 2. II, 38, n. 65.
III, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*
§ 4. II, 387, n. 1.
III, 15, *de V. O.*
§ 1. II, 334, n. 20.
III, 19, *de inutil. stipul.*
§ 5. II, 126, n. 40.
III, 21, *de litt. oblig.* II, 28-29; III, 57, n. 12.
III, 23, *de empt. et vendit.*
pr. I, 168, n. 17.
§ 3. I, 86, n. 8.
§ 5. II, 84, n. 75.
III, 25, *de societate.*
§ 1. III, 92, n. 64.
III, 26, *de mand.*
§ 10-11. III, 30, n. 29; 31, n. 36.
III, 29, *quib. mod. oblig. toll.*
§ 3ª. III, 504, n. 46.
IV, 1, *de oblig. quæ ex del. nasc.*
§ 3. III, 383, n. 1.
IV, 3, *de lege Aquil.*
§ 4. III, 400, n. 36.
IV, 6, *de action.*
§ 6. III, 537, n. 61; 538-539, et n. 76.
§ 20. III, 137, n. 13.
§ 39. III, 479, n. 17.

Digeste de Justinien.

I, 22, *de off. adsess.*
L. 4. I, 107, n. 47.
II, 1, *de jurisd.*
L. 15. II, 130, n. 54.
II, 14, *de pact.*
L. 7, § 2. II, 32, n. 6.
L. 7, § 5. I, 67, n. 33.
L. 7, § 6. III, 271, n. 15.
L. 7, § 16. II, 82, n. 66.
L. 10, § 2, L. 11, L. 12. III, 229, n. 6.
L. 13, § 1. I, 352, n. 62.
L. 27, pr. I, 230, n. 50.
L. 27, § 2. I, 180, n. 27.
L. 27, § 3. I, 67, n. 33.
L. 27, § 4. II, 82, n. 66; 86, n. 88.
L. 28, § 2. I, 383, n. 31.
L. 39. II, 243, n. 29.
L. 57, § 1. I, 383, n. 31.
L. 62. I, 180, n. 27.
II, 15, *de transact.*
L. 3, pr. III, 241, n. 28.
L. 3, § 1, L. 6. III, 234, n. 23.
L. 7, § 1. III, 240, n. 24.
L. 11. III, 231, n. 16; 233, n. 18.
L. 13. III, 229, n. 6.
L. 14. III, 244, n. 35.
L. 17. III, 242, n. 32.
III, 3, *de procur.*
L. 15. pr. III, 7, n. 48.

L. 33, § 5, L. 34, L. 35, pr. I, 388, n. 48.
L. 60. III, 229, n. 6.
III, 4, *quod cujusc. univ.*
L. 1, pr. III, 149, n. 29.
III, 5, *de neg. gest.*
L. 5, § 3. II, 327, n. 94.
L. 5, § 5. III, 305, n. 8.
L. 5, § 11-13. III, 302, n. 18.
L. 8. III, 301, n. 10.
L. 33. III, 189.
IV, 2, *quod metus causa.*
L. 7, pr. II, 154, n. 24.
L. 7, § 1. II, 156, n. 33.
L. 8, § 3. II, 154, n. 15.
L. 12, § 1. II, 155, n. 30.
L. 14, § 11. I, 140, n. 10.
L. 21, § 3. II, 158, n. 40.
L. 21, § 4. II, 157, n. 40.
L. 21, § 5. II, 158, n. 40.
L. 22. II, 159, n. 40.
IV, 3, *de dolo malo.*
L. 7, pr. II, 141, n. 35.
L. 9, § 3. III, 45, n. 6.
L. 18, § 3. II, 138, n. 26.
L. 20, § 1, L. 25. III, 474, n. 26.
L. 38. II, 132, n. 63.
IV, 4, *de minor.*
L. 16, § 1. II, 143, n. 35.
L. 24, pr. I, 371, n. 79.
L. 38, pr. I, 380, n. 24.
L. 50. I, 244, n. 79.
IV, 7, *de alien. jud. mut. causa.*
L. 4, § 3. I, 352, n. 62.
IV, 8, *de recept.*
L. 2. III, 255, n. 98.
L. 17, § 5. III, 251, n. 62.
L. 34, pr. I, 275, n. 35; 277, n. 43 et 44; III, 475, n. 42.
IV, 9, *nautæ caup. stabul. ut rec. restit.*
L. 1, § 1. III, 327, n. 11.
V, 1, *de judic.*
L. 2, pr. II, 130, n. 54.
L. 43. I, 38, n. 46.
V, 2, *de inoffic. testam.*
L. 29, § 2. III, 241, n. 28.
V, 3, *de hered. petit.*
L. 25, § 11. III, 218, n. 1.
L. 40, pr. I, 140, n. 10.
VI, 1, *de rei vindic.*
L. 15, § 3. I, 140, n. 10.
L. 27, § 2. I, 72, n. 11.
L. 41, pr. II, 207, n. 145.
VII, 1, *de usu fructu.*
L. 59, § 1. I, 22, n. 39; 364, n. 34.
VII, 9, *usufruct. quemadm. cav.*
L. 1, § 5. I, 73, n. 15.
VIII, 2, *de S. P. U.*
L. 17, § 3-4. II, 243, n. 28.
VIII, 5, *si servit. vindic.*
L. 19. I, 318, n. 56.
IX, 1, *si quadr. paup. fec. dic.*
L. 1, § 11. III, 429, n. 41.
IX, 2, *ad leg. Aquil.*
L. 2, pr. III, 408, n. 17.
L. 5, § 3. III, 398, n. 24.
L. 11, pr. III, 397, n. 22; 400, n. 36.
L. 11, § 3. I, 74, n. 16; III, 404, n. 46.
L. 13, pr. I, 74, n. 16.
L. 15, § 1. I, 74, n. 16; III, 404, n. 46.
L. 16. I, 74, n. 16.
L. 27, § 14. III, 410, n. 34.
L. 27, § 29. III, 398, n. 24.
L. 29, § 3. I, 72, n. 12,
L. 30, § 1. I, 244, n. 79.
L. 44, pr. III, 400, n. 33.
L. 49, § 1. III, 325, n. 4.
L. 51, pr. I, 74, n. 16; III, 404, n. 46.
L. 52, § 4. III, 401, n. 36.
L. 55. I, 210, n. 21; 212, n. 26; 215, n. 32; 216, n. 34.
X, 1, *fin. regund.*
L. 1. III, 136, n. 13.
L. 4, § 5. III, 363, n. 8.
X, 2, *fam. ercisc.*
L. 22, § 4. III, 137, n. 13.
L. 23. II, 367, n. 20.

L. 25, § 10. I, 314, n. 40.
L. 25, § 13. I, 162, n. 18.
X, 3, *comm. divid.*
L. 4, § 2. III, 137, n. 13.
L. 14, § 2. III, 360, n. 29.
L. 19, § 1. III, 360, n. 31.
L. 28. III, 358, n. 16.
XI, 7, *de relig.*
L. 11. III, 270, n. 8.
XII, 1, *de reb. cred.*
L. 4, § 2. III, 348, n. 111.
L. 5. I, 117, n. 10; 121, n. 13.
L. 8. II, 195, n. 112.
L. 9, § 9. III, 36, n. 22.
L. 11, pr. III, 54, n. 50.
L. 14. III, 63, n. 26[a].
L. 15. III, 54, n. 50.
L. 18, pr. II, 116, n. 15.
L. 22. I, 38, n. 46; III, 58, n. 8.
L. 32. II, 129, n. 53.
L. 40. III, 267, n. 5.
XII, 2, *de jurejur.*
L. 9, § 6. III, 257, n. 12.
L. 17, § 3, III, 229, n. 6.
L. 25. III, 258, n. 20.
L. 34, § 2. III, 257, n. 11.
L. 42, § 2. III, 257, n. 12.
XII, 3, *de in lit. jur.*
L. 3. I, 142, n. 20.
XII, 4, *de condict. c. d. c. n. s.*
L. 3, § 2. II, 247, n. 8; 249, n. 11.
L. 3, § 3. I, 114, n. 57; II, 247, n. 8; 249, n. 11.
L. 3, § 4. I, 114, n. 57.
L. 5, pr. I, 114, n. 57; II, 247, n. 8; 249, n. 11.
L. 5, § 1-2. II, 247, n. 8; 249, n. 11.
L. 5, § 3-4. I, 114, n. 57; II, 249, n. 11.
L. 16. I, 111, n. 54.
XII, 6, *de condict. indeb.*
L. 7. III, 353, n. 19.
L. 16, § 1. II, 188, n. 80.
L. 26, pr. I, 239, n. 66.
L. 26, § 13. I, 206, n. 9; 306, n. 15.
L. 32, § 2. I, 249, n. 104.
L. 32, § 3. I, 202, n. 9; 207, n. 12 et 14.
L. 37. III, 339, n. 53.
L. 38, pr., § 1-2. I, 229, n. 26.
L. 41. I, 235, n. 51.
L. 57, § 1. II, 329, n. 94.
L. 60, pr. I, 251, n. 109.
XIII, 1, *de condict. furt.*
L. 17. III, 500, n. 16.
XIII, 3, *de condict. tritic.*
L. 3. I, 82, n. 43; 143, n. 23.
L. 4. I, 38, n. 46.
XIII, 4, *de eo quod certo loco.*
L. 2, § 8. I, 70, n. 6; 142, n. 20.
XIII, 5, *de pec. constit.*
L. 10. I, 401, n. 2.
L. 18, pr. I, 120, n. 11.
L. 18, § 1. I, 242, n. 73.
L. 18, § 3. I, 401, n. 2.
XIII, 6, *commod.*
L. 3, § 3. I, 300, n. 22 et 24.
L. 5, § 3. I, 66, n. 28.
L. 18, pr. II, 387, n. 1.
XIII, 7, *de pigner. act.*
L. 13, pr. II, 206, n. 145; 213, n. 153.
XIV, 1, *de exerc. act.*
L. 4, pr. III, 110, n. 7.
XIV, 2, *de lege Rhodia de jactu.*
L. 2, pr. III, 321, n. 18.
L. 4, pr. III, 316, n. 13; 317, n. 21.
L. 10, pr. I, 102, n. 39.
XIV, 3, *de institt. act.*
L. 14. III, 110, n. 17.
L. 20. II, 328, n. 94.
XIV, 6, *de scto Maced.*
L. 1, pr. III, 60, n. 3.
L. 9, § 1. III, 63, n. 26[a].
XVI, 1, *ad sctum Vell.*
L. 20. I, 280, n. 50.
L. 32, § 4. I, 196, n. 21.
XVI, 2, *de compens.*
L. 4. III, 480, n. 18.
L. 15. III, 481, n. 9.

L. 18, pr. I, 386, n. 39; 389, n. 49; III, 494, n. 5.
L. 21. III, 480, n. 18.
XVI, 3, *depos.*
L. 1, § 22. I, 118, n. 10.
L. 1, § 36. I, 296, n. 15; 300, n. 22 et 24.
L. 1, § 41. III, 40, n. 29.
L. 2. II, 362, n. 2.
L. 14. I, 296, n. 15.
XVII, 1, *mand.*
L. 6, pr. III, 6, n. 43-44.
L. 8, § 10. I, 51, n. 2.
L. 26, § 6. III, 17, n. 46-47.
L. 26, § 7. III, 16, n. 44.
L. 27, § 3. III, 31, n. 36.
L. 34, pr. III, 54, n. 50.
L. 52. I, 202, n. 9.
L. 54, pr. I, 82, n. 42; II, 58, n. 6.
L. 57. III, 32, n. 38.
L. 59, § 3. I, 266, n. 40.
L. 59, § 5. I, 145, n. 26.
XVII, 2, *pro socio.*
L. 2. III, 143, n. 37.
L. 3, § 3. II, 143, n. 35.
L. 6. III, 93, n. 64.
L. 27. III, 139, n. 17.
L. 29, pr. III, 92, n. 64.
L. 29, § 1. III, 90, n. 54.
L. 30. III, 91, n. 63.
L. 31. III, 356, n. 7.
L. 32. III, 84, n. 26.
L. 36. III, 122, n. 66.
L. 44. III, 85, n. 33; 87, n. 38.
L. 52, § 3. I, 110, n. 50.
L. 52, § 7. III, 87, n. 38.
L. 52, § 9. III, 121, n. 57.
L. 52, § 13. II, 58, n. 4; III, 88, n. 47.
L. 58, pr. I, 108, n. 50; III, 81, n. 17.
L. 58, § 1. I, 108, n. 50; III, 81, n. 15.
L. 59, pr. III, 146, n. 1; 159, n. 94.
L. 60, pr. III, 97, n. 26.
L. 63, pr. III, 100, n. 41.
L. 63, § 8. III, 159, n. 94.
L. 63, § 10. III, 123, n. 73.
L. 65, pr. III, 124, n. 74.
L. 65, § 3. III, 120, n. 50.
L. 65, § 9. III, 122, n. 66.
L. 65, § 14. III, 114, n. 23.
L. 67, pr. II, 380, n. 17.
L. 69. III, 103, n. 68.
L. 76-80. II, 68, n. 33-35; 310, n. 8; III, 93, n. 64.
L. 81. III, 139, n. 20.
L. 82. III, 113, n. 20; 114, n. 21.
XVIII, 1, *de contr. empt.*
L. 4, L. 5. II, 83-84, n. 71 et 76.
L. 7, pr. II, 181, n. 55.
L. 9, § 2. II, 122, n. 27.
L. 11, § 1. II, 124, n. 30.
L. 14. II, 122, n. 26.
L. 21, L. 25, pr. II, 243, n. 29.
L. 34, pr. II, 127, n. 48; 243, n. 29.
L. 34, § 3. II, 146, n. 46.
L. 34, § 6. I, 87, n. 8; 210, n. 21; II, 181, n. 55; 243, n. 29.
L. 35, § 1. II, 65, n. 21.
L. 35, § 5. I, 94, n. 19; 95, n. 20.
L. 35, § 6. I, 95, n. 20.
L. 35, § 7. I, 96, n. 22; 98, n. 24.
L. 39, § 1. II, 346, n. 41.
L. 45. II, 119, n. 23.
L. 50. II, 191, n. 91.
L. 57. II, 71-74, n. 9, 12, 15, 16 et 18; 146, n. 46.
L. 59. II, 262, n. 22.
L. 60. II, 243, n. 29.
L. 62, § 1. II, 84, n. 75.
L. 70. II, 83-84, n. 71 et 76.
L. 72, pr. III, 271, n. 15.
L. 75. II, 107, n. 52.
L. 78, § 2. II, 361, n. 34.
L. 78, § 3. II, 347, n. 42.
XVIII, 2, *de in diem addict.*
L. 4, pr. II, 193, n. 105.
L. 4, § 3. II, 207, n. 145.
L. 4, § 4. II, 210, n. 145.
L. 11, § 1, L. 12. III, 277, n. 32.
L. 13, pr. III, 277, n. 32.
L. 13, § 1. III, 278, n. 33.

L. 14, § 5. III, 274, n. 16; 276, n. 27.
L. 15, § 1. III, 274, n. 16.
XVIII, 3, *de lege commiss.*
L. 4, pr., L. 5. II, 210, n. 145.
L. 4, § 1. III, 282, n. 19.
L. 4, § 2. III, 280, n. 11.
L. 6, pr. III, 282, n. 19.
L. 8. II, 209, n. 145.
XVIII, 4, *de H. v. A. V.*
L. 10, L. 11. II, 276, n. 85.
XVIII, 5, *de rescind. vendit.*
L. 5, § 2. I, 87, n. 8.
XVIII, 6, *de P. et C. R. V.*
L. 1, § 3-4. I, 48, n. 28.
L. 5. I, 96, n. 22; 98, n. 24.
L. 8, pr. I, 88, n. 8; 92, n. 14; II, 193, n. 105.
L. 11. I, 96, n. 20.
L. 13. I, 48, n. 28; 89, n. 13.
L. 14-15. I, 89, n. 13.
L. 17. III, 294, n. 13.
L. 18. I, 137, n. 19.
L. 20. I, 75, n. 24; 143, n. 20.
XVIII, 7, *de serv. export.*
L. 6, pr. II, 60, n. 10.
L. 6, § 1. II, 60, n. 10; 61, n. 12; III, 296, n. 3.
L. 7. II, 59, n. 7; 60, n. 10.
XIX, 1, *de A. E. et V.*
L. 3, § 3. I, 145, n. 24.
L. 3, § 4. I, 119, n. 11.
L. 11, § 18. II, 275, n. 85.
L. 13, pr. I, 71, n. 6; 78, n. 33.
L. 13, § 1. I, 71, n. 6.
L. 13, § 8. II, 361, n. 34.
L. 13, § 10. I, 20, n. 34.
L. 13, § 11. I, 22, n. 39.
L. 13, § 13. I, 23, n. 39.
L. 13, § 14. II, 307, n. 82.
L. 13, § 27. II, 140, n. 35.
L. 21, § 2. II, 119, n. 23.
L. 21, § 3. I, 71, n. 7.
L. 51, pr. I, 137, n. 19.
L. 57. III, 396, n. 20.
XIX, 2, *loc.*
L. 3. II, 427, n. 10.
L. 4. II, 217, n. 22; 218, n. 25.
L. 13, § 10. II, 425, n. 8.
L. 13, § 11. II, 412, n. 12-13.
L. 15, § 6. 102, n. 39.
L. 19, § 1. I, 69, n. 6; 71, n. 6; 79, n. 34.
L. 19, § 9-10. I, 107, n. 47.
L. 24, pr. II, 68, n. 35.
L. 31. II, 417, n. 32.
L. 33. I, 90, n. 13; 106, n. 45.
L. 36. I, 103, n. 40; II, 420, n. 6.
L. 37. I, 103, n. 40.
L. 38, pr. I, 107, n. 47.
L. 51, pr. II, 425, n. 8.
L. 51, § 1. II, 420, n. 5.
L. 59. I, 105, n. 41.
L. 61, § 1. I, 103, n. 39.
L. 62. I, 104, n. 40; II, 420, n. 6.
XIX, 3, *de æstimatoria.*
L. 1, § 1. II, 430, n. 10.
XIX, 4, *de rer. permut.*
L. 1, pr. II, 375, n. 18; 377, n. 28.
L. 1, § 4. II, 376, n. 21.
XIX, 5, *de præscr. verb.*
L. 5, § 1. I, 113, n. 56; II, 377, n. 28.
L. 5, § 3. II, 25, n. 20.
L. 12. II, 209, n. 145.
L. 13, pr. III, 86, n. 33.
L. 14, pr. III, 313, n. 7.
L. 15. III, 457, n. 17.
L. 16, § 1. II, 35, n. 34.
L. 17, § 1. I, 114, n. 58.
XX, 1, *de pignor.*
L. 14, § 1. I, 223, n. 23.
XX, 6, *quib. mod. pignus solv.*
L. 3. II, 208, n. 145.
L. 13. I, 252, n. 114.
XXI, 1, *de ædil. ed.*
L. 31, § 8. II, 361, n. 34.
L. 31, § 22. III, 289, n. 8; 290, n. 9.
L. 44, § 1. III, 110, n. 7.
L. 48, § 8. II, 289, n. 6.
L. 61. II, 265, n. 25.

XXI, 2, *de evict.*
L. 15, pr. II, 285, n. 26.
L. 15, § 1. II, 265, n. 25.
L. 25. III, 353, n. 19.
L. 39, § 3. II, 83-84, n. 71 et 76.
L. 42. II, 278, n. 97.
L. 43. II, 278, n. 94 et 97.
L. 48. II, 263, n. 22.
L. 53, § 1. II, 273, n. 74.
L. 64, pr., § 1-3. II, 282-285, n. 21-25.
L. 65. I, 287, n. 8; II, 288, n. 34.
L. 68, pr. II, 277, n. 85.
L. 68, § 1. I, 374, n. 11.
L. 69, § 5. II, 264, n. 22; 265, n. 25.
L. 71. II, 60, n. 10.
L. 75. II, 262, n. 22.
XXII, 1, *de usur.*
L. 6, § 1. I, 329, n. 4.
L. 17, § 3. I, 147, n. 7.
L. 17, § 4. I, 127, n. 24.
L. 17, § 6. I, 381, n. 25.
L. 21-22. I, 121, n. 13.
L. 23, pr. I, 124, n. 17.
L. 24, § 2. I, 123, n. 11.
L. 32, § 2. III, 97, n. 26.
L. 36. I, 23, n. 39.
L. 38, § 4. III, 535, n. 51.
L. 38, § 8. I, 20, n. 34.
L. 43. I, 378, n. 19; 381, n. 25.
XXII, 2, *de naut. fæn.*
L. 5, pr. III, 264, n. 20 et 22.
L. 9. I, 153, n. 2.
XXII, 3, *de probat.*
L. 25, § 4. I, 398, n. 15.
XXII, 5, *de testib.*
L. 25. III, 454, n. 9.
XXIII, 2, *de ritu nupt.*
L. 22. II, 158, n. 40.
XXIII, 3, *de jure dot.*
L. 6, § 2. II, 308, n. 8.
L. 62. II, 377, n. 27.
L. 69, § 4. II, 64, n. 16.
XXIV, 1, *de donat. inter V. et U.*
L. 11, § 9. II, 196, n. 112.
L. 18. III, 180, n. 40.
XXIV, 3, *sol. matrim.*
L. 7, § 12. I, 27, n. 47.
L. 24, § 2. I, 330, n. 11.
L. 45. II, 320, n. 45.
L. 49, pr. I, 373, n. 10.
XXV, 1, *de imp. in res dot. fact.*
L. 4. I, 73, n. 15.
XXV, 2, *de act. rer. amot.*
L. 2. III, 87, n. 41.
XXVI, 7, *de adm. et peric. tut.*
L. 42. I, 379, n. 22.
XXVI, 8, *de auctor. et cons. tut. et curat.*
L. I, § 1. II, 159, n. 40.
L. 5, § 2. II, 143, n. 35.
XXVII, 3, *de tut. et ration. distrah.*
L. 15. III, 243, n. 34.
XXIX, 2, *de A. v. O. H.*
L. 6, § 7. II, 159, n. 40.
XXIX, 3, *testam. quemadm. aper.*
L. 1, § 1. III, 234, n. 23.
XXX, *de leg. I.*
L. 45, § 1-2, L. 46. II, 260, n. 14.
L. 47, § 3. I, 209, n. 18; 210, n. 21.
L. 47, § 6. I, 140, n. 10.
L. 57. I, 350, n. 47.
L. 75, § 3. I, 204, n. 20.
L. 82, pr. III, 519, n. 16.
XXXI, *de leg. II.*
L. 11, § 1. I, 210, n. 21.
L. 19. I, 206, n. 10; 207, n. 14.
XXXII, *de leg. III.*
L. 11, § 23-24. I, 309, n. 27.
L. 30, § 1. I, 365, n. 35.
L. 37, § 3. II, 320, n. 44.
XXXIII, 6, *de tritico vino vel oleo leg.*
L. 8. I, 49, n. 28.
XXXV, 1, *de condic. et demonstr.*
L. 11, § 1. II, 184, n. 65.
L. 24. II, 190, n. 89.
XXXV, 2. *ad leg. Falc.*
L. 62, pr. I, 286, n. 2; 289, n. 16.
L. 68, pr. III, 193, n. 122.
L. 88, § 3. I, 332, n. 24.
XXXVI, 1, *ad sctum Trebell.*
L. 41, pr. I, 366, n. 39.

L. 61, pr. I, 245, n. 79.
XXXVI, 4, *ut in possess. legat.*
L. 1, pr. III, 338, n. 49.
XXXIX, 1, *de oper. novi nuntiat.*
L. 14, III, 432, n. 12.
L. 16, L. 19. III, 434, n. 27.
XXXIX, 3, *de aqua et aqua pluv. arc.*
L. 9, pr. II, 208, n. 145; 211, n. 149.
XXXIX, 5, *de donat.*
L. 2, pr., L. 12, L. 22, L. 24, L. 33, pr. III, 167, n 23.
L. 2, § 7, L. 3. III, 224, n. 9.
L. 9, pr. III, 180, n. 40.
L. 19, § 1. III, 219, n. 3.
L. 21, § 1. III, 168, n. 31.
L. 23, pr. III, 181, n. 45.
L. 27. III, 180, n. 40.
L. 34, § 1. III, 221, n. 12.
XXXIX, 6, *de mortis causa donat.*
L. 13, § 1. III, 203, n. 7; 204, n. 10.
L. 29. II, 201, n. 126; 205, n. 145.
L. 35, § 4. III, 202, n. 7; 203, n. 8; 204, n. 10.
XL, 9, *qui et a quib. manum. lib. non fiunt.*
L. 9, pr., L. 17, pr. I, 159, n. 40.
XL, 12, *de liber. causa.*
L. 13, pr. III, 398, n. 24.
XLI, 1, *de A. R. D.*
L. 9, § 4. III, 10, n. 22.
L. 36. II, 115, n. 15.
XLI, 2, *de A. v. A. P.*
L 28. II, 77, n. 38.
L. 34, pr. II, 117, n. 18.
XLI, 3, *de usurp. et usuc.*
L. 19. II, 210, n. 145.
L. 33, § 6. III, 74, n. 22.
XLI, 6, *pro donato.*
L. 3. III, 181, n. 48.
XLII, 1, *de re judic.*
L. 16. III, 100, n. 41.
L. 19, § 1, L. 30. III, 167, n. 23.
L. 52. III, 87, n. 41.
XLII, 4, *quib. ex caus. in poss. eatur.*
L. 14, § 2. III, 527, n. 5.
XLII, 5, *de reb. auctor. jud. possid.*
L. 6, § 1-2. III, 533, n. 36.
XLII, 8, *quæ in fraud. credit.*
L. 9. III, 537, n. 61 et 65.
L. 10, pr. III, 535, n. 50.
L. 24, L. 25, § 1. III, 533, n. 36.
L. 25, § 4 et 6. III, 537, n. 68.
XLIII, 1, *de interd.*
L. 3. III, 538, n. 68.
XLIII, 24, *quod vi aut clam.*
L. 7, § 4. III, 325, n. 4.
XLIII, 25, *de remiss.*
L. un., § 3. III, 432, n. 12; 433, n. 22.
L. un., § 4. III, 433, n. 22.
XLIII, 26, *de prec.*
L. 1, § 1, L. 2, L. 8, § 3. III, 73, n. 14.
L. 8, § 7. III, 77, n. 37.
L. 8, § 8, L. 12, § 1. III, 76, n. 34.
L. 14. III, 73, n. 14.
XLIV, 3, *de div. tempor. præscr.*
L. 11. III, 76, n. 34.
XLIV, 4, *de doli mali et met. except.*
L. 2, § 1-2. II, 150, n. 80.
L. 4, § 27-28. I, 382, n. 30.
L. 5, § 6. I, 243, n. 75.
L. 6. I, 15, n. 40.
L. 7, § 1. I, 178, n. 17.
XLIV, 7, *de O. et A.*
L. 7. I, 367, n. 45.
L. 10. I, 224, n. 24.
L. 43. II, 52, n. 23.
L. 52, pr. II, 1, n. 4.
L. 58. I, 235, n. 51.
XLV, 1, *de V. O.*
L. 1, § 2. I, 227, n. 8.
L. 2, § 2. I, 307, n. 17; 314, n. 40.
L. 2, § 6, L. 3, L. 4, pr. I, 161, n. 17.
L. 4, § 1. I, 159, n. 16; 313, n. 39.
L. 5, § 3ª et 4. I, 162, n. 18.
L. 6. I, 237, n. 54.
L. 15. I, 103, n. 39.
L. 33. I, 127, n. 25.
L. 38, pr., § 1-2. II, 316, n. 23.
L. 38, § 3. II, 261, n. 21; 265, n. 25.
L. 46, § 2. II, 180, n. 51.

L. 48. II, 179, n. 50.
L. 49, § 3. I, 127, n. 24.
L. 52, § 1. I, 299, n. 22.
L. 56, § 8. I, 149, n. 7; III, 500, n. 16.
L. 72, pr. I, 298, n. 18; 299, n. 22; 312, n. 37.
L. 76, pr. I, 204, n. 20.
L. 77. I, 153, n. 2.
L. 83, pr. II, 316, n. 23.
L. 85, § 6. I, 162, n. 18; 300, n. 22.
L. 91, pr. I, 63, n. 12.
L. 91, § 3. I, 118, n. 10.
L. 99, pr. II, 244, n. 30.
L. 101. II, 52, n. 23.
L. 114. I, 128, n. 25.
L. 115, § 2. I, 154, n. 6.
L. 118, § 2. I, 143, n. 20.
L. 122, pr. I, 39, n. 6.
L. 137, § 3. I, 300, n. 22.
L. 137, § 4. I, 36, n. 34; 119, n. 11; II, 79, n. 43.
L. 137, § 6. II, 183, n. 63.
L. 141, pr. I, 204, n. 20.
L. 141, § 2. II, 52, n. 23.
XLV, 2, *de duob. reis.*
L. 9, pr. I, 264, n. 23.
L. 10. I, 279, n. 46.
L. 11, pr. I, 271, n. 19.
L. 18. I, 274, n. 28.
XLVI, 1, *de fidejuss.*
L. 16, § 4. I, 224, n. 24.
L. 25. I, 237, n. 54 et 59.
L. 37. I, 242, n. 73.
L. 44. II, 425, n. 8.
L. 60. I, 174, n. 8.
L. 68, § 2. III, 240, n. 24.
XLVI, 2, *de novat.*
L. 2, L. 8, § 1. III, 504, n. 46; 505, n. 48.
L. 8, § 2 et 5. III, 504, n. 46.
L. 14, pr. III, 500, n. 16.
L. 19. II, 141, n. 35.
L. 26, L. 29. III, 504, n. 46.
L. 31, pr. I, 149, n. 7; III, 500, n. 16.
L. 31, § 1. I, 280, n. 50; III, 504, n. 46.
XLVI, 3, *de solut.*
L. 38, § 4. I, 242, n. 73.
L. 72, § 1-3. III, 500, n. 16.
L. 95, § 1. I, 209, n. 18; 210, n. 21.
L. 95, § 3. I, 178, n. 17.
L. 96, pr. III, 533, n. 36.
XLVI, 8, *rat. rem hab.*
L. 25, § 1. I, 241, n. 73.
XLVII, 2, *de furt.*
L. 52, § 21. II, 129, n. 52.
L. 55, § 1. III, 218, n. 1.
L. 62, § 5. III, 16, n. 44.
L. 67. II, 129, n. 52.
XLVII, 4, *si is, qui testam. liber.*
L. 1, § 2. III, 398, n. 24.
XLVII, 5, *furti adv. naut.*
L. un., § 6. III, 327, n. 11; 329, n. 26.
XLVII, 8, *vi bon. rapt.*
L. 2, pr., § 2, 9 et 12. III, 387, n. 10.
XLIX, 14, *de jure fisci.*
L. 6, pr. I, 381, n. 25.
L. 37, III, 543, n. 8.
L. 50. I, 23, n. 39.
L, 13, *de var. et extraord. cognit.*
L. 1, § 11. II, 415, n. 22.
L, 16, *de V. S.*
L. 19. II, 32, n. 6.
L. 53, § 2. III, 381, n. 30.
L, 17, *de R. J.*
L. 22, § 1. II, 68, n. 35; 234, n. 62.
L. 48. II, 49, n. 3.
L. 116, pr. II, 158, n. 40.
L. 161. II, 190, n. 89.
L. 172, pr. II, 243, n. 29.
L. 192, pr. I, 307, n. 17.

Code de Justinien.

I, 18, *de jur. et facti ignor.*
L. 10. III, 338, n. 49.
II, 3, *de pact.*
L. 27. III, 270, n. 13.
II, 4, *de transact.*
L. 1. III, 243, n. 34.
L. 17. III, 239, n. 13.

L. 32. III, 232, n. 18.
L. 39. II, 248, n. 10.
II, 19, *de his quæ vi met. causa gesta sunt.*
L. 5. II, 156, n. 34.
II, 21, *de in integr. restitut. minor.*
L. 3. II, 52, n. 23.
II, 53, *quib. ex caus. majores.*
L. 3. II, 147, n. 53.
II, 55, *de recept.*
L. 3. II, 67, n. 32.
III, 29, *de inoffic. donat.*
L. 5. III, 213, n. 40.
III, 38, *comm. utr. judic.*
L. 3. II, 308, n. 5; 310, n. 8.
L. 7. II, 268 n. 35.
IV, 1, *de reb. cred. et de jurejur.*
L. 8. III, 258, n. 20.
L. 11. III, 258, n. 16.
IV, 2, *si certum petatur.*
L. 8. III, 54, n. 50.
L. 13. II, 328, n. 94.
IV, 4, *de prohib. sequestr. pec.*
L. un. III. 46, n. 15.
IV, 6, *de condict. ob caus. dat.*
L. 10. I, 113, n. 56.
IV, 11, *ut actiones et ab her. et contra her. incip.*
L. un. II, 312, n. 10.
IV, 21, *de fide instrum.*
L. 17. I, 168, n. 17; II, 38, n. 65.
IV, 23, *de commod.*
L. 4. III, 492, n. 9.
IV, 26, *quod cum eo qui in al. est pot.*
L. 7, § 3. III, 311, n. 4.
IV, 30, *de non numer. pec.*
L. 8, § 2, L. 14, pr. et § 3. III, 56, n. 12.
IV, 31, *de compens.*
L. 14, § 1. III, 486, n. 48.
IV, 32, *de usur.*
L. 2. I, 147, n. 7.
L. 4. I, 224, n. 24.
L. 12. I, 147, n. 7.
L. 18. I, 239, n. 67.
L. 22. I, 224, n. 24.
IV, 35, *mand.*
L. 15. III, 30, n. 29.
L. 23, § 1. I, 392, n. 64.
IV, 37, *pro socio.*
L. 2. III, 84, n. 27.
L. 3. III, 92, n. 64.
IV, 38, *de contr. empt.*
L. 13. II, 181, n. 55.
IV, 39, *de H. v. A. V.*
L. 7, L. 8. I, 352, n. 62.
IV, 44, *de rescind. vendit.*
L. 1. II, 143, n. 35; II, 159, n. 40.
L. 2. II, 310, n. 8; 366, n. 17.
L. 5. II, 147, n. 53.
L. 10. II, 140, n. 35; 147, n. 53.
IV, 46, *si propter publ. pensitat. vend. fuer. celebr.*
L. 3. II, 366, n. 18.
IV, 48, *de P. et C. R. V.*
L. 2. I, 94, n. 19; 96, n. 22; 98, n. 24.
L. 4, L. 6. I, 88, n. 8.
IV, 49, *de A. E. et V.*
L. 10. I, 125, n. 21; 128, n. 25.
IV, 51, *de reb. al. non alien.*
L. 7. III, 296, n. 3.
IV, 54, *de pact. inter empt. et vendit. compos.*
L. 1, L. 3, L. 4. II, 209, n. 145.
L. 9. III, 296, n. 3.
IV, 64, *de rer. permut.*
L. 5. II, 248, n. 10.
IV, 65, *de loc. et conduct.*
L. 3. II, 410, n. 17; III, 69, n. 15.
L. 9. II, 320, n. 46; 406, n. 56.
L. 32. II, 407, n. 58.
IV, 66, *de emphyt. jure.*
L. 1, L. 2. pr. II, 383, n. 15.
L. 2, § 1. I, 129, n. 25.
L. 3, pr. II, 383, n. 15.
V, 11, *de dot. promiss. v. nuda pollicit.*
L. 6. III, 459, n. 25.
V, 14, *de pact. conv.*
L. 7. II, 320, n. 45.

V, 16, *de donat. inter V. et U.*
L. 25, § 2. III, 301, n. 10.
V, 56, *de usur. pupill.*
L. 4. I, 147, n. 7.
VII, 40, *de ann. except. ital. contr. toll.*
L. 1, § 1ª. III, 137, n. 13.
VII, 45, *de sent. et interloc.*
L. 14. III, 494, n. 7.
VII, 47, *de sent., quæ pro eo quod interest profer.*
L. un. I, 83, n. 49.
C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*
L. 8. III, 547, n. 5.
VIII, 9, *de prec. et de Salv. interd.*
L. 2. III, 76, n. 34.
VIII, 25, *de remiss. pign.*
L. 9. III, 473, n. 16.
VIII, 30, *de luit. pign.*
L. 2. I, 223, n. 23; 244, n. 79.
VIII, 37, *de contr. et committ. stipul.*
L. 10. II, 334, n. 20.
L. 12. I, 128, n. 25.
VIII, 41, *de novat.*
L. 8. III, 504, n. 46.
VIII, 44, *de evict.*
L. 4. I, 16, n. 5.
L. 25. II, 83-84, n. 71 et 76.
L. 27. II, 267, n. 35.
VIII, 45, *credit. evict. non debere.*
L. 1, L. 2. II, 330, n. 94.
VIII, 53, *de donat.*
L. 34, § 4ª. III, 193, n. 121.
L. 34, § 4ᵇ. III, 192, n. 120.
VIII, 54, *de donat. quæ sub modo.*
L. 2. II, 201, n. 127.
L. 3, § 1. II, 319, n. 44.
VIII, 55, *de revoc. donat.*
L. 7, § 3. III, 210, n. 16.
L. 10, § 2. III, 210, n. 20.
X, 8, *de fiscal. usur.*
L. 2. I, 223, n. 23.
X, 22, *de apoch. publ.*
L. 3. I, 41, n 13.

Novelles de Justinien.
Nov. 4, c. 1. I, 182, n. 40; 189, n. 7; 270, n. 23.
Nov. 87, *præf.* et c. 1. III, 203, n. 7.
Nov. 90, c. 1, pr. III, 454, n. 14.
Nov. 99, c. 1, pr. et § 1. I, 269-271.
Nov. 160. III, 227, n. 13.
Pragmatica sanctio 'Pro petitione Vigilii', c. 22. II, 415, n. 22.

Institutes de Gaius.
III, 102. II, 126, n. 40.
III, 130. II, 14, n. 29.
III, 133. II, 15, n. 30.
III, 134. II, 17, n. 42.
III, 149. III, 90, n. 54.
III, 150. III, 92, n. 64.
III, 160. III, 30, n. 29; 31, n. 36.
III, 184. III, 383, n. 1.

Fragmentum Dositheanum.
§ 7 II, 159, n. 40.

Ulpiani fragmenta.
præf., § 1-2. III, 169, n. 34.

Sentences de Paul.
I, 7, § 10. II, 159, n. 40.
II, 5, § 3. III, 480, n. 18.
II, 17, § 7. I, 20, n. 34.
II, 31, § 2. III, 383, n. 1.
V, 6, § 12. III, 76, n. 34.
V, 11, § 6. III, 170, n. 47; III, 221, n. 12.

Mosaicarum et Romanarum legum collatio.
X, 7, § 11. III, 42, n. 5.

Vaticana fragmenta.
§ 2 et 15. I, 20, n. 34.
§ 267. III, 163, n. 6.
§ 283. II, 200, n. 125; 201, n. 127.
§ 286. II, 319, n. 44.
§ 310. III, 166, n. 15.

Consultatio veteris jurisconsulti.
I, 6-7. II, 159, n. 40.
II, 3. II, 308, n. 5.
IX, 3. II, 159, n. 40.

Paraphrase de Théophile.
II, 8, § 2. III, 51, n. 22.

TABLE DES MATIERES CONTENUES DANS LE TOME TROISIEME.

IX. *Du mandat.*
§§ 134. Notion et conditions
135. Des diverses espèces de mandats
136. Effets du mandat entre parties
137. Du droit du mandataire de se substituer un tiers
138. Effets du mandat à l'égard des tiers
139. Des actions des tiers contre le mandant
140. Comment finit le mandat
X. *Du dépôt.*
141. Notion et conditions
142. Effets du dépôt
143. Du dépôt nécessaire
144. Du dépôt irrégulier
145. Du séquestre
XI. *Du prêt.*
146. Des diverses espèces de prêts
A) *Du prêt de consommation.*
147. Notion et conditions
148. De la preuve du prêt de consommation
149. Effets du prêt de consommation
149bis. Du sénatus-consulte Macédonien
B) *Du commodat.*
150. Notion et conditions
151. Effets du commodat
C) *Du précaire;* § 152
XII. *De la société.*
A) *Notion et conditions;* § 153
B) *Effets de la société entre parties;* § 154
C) *De la cession des droits sociaux;* § 155
D) *De la sous-association;* § 156
E) *Effets de la société à l'égard des tiers;* § 157
F) *Des causes de dissolution de la société;* § 158
G) *De la liquidation de la société.*
§§ 159. Aperçu
160. Du prélèvement des apports
161. De la rentrée des créances et du payement des dettes sociales
162. Du partage des biens sociaux
163. De l'action *communi dividundo*
H) *De quelques espèces particulières de sociétés.*
164. De la société universelle de biens
165. De la société générale d'acquêts
166. Des sociétés publiques
XIII. *De la donation.*
A) *Historique.*
167. Ancien droit civil
168. Système de la loi *Cincia*
169. Droit impérial
B) *Notion et conditions des donations;* § 170
C) *Des différentes sortes de donations;* § 171
D) *Effets des donations;* § 172
E) *De la révocation des donations;* § 173
F) *De quelques espèces particulières de donations.*
174. De la donation de tous les biens
175. De la donation rémunératoire
176. De la donation modale
XIV. *Du contrat de rente;* § 177
XV. *De la transaction.*
178. Des diverses espèces de transactions
A) *De la transaction proprement dite.*
179. Notion et conditions
180. Effets de la transaction
B) *Du compromis;* § 181
C) *De la convention relative à un serment extrajudiciaire;* § 182
XVI. *Des conventions aléatoires.*
183. Aperçu
184. Du prêt à la grosse
XVII. *Des conventions accessoires.*
185. Observations générales
186. Du pacte de réserve d'offres meilleures
187. Du pacte commissoire
188. Du pacte de rachat
§§ 189. Du pacte de préférence
189a. Du *pactum de retroemendo*
189^{b}. Du pacte de désistement
189^{c}. Du pacte de réserve de propriété ou d'hypothèque
189^{d}. Du *pactum de non alienando*
CHAPITRE II. - *Des quasi-contrats*
190. Notion du quasi-contrat et de ses diverses espèces
SECTION I. - *De la gestion d'affaires.*
191. Notion et conditions
192. Effets de la gestion d'affaires entre parties
193. Effets de la gestion d'affaires à l'égard des tiers
SECTION II. - *Des sacrifices faits dans le but de sauver un navire.*
194. Principe général
195. Conditions de la contribution
196. Du mode de contribution
196bis. De l'application analogique de la loi Rhodienne
SECTION III. - *De la réception des effets des voyageurs dans un hôtel ou dans un bateau;* § 197
SECTION IV. - *De la détention d'une chose sans cause.*
198. Des divers cas où l'on détient une chose sans cause
199. Règles relatives à la restitution des choses détenues sans cause
SECTION V. - *De la communauté accidentelle.*
200. Notions générales
201. De l'action *finium regundorum*
CHAPITRE III. - *Des délits.*
SECTION I. - *Des délits en général.*
202. Notions et division
203. Effets des délits
SECTION II. - *Du vol.*
204. Notion et conditions
205. Effets du vol
206. Du vol manifeste

206bis. Du recel des choses volées
SECTION III. - *De la rapine;* § 207
SECTION IV. - *Du dommage illicite.*
208. Historique
209. Notion et conditions du dommage illicite
210. Effets du dommage illicite
SECTION V. - *De l'injure.*
211. Notion et conditions
212. Effets de l'injure
CHAPITRE IV. - *Des quasi-délits.*
213. Notions générales
§§ 214. Du *dejectum vel effusum*
215. Du *positum vel suspensum*
216. Du quasi-délit du juge
Appendice aux délits et aux quasi-délits.
217. De la responsabilité des maîtres ou commettants et des possesseurs d'animaux
CHAPITRE V. - *Des obligations légales.*
218. Aperçu
219. De la dénonciation d'un nouvel oeuvre
220. De la prohibition et de l'interdit *Quod vi aut clam*
221. Du dommage causé par la chose d'autrui
222. De l'obligation d'exhiber
223 De l'obligation de faire des funérailles
223bis. De l'obligation de déposer en justice
224. Des pollicitations obligatoires
TITRE III. - DES CAUSES D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.
CHAPITRE I. - *Notions préliminaires.*
225. Division des causes d'extinction des obligations
226. Enumération des différentes causes d'extinction des obligations
CHAPITRE II. - *De la remise de la dette.*
227. Règles générales
228. De l'acceptilation
229. De la remise de la dette par simple convention
CHAPITRE III. - *De la compensation.*
230. Notion et historique
231. Conditions de la compensation
232. Effets de la compensation
233. Des cas où la compensation est exclue
233bis. Des demandes reconventionnelles
CHAPITRE IV. - *De la novation.*
234. Notion et espèces
235. Conditions de la novation
236. Effets de la novation
CHAPITRE V. - *De la confusion.*
237. De la confusion entre le débiteur et le créancier
238. De la confusion entre codébiteurs ou entre cocréanciers solidaires
CHAPITRE VI. - *De la prescription;* § 239
CHAPITRE VII. - *Du concours de deux causes lucratives;* § 240
TITRE IV. - DE L'INSOLVABILITE DU DEBITEUR
241. Historique
242. Notions générales
243. De l'envoi en possession des biens du débiteur
§§ 244. De la rescision des actes faits par le débiteur en fraude de ses créanciers
245. De la vente des biens du débiteur
246. De la classification des créanciers
247. De la cession de biens
248. Des concordats
249. Des sursis de payement

TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES.

Les chiffres romains renvoient au tome, les chiffres arabes à la page; n. signifie note.

Abandon de la chose due I,
Acceptilation III,
Accomplissement des conditions II,
Accusare criminis III,
Actio ad exhibendum III,
Actio aestimatoria II,
Actio calendarii III,
Actio commodati, directa, contraria III,
Actio communi dividundo III,
Actio conducti II,
Actio de albo corrupto III,
Actio de effusis et dejectis III,
Actio de eo quod certo loco dari oportet I,
Actio de in rem verso III,
Actio de ornamentis restituendis II,
Actio de pastu III,
Actio de pauperie III,
Actio de peculio III,
Actio de pecunia constituta I,
Actio depensi I,
Actio depositi, directa, contraria III,
Actio depositi sequestraria III,
Actio de positis et suspensis III,
Actio de rationibus distrahendis III,
Actio de sepulcro violato III,
Actio de termino moto III,
Actio de tigno juncto III,
Actio doli II,
Actio emphyteuticaria II,
Actio empti II,
Actio exercitoria III,
Actio ex stipulatu II,
Actio familiae erciscundae III,
Actio finium regundorum III,
Actio funeraria III,
Actio furti III,
Actio furti concepti, oblati, non exhibiti, prohibiti III,
Actio furti manifesti III,
Actio in factum de recepto III,
Actio injuriarum civilis III,
praetoria III,
Actio institoria III,
Actio judicati III,

Actio legis Aquiliae III,
Actio locati II,
Actio mandati, directa, contraria III,
Actio mutui III,
Actio nata III,
Actions de bonne foi, de droit strict I,
Actio negotiorum gestorum, directa, contraria III,
Actions noxales III,
Actions pénales, répersécutoires, mixtes III,
Actions perpétuelles, temporaires III,
Actions *oneris aversi* II,
Actions *Pauliana* III,
Actions *pignoraticia, directa, contraria* II,
Actions *proescriptis verbis* II,
Actions *proescriptis verbis oestimatoria* II,
Actio pro socio III,
Actio quanto minoris II,
Actio quasi institoria III,
Actio Quod jussu III,
Actio quod metus causa II,
Actio recepticia I,
Actio redhibitoria II,
Actio rerum amotarum III,
Actio rescissoria vel restitutoria I,
Actio Rutiliana, actio Serviana III,
Actio si certum petetur III,
Actio tributoria III,
Actio venditi II,
Actio vioe rejectoe III,
Actio vi bonorum raptorum III,
Actores III,
Addicti II,
Addictio (in diem) III,
Adjectus solutionis causa I,
Adjudication à l'action en partage III,
Adjutores III,
Adpromissores II,
Adstipulatores II,
Aestimatum II,
Agrimensores III,
Antichrèse II,
Anatocisme I,
Anatocismus anniversarius I,
Anatocismus conjunctus, separatus I,
Arbitre pour la décision d'un différend III,
Arbitre pour la détermination d'une prestation contractuelle II,
Argentarii III,
Assignatio III,
Assurances I,
Auctio II,
Arrhes I,
Bénéfice de cession d'actions I,
Bénéfice de compétence I,
Bénéfice de dation en payement I,
Bénéfice de division I,
Bénéfice d'ordre ou de discussion I,
Bonorum distractio III,
Bonorum venditio III,
Bornage III,
Capacité de contracter I,
Capacité de délinquer I, b.
Capacité quant aux quasi-contrats I,
Carmina famosa III,
Cas fortuit I,
Cause dans les conventions II,
Cause dans les obligations III,
Cautio damni infecti III,
Cautio discreta, indiscreta I,
Cautiones II,
Cautio proedibus proediisque III,
Cautionnement I,
Cautions volontaires, nécessaires II,
Cessibilité des créances I,
Cession de biens III,
Cession des créances I,
Cession des droits sociaux III,
Cessions volontaires, nécessaires I,
Cheptel II,
Chirographa II,
Chirographe *de deposito* II,
Chirographe *de dote* II,
Chirographe *de mutuo* II,
Collegia fabrorum, navicullariorum, pistorum III,
Classification des créanciers III,
Clause pénale I,
Clausula doli II,
Colonat partiaire I,
Commodat III,
Commodat *ad pompam vel ostentationem* III,
Commodum I,
Communauté accidentelle *(communio incidens)* III,
Compensation III,
Compétence quant à l'action en payement I,
Complicité criminelle III,
Compromis III,
Concordats III,
Concours de deux causes lucratives III,
Condictio causa data causa non secuta II,
Condictio de bona fide consumptis ou *de bene depensis* III,
Condictio ex lege II,
Condictio ex lege 5 C. *de inofficiosis donationibus* III,
Condictio ex lege 35 C. *de donationibus* III,
Condictio ex lege 8 C. *de revocandis donationibus* III,

Condictio ex lege 10 C. *de revocandis donationibus* III,
Condictio furtiva III,
Condictio indebiti III,
Condictio ob causam datorum II,
Condictio ob turpem vel injustum causam III,
Condictio sine causa lato sensu III,
stricto sensu III,
Condictio triticiaria III,
Condition II,
Conditions affirmatives, négatives II,
Conditions casuelles, potestatives, mixtes II,
Conditions illicites, immorales II,
Conditions impossibles II,
Conditions légales ou tacites II,
Conditions nécessaires II,
Conditions suspensives, résolutoires II,
Confinium III,
Confirmation des conventions II,
Confusion (cause d'extinction des obligations) III,
Confusion des limites de deux fonds de terre III,
Consentement II,
Conseil III,
Consignation de la chose due I,
Constitut I,
Constitut de la dette d'autrui I,
Constitution de dot II,
Constitution de rente III,
Constitut possessoire III,
Continuité de la prescription extinctive des obligations III,
Contractus II,
Contractus socidae II,
Contractus mohatrae III,
Contractus suffragii II,
Contrat consensuel II,
Contrat de gage II,
Contrat de rente III,
Contrat emphytéotique II,
Contrat entre absents II,
Contrat estimatoire II,
Contrat littéral II,
Contrat réel II,
Contrat réel innomé II,
Contrat verbal II,
Controversia de fine, de loco III,
Convention d'hypothèque II,
Convention relative à un serment extrajudiciaire III,
Conventions II,
Conventions accessoires III,
Conventions aléatoires II,
Conventions à titre onéreux, à titre gratuit II,
Conventions illicites, immorales II,
Conventions inexistantes, annulables II,
Conventions unilatérales, bilatérales II,
Convicium III,
Corréalité I,
Crainte révérentielle II,
Crimen expilatae hereditatis III,
Crimina III,
Crimina publica, extraordinaria III,
Culpa I,
Culpa lata I,
Culpa levis in abstracto I.
Culpa levis in concreto I,
Culpa levissima I,
Curator bonorum III,
Curator bonorum vendendorum III,
Custodia dans les obligations I,
Damnum corpore corpori datum III,
Damnum emergens I,
Damnum infectum III,
Damnum injuria datum III,
Dation d'arrhes I,
Dation en payement I,
Datum ob causam, ob rem III,
Decoctor III,
Déconfiture du débiteur III,
Dejectum vel effusum III,
Délégation III,
Délits III,
Délits publics, privés III,
Demandes reconventionnelles I,
Demeure I, *Mora.*
Dénonciation d'un nouvel oeuvre III,
Déposition en justice III,
Dépôt III,
Dépôt de la chose due I,
Dépôt irrégulier III,
Dépôt nécessaire *(depositum miserabile)* III,
Détermination de la prestation contractuelle II,
Dettes d'argent (monnayé) I,
Dies II,
Dies a quo, dies ad quem II,
Dies certus an, certus quando, dies certus an, incertus quando II,
Dies incertus an, incertus quando, dies incertus an, certus quando II,
Distractio bonorum III,
Dol dans la conclusion des conventions II,
Dol dans l'exécution des obligations I,
Dol principal, dol accessoire II,
Dolus malus, dolus bonus II,
Dol réciproque des cocontractants II,
Dominium revocabile II,
Dommage causé par la chose d'autrui III,
Dommage direct, indirect I,

Dommage intrinsèque, extrinsèque I,
Dommage positif, négatif I,
Dommage prévu, imprévu I,
Dommages et intérêts I,
Donation III,
Donation à cause de mariage III,
Donation déguisée III,
Donation formant l'accessoire d'une autre convention III,
Donation de tous les biens III,
Donation entre époux III,
Donation entre-vifs, à cause de mort III,
Donation faite à des personnes interposées III,
Donation faite *dando, obligando, liberando* III,
Donation modale III,
Donation réciproque III,
Donation rémunératoire III,
Dotis dictio II,
Echange II,
Emptio spei, emptio rei speratoe II,
Envoi en possession des biens d'un débiteur insolvable III,
Envoi en possession pour refus de fournir la *cautio damni infecti* III,
Erreur dans les conventions II,
Erreur de fait, erreur de droit II,
Erreur essentielle, accidentelle II,
Erreur excusable, inexcusable II,
Error in corpore II,
Error in substantia II,
Escompte I,
Eviction II,
Exceptio doli II,
Exceptio jurisjurandi III,
Exceptio legis Cincioe III,
Exceptio non adimpleti contractus, non rite adimpleti contractus II,
Exceptio non numeratae pecuniae III,
Exceptio quod metus causa II,
Exceptio senatus consulti Macedoniani III,
Exceptio senatus consulti Velleiani I,
Exercitor III,
Exhibition III,
Expensilatio II,
Expromissio III,
Expropriation pour cause d'utilité publique II,
Extinction des obligations III,
ipso jure, per exceptionem III,
Faute I, *Culpa.*
Fidejussio I,
Fidejussio indemnitatis I,
Fidéjussion principale et arrière-fidéjussion *(fidejussor succedaneus)* I,
Fidepromissio I,
Foenus III,
Foenus nauticum III,
quasinauticum III,
quasi unciarium I,
semi-unciarium I,
Forum contractus I,
Forum delicti commissi I,
Forum domicilii I,
Forum gestae administrationis I,
Forum laesionis vel natae actionis II,
Forum natae obligationis I,
Forum prorogatum vel pactitium I,
Frais funéraires, funérailles I,
Fruits I,
Funérailles (obligation de faire les) III,
Furtum III,
Furtum manifestum III,
Furtum rei, usus, possessionis III,
Garantie dans la société III,
Garantie dans la transaction II,
Garantie dans le louage de choses II,
Garantie dans le partage conventionnel II,
Garantie dans les cessions de créances I,
Garantie dans les conventions à titre gratuit II,
Garantie de la contenance II,
Garantie du chef des servitudes prédiales II,
Garantie du chef des vices de la chose II,
légale II,
conventionnelle II,
Garantie du chef d'éviction II,
légale II,
conventionnelle II,
Gestion d'affaires III,
Honoraires II,
Ignorance II,
Impossibilité dans les obligations contractuelles II,
Impossibilité juridique II,
Impossibilité relative II,
Imputabilité des délits I, b.
Imputation des payements I,
Incapacité de contracter I,
Incapacité de contracter des impubères I,
Incapacité de contracter des mineurs I,
Incapacité de délinquer I,
Incapacité de donner et de recevoir III,
Incapacité en ce qui concerne les quasi-contrats I,
In diem addictio III,
Indivisibilité des obligations I,
Indivisibilité absolue I,
Indivisibilité de payement I,
Indivisibilité d'obligation I,
Indivision III,
Inexécution des obligations I,
Infantiae proximi, pubertati proximi I, b.

Injure III,
Injuria atrox III,
Insinuation des donations III,
Insolvabilité du débiteur III,
Intercession I,
Intercession cumulative, privative I,
Intercession des femmes I,
Interdictum fraudatorium III,
Intercession *possessorium* III,
Interdit *de mortuo inferendo* III,
Interdit *de opere restituendo (interdictum demolitorium)* III,
Interdit *de precario* III,
Interdit *de sepulcro aedificando* III,
Interdit *ne quid in flumine publico fiat* III,
Interdit *ne quid in loco publico vel itinere fiat* III,
Interdit *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* III,
Interdit *Quod vi aut clam* III,
Interdits exhibitoires III,
Intérêt au contrat de société III,
Intérêt à une convention II,
Intérêts I,
Intérêts volontaires, légaux I,
Interpellation, mise en demeure I,
Interposition de personnes dans les donations III,
Interprétation des conventions II,
Interruption de la prescription extinctive des obligations III,
Interusurium I,
Invalidité des conventions II,
Jeux II,
Judex qui litem suam fecit III,
Judicia publica III,
Jusjurandum extrajudiciale III,
Jus poenitendi II,
Kalendarium I,
Legis actio per manus injectionem III,
Lésion II,
Lésion dans la vente II,
Lésion dans le partage II,
Lex Anastasiana I,
Lex Appuleia I,
Lex Aquilia III,
Lex Cincia III,
Lex Cirereia I,
Lex commissoria III,
Lex Cornelia de injuriis III,
Lex Cornelia Pompeia I,
Lex Cornelia relative au cautionnement I,
Lex Furia de sponsoribus et fidepromissoribus I,
Lex Genucia I,
Lex Julia de adulteriis I,
Lex Julia Miscella II,
Lex Julia relative à la cession de biens III,
Lex Maenia I,
Lex Mamilia III,
Lex Poetelia II,
Lex Publilia de sponsoribus I,
Lex Rhodia de jactu III,
Libelli famosi III,
Licitatio II,
Lieu du payement I,
Liquidation de la société III,
Litem denuntiare en matière de garantie II,
Litterae moratoriae III,
Louage II,
Louage accompagné d'une estimation II,
Louage *ad pompam vel ostentationem* II,
Louage de choses II,
Louage d'ouvrage II,
Louage irrégulier II,
Lucrum cessans I,
Magister societatis vectigalium III,
Magister bonorum vendendorum III,
Manceps II,
Mandat III,
Mandat en faveur d'un tiers (mandat qualifié) I,
Mandat général III,
Manilianoe venalium vendendorum leges II,
Manus injectio III,
Missio in possessionem en cas d'insolvabilité du débiteur III,
Missio in possessionem pour refus de fournir la *cautio damni infecti* III,
Mode II,
Mode impossible, illicite ou immoral II,
Monnaie II,
Monnaie (dettes portant sur de la) I,
Mora I,
Mora creditoris I,
Mora debitoris I,
Mora ex persona, ex re I,
Mulcta poenitentialis I,
Mutuum III,
Negotiorum gestio III,
Nexum I,
Nomina II,
Nomina arcaria II,
Nomina transcripticia II,
Novation III,
Novation objective, subjective III,
Novation privative, cumulative III,
Novation volontaire, nécessaire III,
Noxa, noxia, noxoe deditio III,
Obligation, généralités I,
Obligation alternative I,
Obligation civile, naturelle I,

Obligation conjonctive I,
Obligation corréale I,
Obligation de bonne foi, de droit strict I,
Obligation de donner, de faire I,
Obligation de réparer un dommage I,
Obligation d'exhiber III,
Obligation d'un corps certain, obligation générique I,
Obligation facultative I,
Obligation indivisible I,
Obligation nulle, inefficace I,
Obligations légales III,
Obligations solidaires I,
Occentare III,
Offre II,
Offre de payer I,
Operoe liberales, illiberales II,
Operis novi nuntiatio III,
Ordo judiciorum publicorum III,
Ordre entre créanciers III,
Pacte de rachat ou de réméré III,
Pactes accessoires II,
Pactes confirmés II,
Pactes légitimes II,
Pactes libératoires III, *in rem, in personam* III,
Pactes prétoriens II,
Pactes simples II,
Pactes successoires II,
Pactum II,
Pactum addictionis in-diem III,
Pactum commissorium III,
Pactum de emendo, de vendendo II,
Pactum de ineundo contractu II,
Pactum de juréjurando extrajudiciali III,
Pactum de non alienando II,
Pactum de non petendo III,
Pactum de retroemendo III,
Pactum de retrovendendo III,
Pactum displicentioe III,
Pactum ne dolus proestetur I,
Pactum protimeseos III,
Pactum reservati dominii III,
Pactum reservatoe hypothecoe III,
Palmarium II,
Pararii II,
Paris II,
Partage conventionnel II,
Partage judiciaire III,
Participation criminelle III,
Payement I,
Payement *per oes et libram* I,
Pecora partiaria II,
Pecunia trajecticia III,
Periculum I,
Pollicitations II,
Positum vel suspensum III,
Pourparlers II,
Proedes III,
Proescriptio longi temporis, longissimi temporis III,
Precarium III,
Precarium proprietatis, possessionis II,
Prescription extinctive des obligations III,
Prestation du dol, de la faute et du cas fortuit I,
Prêt III,
Prêt à intérêt III,
Prêt à la grosse III,
Prêt à usage III,
Prêt à usage *ad pompam vel ostentationem* III,
Prêt de consommation III,
Prêt *per oes et libram* II,
Preuve du payement I,
Preuve du prêt de consommation III,
Privilegium exigendi I,
Prohibitio III,
Promesse du fait d'un tiers II,
Promesse publique III,
Promesses de vendre ou d'acheter II,
Promissio jurata liberti II,
Proscriptio bonorum III,
Proxeneta, proxeneticum II,
Publicains II,
Punctatio II,
Quoestiones perpetuoe III,
Quasi-contrats III,
Quasi-délit du juge III,
Quasi-délits III,
Querela non numeratoe pecunioe III,
Quinque pedes III,
Quittance I,
Quota litis II,
Rachat (pacte de) III,
Rapine III,
Ratification de la gestion d'affaires III,
Recel des choses volées III,
Receptum arbitrii II,
Ceptum des banquiers I,
Ceptum nautoe, cauponis et stabularii III,
Recommandation III,
Reconduction II,
Reconnaissance d'une dette I,
Reconvention I,
Redemptores II,
Relocation II,
Réméré (pacte de) III,

Remise de la dette III,
Remise tacite de la dette III,
Remissio nuntiationis III,
Renonciation à la solidarité I,
Répétition d'une chose payée sans cause III,
Représentation dans les conventions II,
Rescision des actes frauduleux d'un débiteur III,
Rescision des conventions bilatérales pour cause d'inexécution II,
Rescision des conventions bilatérales pour cause de lésion II,
Responsabilité des hôteliers et des bateliers III,
Responsabilité des maîtres ou commettants III,
Responsabilité des possesseurs d'animaux III,
Restipulatio II,
Restitution contre les actes frauduleux d'un débiteur III,
Restitution en entier pour dol II,
Restitution en entier pour violence morale II,
Révocabilité de certaines conventions II,
Révocation de la propriété et des *jura in re aliena* II,
Restitution des donations III,
Risques et périls I,
Sénatus-consulte Macédonien III,
Sénatus-consulte Velléien I,
Séparation des patrimoines III,
Se porter fort pour autrui II,
Séquestre III,
Serment extrajudiciaire III,
Serment promissoire I,
Servitude de passage pour cause d'enclave II,
Simplariae venditiones II,
Simulation II,
Societas III,
Societas aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum III,
Societas leonina III,
Societas negotiatoria III,
Societas omnium bonorum III,
Societas privata III,
Societas publica III,
Societas quaestuaria, simplex III,
Societas rerum, operarum, mixta III,
Societas sortis, usus III,
Societas universorum quae ex quaestu veniunt III,
Societas vectigalium III,
Solidarité I,
Solidarité conventionnelle I,
Solidarité testamentaire I,
Solidarité judiciaire I,
Solidaritélégale I,
Solidaritéentre codélinquants I,
Sommation, mise en demeure I,
Sous-association III,
Sous-location II,
Sponsio (cautionnement) I,
Stipulation II,
Stipulation Aquilienne III,
Stipulation pénale I,
Stipulation pour autrui II,
Stipulations conventionnelles, nécessaires II,
Stipulations prépostères II,
Stipulations prétoriennes, judiciaires, communes II,
Stipulations ou promesses pour les héritiers des parties II,
Subhastatio II,
Subscribere in crimen III,
Substitution (droit de) du mandataire III,
Superarbiter III,
Sursis de payement III,
Syndici III,
Syngraphae II,
Témoignage judiciaire III,
Terme II, *Dies.*
Terme suspensif, résolutoire II,
Transaction III,
Transaction proprement dite III,
Transmissibilité des obligations aux héritiers I,
Trésor I,
Turba III,
Usurae I,
Usurae centesimae I,
Usurae legitimae I,
Usurae voluntariae, legales I,
Venia aetatis II,
Venditio bonorum III,
Vente II,
Vente aléatoire II,
Vente à l'essai II,
Vente aux enchères II,
Vente avec indication de la contenance II,
Vente d'après échantillon II,
Vente de choses futures II,
Vente de la chose d'autrui II,
Vente de servitudes II,
Vente forcée II,
Vente gracieuse II,
Vente sous condition de dégustation II,
Vices rédhibitoires II,
Violence II,
Violence morale II,
Violence physique II,
Violence principale, accessoire II,
Vol III, *Furtum.*
Votum, voeu III,